

indice

editoriale

- 189 LORENZO GAETA
1919. L'anno in cui (ri)cominciò il diritto del lavoro

saggi

- 201 LORENZO ZOPPOLI
La contrattazione collettiva nel lavoro pubblico e il pensiero di Carlo Dell'Aringa, Professore e Presidente dell'Aran
- 219 ANTONELLO ZOPPOLI
La Consulta interviene sul Jobs Act ma ne evita il cuore: il nuovo bilanciamento nella disciplina del licenziamento
- 239 ANTONIO LOFFREDO
Datore di lavoro transnazionale e dumping sociale nell'Unione europea
- 263 COSTANTINO CORDELLA
L'ordine pubblico nel distacco transnazionale dei lavoratori
- 295 FEDERICO FUSCO
La privacy del lavoratore tra riforma dell'art. 4 St. lav. e regolamento generale sulla protezione dei dati personali

giurisprudenza

- 319 GAETANO NATULLO
La (in)stabile precarietà del lavoro a termine nelle Fondazioni lirico-sinfoniche
(Commento a Corte di Giustizia 25 ottobre 2018, causa C-331/17)

- 343 CARLA SPINELLI, SIMONA SARDARO
*Trasferimento di attività di amministrazione soppressa e diritti dei lavoratori
(anzianità e progressioni economiche)*
(Commento a Cassazione 3 maggio 2018 n. 10528)
- 357 *Notizie sugli autori*
- 359 *Abbreviazioni*

table of contents

editorial

- 189 LORENZO GAETA
1919. The Year when Labour Law Began (Again)

articles

- 201 LORENZO ZOPPOLI
Collective Bargaining in Public Employment and the Thoughts of Carlo Dell'Aringa, Professor and President of Aran
- 219 ANTONELLO ZOPPOLI
The Constitutional Court Intervenes on the Jobs Act but Avoids its Core: the New Balance in the Discipline of Dismissals
- 239 ANTONIO LOFFREDO
Transnational Employer and Social Dumping in the European Union
- 263 COSTANTINO CORDELLA
Public Policy in the Transnational Posting of Workers
- 295 FEDERICO FUSCO
Workers' Privacy between the Reform of Article 4 of Workers' Statute and General Regulation on the Protection of Personal Data

case law

- 319 GAETANO NATULLO
The (Un)stable Precariousness of Fixed-term Work in the Lyric-symphonic Foundations
(Comment to Court of Justice's Judgment 25 October 2018, C-331/17)

- 343 CARLA SPINELLI, SIMONA SARDARO
Transfer of Activities of a Suppressed Administration and Workers' Rights (Seniority and Economic Progressions)
(Comment to Cassazione's Judgment 3 May 2018 n° 10528)
- 357 *Authors' information*
- 359 *Abbreviations*

Lorenzo Gaeta

1919. L'anno in cui (ri)cominciò
il diritto del lavoro*

I. *Inverno*

Il Capodanno di cento anni fa fu il primo di pace dopo tanti anni di una guerra sanguinosa, come mai prima di allora si era vista, i cui effetti erano destinati ad essere devastanti, molto al di là di quello che poteva apparire al momento. Quasi per forza d'inerzia, il 1919 portò un rivolgimento globale del mondo in cui si era più o meno tranquillamente vissuti per decenni in Europa prima della grande catastrofe, quelli di una frivola *belle époque*, che in realtà fu tale solo per i pochi che bighellonavano spensieratamente tra salotti e *café chantant*. Gli storici, prendendo spunto dal titolo di un saggio di Pietro Nenni¹, usano il termine “diciannovismo” per lo più come sinonimo di disordine, massimalismo, eversione irrazionale². Al di là di tutto, il 1919 fu, comunque, l'anno in cui tante cose ricominciarono daccapo; e, in questo scenario, un piccolo posto l'occupò anche il diritto del lavoro italiano. Ma andiamo per ordine, procedendo cronologicamente.

Innanzitutto, la pace in Europa era, per la verità, assai relativa: essendo crollati quattro grandi imperi – russo, tedesco, austro-ungarico, ottomano –, nel 1919 si combattevano ancora numerosissimi conflitti locali, per motivi di confine, di etnia, di religione, di politica. Le posizioni politiche, in particolare, si presentavano dappertutto in maniera molto più radicalizzata rispetto a

* Il saggio prende spunto dalla relazione a un seminario su *La gestione del lavoro e dell'impresa nel primo dopoguerra*, organizzato dall'Istituto di storia e memoria del lavoro e tenutosi all'Università di Torino il 12 aprile 2019.

¹ NENNI, *Il diciannovismo (1919-1922)*, Avanti!, 1962.

² BIANCHI, *Pace pane terra. Il 1919 in Italia*, Odradek, 2006, p. 11.

prima della guerra. Ad esempio, in una Germania devastata dai conflitti sociali inevitabilmente susseguiti alla fine del *Reich* guglielmino, il 4 gennaio iniziò a Berlino la rivolta del filosovietico movimento spartachista, il cui fallimento fu segnato, il 15 gennaio, dal brutale assassinio dei suoi capi, Rosa Luxemburg e Karl Liebknecht, ad opera di formazioni governative paramilitari; il 5 gennaio a Monaco di Baviera fu fondato il partito tedesco dei lavoratori, nazionalista e antisemita, che avrebbe successivamente assunto il nome di partito nazionalsocialista dei lavoratori tedeschi.

Intanto, mentre il 16 gennaio negli Stati Uniti veniva approvato il XVIII emendamento alla Costituzione, che vietava produzione e commercio di bevande alcoliche, dando inizio all'ingloriosa era del proibizionismo, il 18 gennaio cominciò a Versailles la conferenza di pace, che avrebbe provocato tanti scontenti, ovviamente tra i vinti (già si è detto di una Germania che si sentiva "pugnalata alle spalle"), ma anche tra i vincitori, in primo luogo l'Italia, che presto si ritenne fortemente defraudata rispetto alle aspettative riposte a suo tempo nell'intervento a fianco dell'Intesa.

Anche la politica italiana aveva bisogno di nuovi punti di riferimento, che, da una parte o dall'altra, dessero uno scossone ai governanti del centro liberale, in sella praticamente da sempre, i quali volevano forse illudersi che si potesse continuare a reggere il paese con le stesse ricette di prima. Lo stesso giorno dell'inizio della conferenza parigina, da Roma un sacerdote siciliano, Luigi Sturzo, lanciò l'appello "a tutti gli uomini liberi e forti", ponendo le basi per la fondazione del partito popolare, destinato a raccogliere il consenso dei moderati di area cattolica.

In questo contesto – come si diceva – cambiò, e non poco, anche il quadro normativo del diritto del lavoro italiano, che prima della guerra era davvero poca cosa, essendo praticamente costituito soltanto da qualche legge "sociale", applicabile peraltro in modo selettivamente controllato. Mancava del tutto un progetto complessivo: l'approvazione di una legge generale sul contratto di lavoro si era arenata su scogli evidentemente insormontabili, in innumerevoli scontri consumati all'interno di commissioni e sottocommissioni tra i giuristi che si occupavano della nascente materia³, tanto sedimentata culturalmente, specie dopo la ricostruzione di Lodovico Barassi⁴, quanto povera normativamente. Il versante collettivo navigava in condizioni addi-

³ PASSANITI, *Storia del diritto del lavoro. I - La questione del contratto di lavoro nell'Italia liberale (1865-1920)*, Giuffrè, 2006, p. 203 ss.

⁴ BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, Sel, 1901.

rittura peggiori, dovendo fare i conti più col diritto penale che col diritto privato. In poche parole, lo strumento giuridico principe in materia di lavoro continuava ad essere il contratto individuale, cioè in sostanza la libera volontà dell'imprenditore, imposta al lavoratore, parte debole del rapporto⁵.

La guerra diede un autentico scossone all'inerzia del legislatore, che mutò radicalmente atteggiamento proprio nel 1919. Infatti, durante il conflitto fu indispensabile provvedere alla "mobilitazione industriale", cioè a dettare discipline particolari per le imprese ritenute funzionali allo sforzo bellico: decine di provvedimenti normativi diedero vita a un complesso sistema che, a differenza di quanto fecero altri paesi in guerra, venne imposto dall'alto e affidato a strutture pubbliche dirette da militari. La dichiarazione di "ausiliarità" di un'azienda – e furono tante, sia che all'esercito fornissero munizioni o marmellata – comportava che essa potesse trattenere i propri dipendenti ritenuti necessari e che anzi potesse anche prelevarne altri tra i militari impegnati al fronte; tutta questa manodopera era sostanzialmente militarizzata: non poteva scioperare ed era tenuta a osservare rigide regole lavorative, dove ogni mancanza era sanzionata col carcere militare (anche per le donne, che sempre più numerose furono chiamate a sostituire gli uomini in armi), mentre la rappresentanza sindacale veniva incanalata entro un modello del tutto nuovo di "concertazione tripartita" delle relazioni di lavoro⁶.

Molte delle logiche della mobilitazione industriale sopravvissero alla fine della guerra, producendo conseguenze fondamentali per lo sviluppo del diritto del lavoro italiano: dalle imprese "ausiliarie", infatti, era venuto fuori prepotentemente un modello fin troppo affascinante, per i governi e per gli imprenditori, di rapporto di lavoro irreggimentato, regolamentato dall'alto, senza scioperi e proteste, svincolato dal sindacato di classe e affidato a una rappresentanza operante all'interno di un rassicurante circuito di partecipazione e mediazione; un rapporto di lavoro produttivo fino all'ultima goccia di sudore, collaborativo e volto a un risultato e a un obiettivo superiori, al quale di lì a poco un governo autoritario avrebbe apposto il proprio sigillo.

Lo Stato, quindi, che fino a prima della guerra aveva mantenuto nei confronti del mondo del lavoro un atteggiamento prudentemente distaccato,

⁵ Per tutti, CAZZETTA, *Leggi sociali, cultura giuridica ed origini della scienza giuslavoristica in Italia tra Otto e Novecento*, in *QFSPGM*, 1988, p. 155 ss.

⁶ Per tutti, TOMASSINI, *Lavoro e guerra. La mobilitazione industriale italiana 1915-1918*, Esi, 1997.

lasciando tutto al “libero” accordo tra privati, imparò anche dalla vicenda della mobilitazione a ritagliarsi un ruolo interventista sempre più massiccio sulla produzione e sulla regolazione dei rapporti di lavoro. Fu esattamente in quelle prime settimane del 1919 che la legislazione in materia subì un’accelerazione impensabile dopo decenni di stagnazione, con concessioni che venti anni prima sarebbero state giudicate scandalosi cedimenti alla sovversione⁷ e che non potevano spiegarsi solo come funzionali a un disegno “retributivo” nei confronti dei reduci dalla guerra, nel tentativo di ricomporre la frattura tra le classi sociali (col malcelato intento di staccare i lavoratori dalla tutela di tipo sindacale).

Il 9 febbraio vide la luce una legge fondamentale, il decreto luogotenenziale n. 112 (nonostante la guerra fosse finita da mesi, i decreti venivano ancora firmati dal luogotenente, Tommaso di Savoia, che aveva sostituito il nipote Vittorio Emanuele III, trasferitosi al fronte). Si trattava di una disciplina organica del rapporto di impiego privato, che non si era stati in grado di varare nei primi anni Dieci, quando diversi tentativi erano andati a vuoto. Ora, il mutato atteggiamento del governo, che dopo la guerra, e a causa di essa, aveva definitivamente capito che poteva intervenire con forza, modificando il suo ruolo di semplice osservatore dei liberi accordi tra privati, aveva consentito di raggiungere un risultato a lungo atteso, favorito poi anche dall’intesa tra il presidente del consiglio, il liberale Vittorio Emanuele Orlando, e il capo dei socialisti riformisti, Filippo Turati⁸.

La legge riproponeva in ambito privatistico gli stessi schemi adottati nel 1908 per la riforma dell’impiego pubblico, ma per la prima volta entrava nella carne viva del diritto del lavoro, adottando – e si trattava di un’autentica novità – una vera e propria tecnica giuslavoristica. Il nodo stava nell’art. 12, che sanciva la nullità di ogni patto contrario alle tutele accordate dalla legge, “salvo il caso di particolari convenzioni od usi più favorevoli all’impiegato”. Si trattava della prima affermazione normativa, nell’ambito del rapporto di lavoro privato, del principio dell’inderogabilità della norma; con essa si veniva a rompere la sacralità dell’individualismo privatistico, ammettendo che l’interesse pubblico all’attuazione del rapporto di lavoro giustificava un’interferenza anche pesante nei meccanismi dell’autonomia privata. Orlando e

⁷ PASSANITI, *Storia*, cit., p. 501 ss.

⁸ PASSANITI, *Filippo Turati giuslavorista. Il socialismo nelle origini del diritto del lavoro*, Lacaíta, 2008, p. 265 ss.

Turati, che erano stati feroci avversari sul fronte della regolamentazione dell'impiego pubblico, si ricompattarono proprio sul tema dell'inderogabilità nel rapporto di impiego privato, tema cardine per i socialisti, che vi vedevano l'unica strada per garantire tutele altrimenti inattuabili, ma alla fine bene accetto anche dal mondo liberale, finalmente convinto della convenienza di un intervento pubblico d'autorità, volto a conformare le previsioni normative all'effettività empirica, affermando così il primato della legge e in qualche modo ricostruendo su basi diverse un sistema di comando in crisi⁹ (anche il tema dell'inderogabilità era destinato ad essere ripreso e rafforzato nei decenni a venire, quando anzi sarebbe assunto a un ruolo davvero centrale)¹⁰.

Ma la legge conteneva tantissime altre importanti disposizioni. Non veniva fornita una nozione di rapporto di impiego privato, rinviando evidentemente all'esperienza fattuale (che era molto variegata), ma si disciplinavano, tra l'altro: la presunzione che, salva la specialità del rapporto, questo dovesse intendersi stipulato a tempo indeterminato (quando, almeno formalmente, il codice civile allora vigente prevedeva l'esatto contrario); il recesso con preavviso e quello per giusta causa; la sospensione del rapporto per richiamo alle armi, infortunio, malattia, gravidanza e puerperio; l'orario di lavoro e gli straordinari; le ferie annuali; il divieto di concorrenza; la costituzione di istituzioni di previdenza, di commissioni miste di conciliazione e di collegi arbitrali per la risoluzione delle controversie. Tutte disposizioni che, dopo una rielaborazione operata nel 1924, avrebbero poi costituito l'ossatura delle norme sul rapporto di lavoro del codice civile del 1942, quelle ancor oggi vigenti, stavolta non solo per gli impiegati – non a caso blanditi dai governi dell'epoca e soprattutto da quello successivo – ma anche per gli operai.

Un altro evento epocale per il mondo del lavoro segnò quell'inverno del 1919, cioè la firma del primo contratto collettivo a livello nazionale, concluso il 20 febbraio tra l'associazione imprenditoriale e la Confederazione generale del lavoro; la sua conquista più significativa, anche simbolicamente importante, fu la fissazione a otto ore della durata massima della giornata lavorativa¹¹. Senonché, per le regole giuridiche vigenti, il contratto collettivo

⁹ ROMAGNOLI, *Giolittismo, burocrazia e legge sull'impiego privato*, in *QSt*, 1971, p. 157 ss.

¹⁰ VOZA, *L'inderogabilità come attributo genetico del diritto del lavoro. Un profilo storico*, in *RGL*, 2006, p. 229 ss.

¹¹ Sul tema, LECCESE, *L'orario di lavoro. Tutela costituzionale della persona, durata della prestazione e rapporto tra le fonti*, Cacucci, 2001.

era applicabile ai soli lavoratori iscritti al sindacato stipulante (che non costituivano certo la maggioranza dei lavoratori italiani) e, almeno secondo le più autorevoli opinioni dottrinali, le sue previsioni erano derogabili, anche in peggio per i lavoratori, ad opera di un successivo contratto individuale, salva una semplice sanzione risarcitoria¹². Ritornava, quindi, il tema dell'inderogabilità delle norme di tutela del lavoro, che, quanto meno sul versante della contrattazione collettiva, rischiava di nullificarne ogni valenza acquisitiva¹³.

2. Primavera

Quasi a celebrare la fondazione, avvenuta a Mosca il 2 marzo, del Comintern, l'internazionale comunista, gli *ex imperi* centrali vissero una primavera molto tumultuosa: il 21 marzo l'Ungheria e il 6 aprile la Baviera – dichiaratasi indipendente dalla Germania – si proclamarono repubbliche sovietiche: la prima sarebbe durata poco più di quattro mesi, la seconda solo qualche settimana (passando alla cronaca anche per un episodio grottesco: il suo ministro degli esteri, reduce da più ricoveri in ospedali psichiatrici, dichiarò guerra alla Svizzera, che si rifiutava di prestargli delle locomotive).

Da noi, lo scenario politico fu segnato dalla nascita di un nuovo movimento, che all'inizio rifiutava la definizione di partito, ad opera di un *ex leader* socialista, Benito Mussolini, espulso a seguito della sua posizione interventista. Il 23 marzo, nella sede del circolo dell'Alleanza industriale in piazza San Sepolcro a Milano, vennero costituiti i Fasci italiani di combattimento. Il "Corriere della sera" attribuì alla notizia l'identico rilievo dato, nella medesima pagina interna di cronaca locale, al furto di tre tonnellate di sapone in un magazzino¹⁴. Il nuovo movimento, che raccoglieva per lo più *ex ardit*i della Grande guerra, bellicosi fuoriusciti dal partito socialista, intellettuali futuristi e qualche piccolo commerciante e industriale, cercò di farsi strada soprattutto cavalcando il malcontento generale derivante dalla pesante

¹² Così MESSINA, *I concordati di tariffa nell'ordinamento giuridico del lavoro*, in *RDCom*, 1904, p. 458 ss.

¹³ VARDARO, *L'inderogabilità del contratto collettivo e le origini del pensiero giuridico-sindacale*, in *DLRI*, 1979, p. 537 ss.

¹⁴ SCURATI, *M. il figlio del secolo*, Bompiani, 2018, p. 16.

situazione economica postbellica e dando voce ai tanti reduci che, invece di ricevere riconoscenza per i lunghi anni di trincea, si vedevano ora dileggiati e traditi; avrebbe esordito, appena un paio di settimane più tardi, con la devastazione della sede milanese del quotidiano socialista “Avanti!”.

Alla conferenza di pace, comunque, ci si stava occupando anche di lavoro. L'11 aprile, la sua sessione plenaria approvò il rapporto di una commissione incaricata di proporre soluzioni per la creazione di principi normativi internazionali unitari. Ne scaturì, come effetto principale, la fondazione dell'Organizzazione internazionale del lavoro ad opera di nove Stati, tra cui l'Italia. Per statuto, l'Oil (o Oit alla francese, lingua universale dell'epoca), i cui organi esecutivi erano costituiti da rappresentanti dei governi, degli imprenditori e dei lavoratori, attribuiva un ruolo fondamentale per il mantenimento della pace alla giustizia sociale, da affermare contrastando una realtà di pesante sfruttamento dei lavoratori nei paesi industrializzati; auspicava, poi, un'attenta considerazione delle interdipendenze economiche a livello mondiale e un'ampia cooperazione tra i paesi che si facevano concorrenza sui mercati, al fine di realizzare l'eguaglianza delle condizioni di lavoro¹⁵.

Mentre al di là dell'oceano si spegnevano le tante aspettative dei *campesinos* nei confronti della rivoluzione messicana, con l'uccisione in un'imboscata, il 10 aprile, di Emiliano Zapata, da noi si pose mano a un'altra riforma epocale, nel campo della previdenza sociale. Era stato questo, classicamente, il terreno di elezione delle prime leggi in materia di lavoro – segnatamente quella storica del 1898 sugli infortuni sul lavoro –, basate sul sistema dell'obbligo assicurativo in capo al datore di lavoro. Ma le leggi sociali – s'è già detto – non erano certo di portata generale; anzi, il loro ambito di intervento era estremamente circoscritto, rivolgendosi soltanto a specifiche categorie di lavoratori impegnati in attività “rischiose” o agli operai delle medie e grandi industrie manifatturiere, i quali certo non costituivano la maggioranza dei lavoratori italiani, anche se di sicuro ne rappresentavano l'ala più combattiva e potenzialmente pericolosa per chi aveva a cuore la “pace sociale”¹⁶.

Dopo l'estensione al settore agricolo dell'assicurazione antinfortunistica, operata nel 1917, in piena guerra, forse pensando ai tanti contadini che sa-

¹⁵ DE FELICE F., *Sapere e politica. L'Organizzazione internazionale del lavoro tra le due guerre (1919-1939)*, FrancoAngeli, 1988.

¹⁶ GAETA, *Infortuni sul lavoro e responsabilità civile. Alle origini del diritto del lavoro*, Esi, 1986, p. 139 ss.

rebbro tornati dal fronte, il 21 aprile di quel frenetico primo anno di dopoguerra fu emanato il decreto legge n. 603, sempre firmato dal luogotenente, che finalmente introduceva in Italia – con qualche ritardo rispetto ad altri paesi industrializzati – l’assicurazione obbligatoria contro l’invalidità e la vecchiaia, fino a quel momento lasciata alla previdenza facoltativa¹⁷. La nuova legge riconosceva una pensione rapportata al grado dell’eventuale invalidità e comunque al compimento dei 65 anni ad ognuno di quelli che oggi chiameremmo lavoratori dipendenti, e che allora, in assenza di una legge organica sul contratto di lavoro, venivano elencati con qualche dovizia di dettaglio ma anche con tante lacune e con qualche generoso allargamento: ad esempio, nel settore agricolo, da sempre negletto e ora tardivamente riscoperto dal legislatore, le tutele erano estese anche ai mezzadri e agli affittuari agricoli, figure più o meno distanti dal lavoro subordinato. In ogni caso, a differenza della legge sugli infortuni, questa volta ci si rivolgeva a una platea potenzialmente generale, senza operare distinzioni selettive: e questa era un’enorme novità. La legge istituì, infine, anche un (pesante) apparato burocratico destinato a gestire il sistema, affidato alla Cassa nazionale per le assicurazioni sociali, che almeno nei primi tempi finì col costituire la classica cattedrale nel deserto, nonché – com’era diventato “di moda” a quel tempo – delle commissioni arbitrali deputate a risolvere le controversie e soprattutto, a ben vedere, a inventare letteralmente un diritto previdenziale sulla base di un diritto del lavoro che ancora non c’era.

Il 24 aprile, intanto, la delegazione italiana abbandonò la conferenza di pace di Versailles, a seguito della resistenza delle altre potenze vincitrici ad avallare le nostre richieste territoriali sulla Dalmazia. L’idea della “vittoria mutilata” – così l’aveva definita Gabriele D’Annunzio mesi prima – si faceva strada prepotentemente nel paese, pronta ad essere cavalcata soprattutto dai fascisti.

Il 1° maggio, non a caso nel giorno della festa dei lavoratori, uscì a Torino il primo numero di un periodico diretto da Antonio Gramsci, “L’ordine nuovo”, che nasceva come “rassegna di cultura socialista”, ma che ben presto si trasformò in strumento propulsivo di nuove forme organizzative da creare nelle imprese sul modello russo dei *soviet*, cioè i “consigli di fabbrica”, organi

¹⁷ GUSTAPANE, *Le origini del sistema previdenziale: la Cassa nazionale di previdenza per l’invalidità e per la vecchiaia degli operai (19 novembre 1898-28 luglio 1919)*, in *Novant’anni di previdenza in Italia: culture, politiche, strutture*, Inps, 1989, p. 35 ss.

dell'autogoverno operaio, ai quali un domani sarebbe toccato gestire il potere proletario, che avrebbe soppiantato quello capitalista¹⁸.

Il 29 maggio, un evento studiato da poche decine di persone al mondo era destinato a sconvolgere la nostra intera conoscenza dell'universo: grazie a un'eclisse solare osservata in vari punti del globo, si ebbe la conferma empirica delle ipotesi elaborate solo a livello teorico da Albert Einstein sulla relatività generale. Ma nel 1919, quando non esisteva nemmeno la fantascienza, la distorsione dello spazio-tempo era davvero argomento da ristrettissimi circoli scientifici.

La primavera poteva chiudersi, per la gioia dei tanti appassionati di uno sport popolarissimo, con la disputa del primo Giro d'Italia dopo anni di sospensione bellica: l'8 giugno Costante Girardengo lo vinceva, indossando la maglia rosa dalla prima all'ultima tappa e infliggendo quasi un'ora di distacco a Tano Belloni, destinato a vedersi affibbiato l'epiteto di "eterno secondo".

3. Estate

Il 23 giugno ci fu un cambio della guardia piuttosto indolore al governo italiano: cadde quello di unità nazionale presieduto da Vittorio Emanuele Orlando, che era stato costituito subito dopo la disfatta di Caporetto, e gli successe quello guidato dal radicale Francesco Saverio Nitti, che comprendeva anche liberali, socialisti riformisti e la nuova compagine dei popolari, che in pochi mesi era già riuscita ad acquisire un buon peso sulla scena politica.

Il 19 luglio cadde finalmente l'anacronistico istituto dell'autorizzazione maritale, che impediva alla moglie di "donare, alienare beni immobili, sottoporli ad ipoteca, contrarre mutui, cedere o riscuotere capitali, costituirsi sicurtà, né transigere o stare in giudizio relativamente a tali atti", nonché accettare mandato o essere commerciante, senza l'autorizzazione del marito. La legge n. 1176 rimosse tutti questi divieti; il suo art. 7, inoltre, abilitava esplicitamente le donne, "a pari titolo degli uomini, ad esercitare tutte le professioni ed a coprire tutti gli impieghi pubblici", esclusi comunque gli impieghi "giurisdizionali o l'esercizio di diritti e di potestà politiche, o che attengono alla difesa militare dello Stato"¹⁹.

¹⁸ SPRIANO, "L'Ordine Nuovo" e i consigli di fabbrica. Con una scelta di testi dall'"Ordine Nuovo" (1919-1920), Einaudi, 1971.

¹⁹ UNGARI, *Storia del diritto di famiglia in Italia (1796-1942)*, il Mulino, 1974, p. 217.

Nel paese, intanto, il clima era incandescente. I socialisti proclamarono uno sciopero generale per il 20 e 21 luglio; l'“Avanti!” titolò *Bandiera rossa trionferà*, e molti ritennero stesse scattando finalmente la “grande ora” in cui anche in Italia sarebbe scoppiata la rivoluzione che avrebbe portato alla dittatura del proletariato. Lo “scioperissimo” si svolse invece in totale tranquillità, sia per l'atteggiamento responsabile dei socialisti, sia per la fermezza del nuovo governo, che, al suo primo banco di prova, dimostrò la sua duttilità, non disdegnando di servirsi della collaborazione “spontanea” dei Fasci di combattimento.

In Germania, la nuova repubblica si diede una Costituzione l'11 agosto, dopo che l'assemblea costituente l'aveva approvata a Weimar. Tra le sue disposizioni più significative per modernità e per attenzione ai risvolti sociali c'erano senza dubbio quelle sulla socializzazione delle imprese, sulla tutela speciale del lavoro e sui diritti fondamentali dei lavoratori, sulla libertà sindacale, sull'assicurazione e la previdenza sociale, sulla collaborazione tra gli organismi rappresentativi delle parti sociali. Intorno a questo testo si sarebbe formata una straordinaria e feconda generazione di giuslavoristi, che con diverse sfumature cercò di leggere il diritto del lavoro tra norma statutale e autonomia dei gruppi sociali²⁰.

In Italia, agosto fu il mese nel quale iniziò quell'autentica ondata di manifestazioni, scioperi, occupazioni di terreni e fabbriche, che sarebbe durata ancora a lungo, prendendo il nome di “biennio rosso”; stavolta a protestare non erano solo gli operai dell'industria, ma anche i lavoratori delle campagne e finanche i pubblici dipendenti. Industriali e agrari impauriti dalle temute derive rivoluzionarie delle agitazioni cominciarono a ricevere un aiuto non indifferente dallo “squadrismo”, espressione del neonato partito fascista, che assaltò le Camere del lavoro e colpì brutalmente lavoratori e sindacalisti²¹.

Intanto, la conferenza di pace aveva prodotto molto più malcontento che soddisfazioni, non solo in Italia. L'economista John Maynard Keynes, che vi aveva partecipato in rappresentanza del Tesoro britannico, si era dimesso dal suo incarico per protesta contro il trattato, che riteneva troppo punitivo nei confronti della Germania e quindi foriero di future pericolose tensioni, come scrisse in un libro dato alle stampe proprio nel 1919 e subito divenuto un *best seller*²². Da noi, il Vate, come veniva ormai idolatrato D'An-

²⁰ Per tutti, VARDARO, *Il diritto del lavoro nel “laboratorio Weimar”*, in PD, 1981, p. 263 ss.

²¹ MAIONE, *Il biennio rosso: autonomia e spontaneità operaia nel 1919-20*, Il Mulino, 1975.

²² KEYNES, *The Economic Consequences of the Peace*, Macmillan, 1919.

nunzio, passò dalle parole infocate ai fatti: il 12 settembre marciò alla testa di un gruppo di “legionari” su Fiume, che Versailles non aveva attribuito all'Italia, la occupò senza sparare un colpo e ne assunse il comando, dandovi poi vita a uno Stato libertario e libertino, che non sarebbe stato privo di interessanti esperimenti normativi riguardanti il mondo del lavoro²³.

4. *Autunno*

Il 5 ottobre vide l'inizio di due eventi. Il primo, atteso con ansia da milioni di italiani, era il campionato di calcio, fermo dal 23 maggio 1915; il secondo, atteso da molte meno persone ma potenzialmente gravido di importanti conseguenze politiche, era il XVI congresso nazionale del partito socialista, che si aprì a Bologna; vi si impose con nettezza l'ala massimalista, quella più rivoluzionaria e vicina all'esperienza sovietica, che – come s'è visto – stava facendo da sirena in varie parti d'Europa: lo scenario politico italiano si divaricava sempre di più.

L'autunno vide, poi, realizzarsi una normativa che poneva un ulteriore importante mattone all'ancora barcollante edificio della previdenza sociale, intervenendo sulla disoccupazione involontaria. All'inizio del Novecento, in Italia come altrove, l'idea che la disoccupazione fosse un fenomeno involontario e non il frutto di una scarsa propensione al lavoro era ancora un'acquisizione recente e precaria. Per lungo tempo, il problema dei senza lavoro, sconfinando nel più ampio tema del pauperismo, non fu percepito come un fenomeno degno di particolare attenzione, di cui la collettività e i pubblici poteri dovessero farsi pienamente carico. Ora, in un contesto sociale ed economico caratterizzato da un brusco aumento delle file dei senza lavoro di ritorno dal fronte (in gran parte lavoratori agricoli), l'Italia fu uno dei primi paesi a varare una legge per l'assicurazione obbligatoria contro la disoccupazione, rivolta a una larga platea di soggetti. Il decreto legge n. 2214, emanato il 19 ottobre, prevedeva una tutela per tutti i lavoratori di età compresa tra i 15 e i 65 anni (in sostanza, gli stessi beneficiari dell'assicurazione contro l'invalidità), inclusi i contadini, gli operai e gli impiegati, con la sola eccezione dei pubblici dipendenti, dei lavoratori a domicilio e dei lavoratori dome-

²³ DE FELICE R. (a cura di), *La Carta del Carnaro nei testi di Alceste De Ambris e di Gabriele D'Annunzio*, il Mulino, 1973.

stici²⁴. La legge, purtroppo, sarebbe rimasta in troppi casi inapplicata, specie nei contesti rurali, probabilmente anche a causa della generale arretratezza del tessuto economico e della radicalizzazione dello scontro di classe.

È interessante notare come tutti i provvedimenti sul lavoro adottati quell'anno – impiego privato, assicurazione per l'invalidità e la vecchiaia, assicurazione contro la disoccupazione – affidassero a organismi interclassisti la risoluzione delle controversie, sul modello “probivirale” sperimentato in guerra con le commissioni di mobilitazione; ciò non solo per l'incapacità della giurisdizione statale di regolare i conflitti di lavoro, ma soprattutto nel tentativo di incanalare il conflitto di classe entro circoscritti ambiti procedurali²⁵.

Il 16 novembre, in un clima piuttosto acceso, si svolsero le elezioni politiche, le prime a utilizzare il nuovo sistema proporzionale. Furono stravinte, col 32% dei voti, dai socialisti massimalisti di Nicola Bombacci, mentre i popolari di Sturzo conseguirono un ottimo risultato, attestandosi al 20%; i Fasci di combattimento furono in grado di presentarsi nel solo collegio di Milano, con una lista comprendente tra gli altri, oltre Mussolini, anche il poeta futurista Filippo Tommaso Marinetti e il direttore d'orchestra Arturo Toscanini: riuscirono a prendere meno di cinquemila voti.

Alla fine del 1919, il mondo si presentava, quindi, molto diverso rispetto a un anno prima. La stessa cosa poteva dirsi per il diritto del lavoro italiano, che ora aveva una legge organica relativa a una parte importante dei lavoratori dipendenti e due fondamentali basi su cui edificare una previdenza sociale generalista. Tanto ancora sarebbe cambiato di lì a poco. Stavano per cominciare anni “ruggenti”.

²⁴ Da ultimo, FRANCISCI, *L'assicurazione obbligatoria contro la disoccupazione involontaria in Italia. Dalla Grande guerra alla Carta del lavoro (1915-1927)*, in *SSt*, 2018, p. 367 ss.

²⁵ PASSANITI, *Storia*, cit., p. 503.

Lorenzo Zoppoli

La contrattazione collettiva nel lavoro pubblico e il pensiero di Carlo Dell'Aringa, Professore e Presidente dell'Aran*

Sommario: **1.** Carlo Dell'Aringa Presidente dell'Aran nella prima stagione contrattuale. **2.** I “coraggiosi” contratti d’area degli anni '90: la dirigenza pubblica assimilata a quella privata. **3.** La marcia indietro pochi anni dopo “al traino” della giurisprudenza. **4.** Pensiero e pratica della contrattazione come veicolo di flessibilità ed efficienza organizzativa: il nodo della responsabilità politica e manageriale. **5.** La paralisi quasi decennale delle riforme istituzionali e burocratiche. **6.** Analisi e ricette di Dell'Aringa professore: generalizzazione del salario di produttività, rilancio della dirigenza pubblica, valutazione dei risultati organizzativi. **7.** Limiti delle riforme in progress e attualità del pensiero riformatore “radicalmente realista”.

1. Carlo Dell'Aringa Presidente dell'Aran nella prima stagione contrattuale

Quando l'Aran divenne finalmente operativo – nella primavera del 1994 dopo una gestazione abbastanza lunga, anche dopo l'entrata in vigore del d.lgs. 29/93 e dei successivi correttivi – conoscevo poco Carlo Dell'Aringa. Era per me – giovane ordinario di diritto del lavoro che già da almeno dieci anni seguiva con grande passione e molto da presso la riforma del pubblico impiego – un autorevole professore di economia del lavoro, piuttosto vicino alla Confindustria¹. Certo lo immaginavo assai sensibile alle pratiche della contrattazione collettiva, di cui era un acuto analista: però, che io sapessi, con riferimento soprattutto al settore privato e, in particolare, al manifatturiero.

Rispetto all'industria, il pubblico impiego di quegli anni era ancora un

* Il saggio costituisce la rielaborazione di una relazione al seminario “L'Aring e la presidenza di Carlo Dell'Aringa”, organizzato dall'Aring a Roma il 23 maggio 2019 nella Sala Nenni della sede istituzionale.

¹ In realtà la sua biografia è ben più complessa: v. BORDOGNA, *Carlo Dell'Aring: un uomo per bene, un riformista convinto*, in *DLRI*, 2019, n. 1.

mondo lontano, benché molti alimentassero grandi illusioni su forti convergenze in atto. *In primis* i sindacati confederali dei lavoratori, dai quali, grazie al mio maestro Mario Rusciano, venivo spesso coinvolto in analisi e ricerche riguardanti proprio queste convergenze. Del resto eravamo tra i pochissimi giuristi del lavoro che – insieme a studiosi del calibro di Edoardo Ghera, Umberto Romagnoli, Tiziano Treu (Franco Carinci e Massimo D’Antona arrivarono dopo, nella seconda metà degli anni ’90) – contendevano il dominio della materia agli amministrativisti. Per di più – proprio grazie al grande prestigio di Rusciano, autore di un noto libro risalente addirittura al 1978 – alla vigilia della riforma del 1993, avevamo svolto nell’ambito di un progetto CNR diretto da Sabino Cassese, una corposa ricerca dal titolo “Lo spazio negoziale nella disciplina del lavoro pubblico” (poi uscita per i tipi del Mulino nel 1995). Proprio in questa ricerca spezzavamo sì una lancia a favore della contrattazione collettiva come sistema di regolazione del lavoro pubblico da rendere più simile al settore privato, ma ammonivamo anche sull’impossibilità di equiparare pubblico e privato, invitando a non “cedere alla semplicistica soluzione di ritenere tutto risolvibile con la mera integrale trasposizione al settore pubblico del diritto del lavoro come è nato ed applicato nel settore privato”².

In verità i primi passi della “nuova” contrattazione collettiva furono tutt’altro che univoci, forse condizionati, da un lato, dalla concezione fortemente “aziendalistica” proprio di Cassese – che rivestiva allora i panni del Ministro per la Funzione pubblica intento a gestire politicamente quella fase della riforma – e dalla mentalità invece ben più “contrattualista” di Tiziano Treu, che fu il primo presidente dell’Aran (fino al 1995). In qualche modo avevo collaborato con entrambi, ma più intenso fu il mio coinvolgimento come “tecnico” nella produzione dei primi contratti collettivi di comparto³, una esaltante esperienza che mi convinse ancor più di come fosse importante attuare le linee della riforma del ’92-’93 con una grande perizia tecnico-giuridica, ma soprattutto con la ricerca del più ampio consenso al tavolo contrattuale intorno a soluzioni seriamente innovative.

Confesso che quando Dell’Aringa sostituì Treu alla Presidenza dell’Aran – per giunta nominato dal Governo Berlusconi I – temetti che prevalesse

² RUSCIANO, ZOPPOLI L., *Lo spazio negoziale nella disciplina del lavoro pubblico*, il Mulino, 1995, p. 21.

³ Documentata in ZOPPOLI L. (a cura di), *Normativa attuale e rinnovi contrattuali nel pubblico impiego. Schede e materiali*, FrancoAngeli, 1996. Da leggere anche oggi la stringata ma succosissima prefazione di Tiziano Treu.

una linea molto più drasticamente “aziendalista” nell’applicare la riforma, nel senso di una decisa accelerazione verso la riduzione dei costi del personale. L’approccio economico mi pareva infatti intrinsecamente più incline a privilegiare riduzioni di spesa pubblica – in sintonia del resto con la genesi delle riforme Amato – piuttosto che un sofisticato dosaggio di innovazioni contrattuali traducibili in prassi gestionali solo grazie a un paziente superamento di incompetenze e resistenze profondamente radicate nelle nostre burocrazie. Poco sarebbe bastato, a mio avviso, per far naufragare la possibile ma fragile convergenza tra soggetti riformatori assai diversificati per cultura e interessi rappresentati, come i Governi tecnici dei primi anni ’90 e il sindacalismo confederale alla ricerca di nuove legittimazioni.

2. *I coraggiosi contratti d’area degli anni ’90: la dirigenza pubblica assimilata a quella privata*

Sul pensiero e le intenzioni di Carlo Dell’Aringa mi dovetti ricredere ben presto. Se non ricordo male, lo incontrai faccia a faccia per la prima volta qualche mese dopo la sua nomina. Erano in gestazione i primi contratti di area (il primo fu stipulato nell’aprile del 1996, Regioni e autonomie locali) e uno dei suoi crucci era, giustamente, la “privatizzazione” della dirigenza pubblica. Uno dei punti più discussi della prima riforma, sottoposta al vaglio della Corte Costituzionale, dal cui giudizio dipendeva la stessa sopravvivenza della contrattazione collettiva per l’alta burocrazia (la Corte con la sentenza 313/96, resa nell’udienza del 25 giugno, in effetti salvò la riforma). Dell’Aringa, da studioso e ancor più da neo-Presidente, non aveva dubbi: per applicare la riforma era indispensabile poter contare su una dirigenza il cui statuto giuridico fosse il più possibile simile a quello dei dirigenti d’azienda. Valorizzata quanto a responsabilità e compensi, ma retribuita in funzione dei risultati conseguiti e disposta a rischiare posto e ruolo in caso di cattiva gestione. La sentenza della Corte fu un combustibile nel suo motore e tutti i contratti di area (ultimo quello per la scuola del 1998) furono stipulati con l’impronta del Presidente dell’Aran (intanto la privatizzazione della dirigenza fu completata da Bassanini e D’Antona tra il 1997 e il 1998).

A me Dell’Aringa – in vista del contratto delle autonomie locali, che come ho detto fu stipulato prima della sentenza 313/96 – pose subito però una delle questioni che più mi hanno costretto a fare i conti con le mie con-

vinzioni profonde. Carlo riteneva che, così come quella privata, anche la dirigenza pubblica non dovesse godere della stessa tutela reintegratoria allora prevista per tutti gli altri i lavoratori. Io – da buon lavorista della generazione post-statutaria – ho sempre considerato l’art. 18 un tassello pregiato del diritto del lavoro moderno. Espungerlo dalle tutele dei lavoratori pubblici – seppur dirigenti – senza una adeguata base normativa, mi pareva a dire il vero proprio una di quelle semplificazioni omologanti di matrice “aziendalistica”. E, in effetti, la legislazione di quegli anni, pur nelle tortuose soluzioni escogitate per mettere d’accordo i punti di vista più disparati, non consentiva secondo molti una totale equiparazione tra disciplina della dirigenza privata e alta burocrazia pubblica, specie in ordine alle tutele contro i licenziamenti illegittimi⁴. Eliminare la reintegrazione per il tramite della contrattazione collettiva significava davvero avere molto coraggio, nonché grande fiducia nella volontà riformatrice dei sindacati dei lavoratori. Per di più il mio maestro Mario Rusciano – insieme ad altri autorevoli studiosi come Marco D’Alberti, allievo diretto di Massimo Severo Giannini – andava sempre più maturando la convinzione che per i rapporti di lavoro della dirigenza sarebbe stato addirittura preferibile escludere del tutto la contrattazione collettiva.

Nonostante come giurista avvertissi un clima ostile, gli incontri con Dell’Aringa Presidente mi trovavano sempre più sensibile alle sue ragioni. Pur non facendo mai appello alla sua autorità istituzionale, ogni volta riprendeva il suo argomentare pacato, insieme alla ferrea convinzione della necessità di cogliere ogni occasione per innovare seriamente nell’interesse non tanto dell’efficienza bensì dell’efficacia dell’azione amministrativa, cioè del raggiungimento di risultati migliori nell’interesse di tutti i cittadini, a cominciare dai meno abbienti. Mi costrinsi così a ragionare dando assoluta prevalenza, da un lato, ai percorsi di un riformismo realista e non immaginario: in effetti chi altri se non la dirigenza poteva rappresentare e far valere le ragioni concrete dell’organizzazione? Dall’altro lato, se occorrevo innovazioni tanto coerenti quanto impetose, chi doveva pagare le spese di una mancata realizzazione dei risultati organizzativi se non la dirigenza? Certo non si poteva non tener conto che il vertice delle amministrazioni è sempre costituito da un Giano bifronte di cui la dirigenza è solo una faccia. L’altra faccia – spesso la più potente, al-

⁴ Riepiloga la questione come all’epoca si poneva ZOPPOLI A., *L’estinzione del rapporto*, in ZOPPOLI L. (a cura di), *Contratti collettivi a confronto: impiego pubblico, industria, servizi*, FrancoAngeli, Quaderni Aran, 1996, p. 298 ss.

meno sul breve tempo del mandato elettorale – riveste i panni della responsabilità politica che, in quanto tale, non può che essere rilevata e sanzionata nel circuito politico. Se l'amministrazione deve però dar conto dei risultati raggiunti indipendentemente dai cicli delle stagioni politiche, a rispondere non può che essere la dirigenza. Coerenza vuole che arrivi anche a rischiare il proprio posto di lavoro perché – come ha scritto proprio Carlo dell'Aringa ancora nel 2017 – “una dose di rischio nella propria vita professionale, un rischio legato al merito e all'impegno, è giustificato anche da stipendi piuttosto elevati, spesso non distanti da quelli dello stesso settore privato”⁵.

Con i contratti di area degli anni '90 la dirigenza ebbe proprio significativi aumenti di stipendi, pur con qualche cautela collegati in parte ai risultati da realizzare. Già si poteva immaginare che però far funzionare in maniera corretta e oggettiva la valutazione dei risultati in funzione delle relative indennità sarebbe stato difficile. E di questo ne ho avuto piena contezza quando – come componente del nucleo di valutazione della regione Campania (una decina d'anni ad inizio millennio) – ho sudato – insieme all'azien- dalista Riccardo Mercurio e a una squadra di tecnici esterni molto competenti – le proverbiali sette camicie per differenziare di pochi decimali le indennità di risultato delle centinaia di dirigenti regionali. Era dunque giusto e realistico porsi il problema di non garantire il posto a vita ai dirigenti pubblici incapaci o inadempienti, anche correndo il rischio di toccare il tabù della reintegrazione.

Al di là del mio sostegno tecnico-giuridico, com'è noto Carlo Dell'Aringa riuscì a stipulare i primi contratti di area della dirigenza di tutte le amministrazioni pubbliche (tra il 1996 e il 1998) riservando la reintegrazione a solo due ipotesi, seppure dilazionando la decorrenza della nuova tutela al 1997 (almeno per le autonomie locali, per le quali si stipulò un accordo integrativo due mesi dopo il primo ccnl normativo, contenente un famoso articolo 30, intitolato pudicamente “collegio di conciliazione”): i licenziamenti discriminatori e quelli in cui fosse dimostrata l'infondatezza della contestazione di un mancato raggiungimento del risultato. Negli altri casi il dirigente avrebbe potuto ottenere una pur cospicua indennità, ma mai la “restituzione” del posto di lavoro: esattamente come la dirigenza privata che ha, per contratto, questo tipo di tutela.

⁵ DELL'ARINGA, *Contrattazione collettiva e ruolo dei dirigenti*, in DELL'ARINGA, DELLA ROCCA (a cura di), *Lavoro pubblico fuori dal tunnel?*, il Mulino/Arel, 2017, p. 155.

Non di poco conto fu un'altra scelta: in coerenza con il settore privato, per la dirigenza non si prevedevano sanzioni conservative, ritenendosi queste ultime improprie per chi i poteri datoriali deve esercitarli più che subirli.

Le scelte contrattuali su stipendi, sanzioni e licenziamenti avvicinavano in effetti moltissimo la dirigenza pubblica a quella privata. Non si ignorava però che i vertici politici non sono equiparabili all'imprenditore e che per questo era necessario strutturare un sistema oggettivo di valutazione dei risultati gestionali nonché una tutela incisiva (cioè reintegratoria) nel caso di abusi di decisioni gestionali riconducibili ai vertici politici. Su questo secondo fronte i contratti non facevano tutto il possibile, ma, vista anche la gradualità delle innovazioni, ci sarebbe stato tempo per migliorare regole e prassi appena avviate.

3. *La marcia indietro pochi anni dopo "al traino" della giurisprudenza*

Com'è noto questa quasi miracolosa congiuntura di incisive pressioni riformatrici è durata, tra alti e bassi giurisprudenziali (che però mai hanno dato adeguato peso alla disciplina contrattuale⁶), fin quasi alla vigilia della sentenza della Corte costituzionale 351/2008, che è stata la vera pietra tombale per la disciplina simil-privatistica del licenziamento per la dirigenza pubblica⁷. Quella sentenza resta a mio parere poco convincente. E su questo tornerò.

Comunque quando fu resa nota Corte Cost. 351/08, Dell'Aringa ormai faceva un altro mestiere e anche i contratti collettivi, influenzati dall'orientamento di alcuni giudici, avevano già iniziato a cambiare il baricentro delle tutele contro i licenziamenti illegittimi dei dirigenti (v. nuovo testo dell'art.

⁶ V. ZOPPOLI L., *La reintegrazione del dirigente pubblico tra "capriccio degli organi politici" e "giurisprudenza creativa"*; e ZOPPOLI A., *Il licenziamento del dirigente pubblico alla Corte Costituzionale*, entrambi in *DLM*, risp. 2003, p. 505 ss, e 2009, p. 111 ss. In particolare v. Cass. 1 febbraio 2007, n. 2233, in *LPA*, 2007, p. 895.

⁷ V. ancora BOSCATI, MAINARDI, TALAMO, in CARINCI F., MAINARDI (a cura di), *La dirigenza nelle pubbliche amministrazioni*, Giuffrè, 2005, Tomo I, p. 278: "pure se viziato sotto il profilo motivazionale o formale/procedurale, l'atto di recesso resta idoneo a risolvere il rapporto di lavoro, dando luogo, come nell'ambito dei contratti privatistici, ad una tutela esclusivamente indennitaria a favore del dirigente (illegittimamente) licenziato". Nel medesimo contributo alcune interessanti considerazioni sulla più tortuosa disciplina transitoria della disciplina della conciliazione prevista dai contratti dell'epoca per l'impugnativa del recesso.

27 del ccnl enti locali del ccnl 2006, art. 11; ma la reintegrazione sarà introdotta con maggiore chiarezza solo nel 2010: v. art. 11 del contratto d'area di quell'anno per le autonomie locali). Anche il sistema delle sanzioni conservative ha fatto mestamente ritorno nella normativa dei contratti di area.

Da allora può dirsi che è entrata in panne la riforma della dirigenza per un lungo periodo ancora non terminato. E inoltre la riforma Brunetta ha dato avvio a quella singolare riduzione degli spazi di autonomia gestionale della dirigenza – surrogata, a mio parere illusoriamente, dalla legge – che ha via via allontanato sempre più il pubblico riformato dal privato anche quanto a logiche gestionali. Senza però troppo intaccare i livelli retributivi, ormai riconosciuti e purtroppo gestiti, anche per le parti innovative, in modo tutt'altro che dinamico⁸.

4. *Pensiero e pratica della contrattazione come veicolo di flessibilità ed efficienza organizzativa: il nodo della responsabilità politica e manageriale*

Nel frattempo ha assunto sempre più importanza un altro aspetto del pensiero di Dell'Aringa pure espresso durante il periodo in cui da Presidente dell'Aran guidava la contrattazione per il lavoro pubblico.

Mi riferisco alla struttura della contrattazione e alla connessa struttura della retribuzione. Carlo, aprendo un convegno organizzato dall'Aran nel giugno 1997, all'indomani dell'approvazione delle legge delega 59/97, diceva: “il tema del nesso tra retribuzione e produttività conduce a riflettere su un altro aspetto rilevante dell'attuale sistema di contrattazione nel pubblico impiego. Il ruolo della contrattazione decentrata”. Richiamandosi alla filosofia delle riforme di quegli anni ispirate a decentrare “decisioni e responsabilità”, affermava di condividerla in pieno. “La mia esperienza di questi tre anni” – scriveva – “mi induce a ritenere che questa, ancorché non facile e accidentata, sia la strada che occorre imboccare. La contrattualizzazione e la “privatizzazione” del rapporto di lavoro sono solo il primo passo in questa direzione ... Non ci potrà mai essere flessibilità ed efficienza nell'uso delle risorse umane, così come vi è nell'impresa privata, se la responsabilità ultima

⁸ Anche per quelli vi è stata molta distribuzione a pioggia. Dell'Aringa nell'articolo da ultimo citato, facendo un bilancio nel 2017, rilevava che in uno studio dell'OCSE del 2007 gli stipendi dei dirigenti pubblici italiani apicali risultavano al terzo posto della graduatoria dei paesi sviluppati, dopo Australia e Nuova Zelanda e a pari merito con l'UK.

di come utilizzare le risorse disponibili non viene attribuita alle singole unità amministrative”⁹.

Anche queste erano posizioni coraggiose e, sebbene in linea con il Governo dell’epoca e in particolare con il Ministro Bassanini – ispiratore, come si sa, di quella stagione istituzionale di decentramento – erano controcorrente specie rispetto al *mainstreaming* del settore privato, dove il nesso retribuzioni/produktività era di casa, ma non certo (allora) per il tramite di una generalizzata contrattazione decentrata.

Dell’Aringa da presidente Aran fu coerente e la successiva stagione della contrattazione collettiva fu ampiamente informata ad un decentramento della contrattazione, con significativi spazi negoziali anche per i salari. Poco tempo dopo però furono stilati bilanci piuttosto severi di quella stagione¹⁰.

Probabilmente ci si immaginava l’attivazione di una dirigenza dalla mentalità privatistica molto più veloce di quanto non potesse essere. Invece ci fu una gestione burocratica e tradizionale del decentramento contrattuale. Accompagnata da un periodo di notevole aggressività sindacale. Anche perché con la seconda privatizzazione il sindacalismo confederale pensò di poter tornare a giocare un ruolo dominante nel sistema di relazioni sindacali. E trovò ampio spazio perché come scrive lo stesso Dell’Aringa nel 2007, “13 anni sono pochi per raggiungere obiettivi della portata” auspicata¹¹; e soprattutto sono pochi per far maturare nelle pubbliche amministrazioni comportamenti “da privato datore di lavoro... (che) dovrebbe manifestare in occasione della contrattazione ...interessi fisiologicamente contrapposti a quelli del sindacato. Ma come si fa ad avere interessi contrapposti se, per decenni, gli interessi della singola amministrazione sono stati sempre praticamente identici a quelli dei sindacati e dei lavoratori che i sindacati rappresentavano?”¹².

Nel 2007 Dell’Aringa concordava con una ricostruzione storica trifasica della contrattazione collettiva nel lavoro pubblico: “Dopo la prima fase, quella degli anni immediatamente a ridosso della legge n. 29 del 1993, in cui la con-

⁹ In DE MARTIN (a cura di), *Il nuovo assetto del lavoro pubblico. Bilanci della prima tornata contrattuale, nodi problematici, prospettive*, FrancoAngeli, 1999, Quaderni Aran, pp. 16-17.

¹⁰ V. BELLARDI, CARABELLI, VISCOMI (a cura di), *Contratti integrativi e flessibilità nel lavoro pubblico riformato*, Cacucci, 2007.

¹¹ DELL’ARINGA, *Contrattazione collettiva e costo del lavoro*, in DELL’ARINGA, DELLA ROCCA (a cura di), *Pubblici dipendenti. Una nuova riforma?*, Rubbettino, 2007, p. 8 ss.

¹² *Ibid.*, p. 13.

trattazione collettiva poteva svolgersi solo all'interno dei vincoli finanziari fissati nei contratti nazionali, è subentrata una seconda fase, quella della 'seconda riforma' del 1998, in cui alle amministrazioni locali è stato riconosciuto un ambito di autonomia nell'individuazione delle risorse da impiegare nella contrattazione locale (che da decentrata diveniva integrativa). La terza fase, non codificata in alcuna legge, è quella cui stiamo assistendo in questi ultimi anni, ed è caratterizzata dai tentativi del Governo centrale di riportare sotto controllo la dinamica del costo del lavoro, riportando in questo modo, le 'lancette dell'orologio' del processo di riforma quasi al punto di partenza¹³. E avvertiva "o il processo di 'conversione' allo spirito e ai comportamenti del 'privato datore di lavoro' viene attuato in tempi brevi, oppure si preannuncia una fase molto critica, che potrebbe ri-centralizzare la contrattazione collettiva"¹⁴.

Come sappiamo, seppure con qualche giro largo e la fase "onirica"¹⁵ della meritocrazia per legge di stampo brunettiano, Dell'Aringa aveva formulato una previsione perfino ottimistica. In effetti la contrattazione collettiva per oltre 8 anni è stata cancellata a livello nazionale e tenuta a stecchetto in sede decentrata. Quindi le ragioni della spesa hanno prevalso su tutto il resto.

La ricetta di Dell'Aringa nel 2007 però era un'altra. Egli ancora scriveva: "una soluzione potrebbe consistere in un maggior decentramento della contrattazione"¹⁶. Pensando a una differenziazione per comparti, specie per sanità e autonomie locali, e a un rafforzamento del ruolo negoziale dell'Aran, riteneva però necessario che si verificassero alcune condizioni di cui "la prima (era) che si attuasse una forma di federalismo fiscale che attribuisse in maniera definitiva responsabilità finanziaria e connesso vincolo generale di bilancio a queste amministrazioni"¹⁷.

5. *La paralisi quasi decennale delle riforme istituzionali e burocratiche*

Com'è noto il federalismo fiscale, al pari della riforma della dirigenza, è poi divenuta la grande incompiuta tra le infinite riforme degli apparati pubblici. E oggi se ne torna a parlare con insistenza.

¹³ *Ibid.*, p. 14.

¹⁴ *Ibid.*, p. 15.

¹⁵ V. ZOPPOLI L., *Bentornata realtà: il lavoro pubblico dopo la fase onirica*, in *Jus*, 2013.

¹⁶ DELL'ARINGA, *Contrattazione collettiva e costo del lavoro*, cit., p. 29.

¹⁷ *Ibid.*, p. 29.

Potremmo dire, molto schematizzando, che licenziabilità dei dirigenti incapaci e federalismo fiscale erano nel pensiero di Carlo Dell’Aringa due modalità per introdurre principi forti di responsabilità nel sistema di contrattazione collettiva per il lavoro pubblico. Il primo avrebbe agito soprattutto sul versante delle alte burocrazie; il secondo su quello della responsabilità dei vertici politici, inducendoli a maggiore attenzione ad efficienza/efficacia della spesa a livello locale.

Entrambe le ricette sono state messe nel congelatore dell’*austerità* fino al 2015/2016. Dalle quali sono uscite grazie, da un lato, ancora alla Corte Costituzionale con la sentenza 178/15 e, dall’altro, ad una nuova rivoluzione dello scenario politico-istituzionale.

Dell’Aringa ha continuato a produrre analisi anche nella fase più recente, nella quale si è ripreso a discutere e progettare in vista di un rilancio della contrattazione collettiva a tutti i livelli – strada nella quale continuava a credere, nonostante qualche impazienza verso un disordine contrattuale che riteneva figlio dell’irresponsabilità degli attori politici e burocratici – unitamente al potenziamento della dirigenza pubblica e l’incremento della quota di retribuzione legata al merito e alla produttività.

6. *Analisi e ricette di Dell’Aringa professore: generalizzazione del salario di produttività, rilancio della dirigenza pubblica, valutazione dei risultati organizzativi*

Nei suoi scritti più recenti troviamo riprese soprattutto le tematiche della dirigenza e del modo in cui far funzionare una corretta valutazione dei risultati¹⁸. Il federalismo fiscale non compare più, anche perché è divenuto a molti chiaro come sia una strada impervia, dove si rischiano pericolosi regolamenti di conti politici attraverso concetti e numeri poco condivisi e dai pericolosissimi impatti su già aggravati divari territoriali.

In uno dei suoi ultimi scritti in materia ha ribadito che la via maestra è quella di “rendere la contrattazione aziendale maggiormente orientata a legare gli aumenti di stipendio alla produttività”. Aggiungeva non si può “rimanere in mezzo al guado...con una contrattazione aziendale che è stata solo strumento per aumentare le componenti fisse della retribuzione e dove

¹⁸ Specie nel più volte citato *Contrattazione collettiva e ruolo dei dirigenti*, p. 135 ss.

i dirigenti hanno distribuito le risorse disponibili in modo differenziato, senza sufficiente attenzione al merito e ai risultati”¹⁹.

Quando Carlo scriveva queste parole era ancora il 2017 e non pensava più al federalismo fiscale. Tant’è che concludeva, in modo un po’ sconsolato, “se non si riesce a rimediare a questi punti deboli che tengono bloccato il nesso virtuoso, tanto vale ritornare al passato con un sistema centralizzato di determinazione delle retribuzioni”²⁰.

Però non rinunciava a sottolineare, insieme a Della Rocca, la necessità di far uscire con ogni mezzo le amministrazioni dal “primitivismo organizzativo”: con la valutazione, con rinnovate forme di partecipazione dei lavoratori, con la digitalizzazione e, soprattutto, con la riattivazione di una dirigenza capace di esprimere una vera logica “manageriale”²¹.

Rispetto agli anni ’90 si avvertiva comunque nel suo argomentare, parlato²² o scritto, più di una disillusione. Forse era rimasto troppo abbagliato dall’idea di generalizzare un incremento della quota salariale legata ai risultati. Questo percorso si è dimostrato difficile e dispendioso, poco redditizio se riferito all’intero personale pubblico. E non ha tutti i torti chi sottolinea che nelle pubbliche amministrazioni puntare tutto sulle gratificazioni retributive non porta lontano e depotenzia altre spinte motivazionali²³.

Potrebbe invece funzionare seriamente la retribuzione di risultato per la dirigenza: migliorarne regolazione e sistema gestionale potrebbe essere ancora un obiettivo importante e fattibile.

Purtroppo in materia la riforma Madia innova poco e anche i primi contratti collettivi per la dirigenza hanno in sostanza riproposto gli stessi insoddisfacenti criteri di differenziazione delle retribuzioni introdotti per gli altri dipendenti (v. art. 50 del contratto istruzione di dicembre 2018, ancora non pubblicato in GU).

Si deve a mio parere fare molto meglio. Forse può aiutare il fatto che

¹⁹ *Ibid.*, p. 158.

²⁰ *Ibid.*

²¹ DELL’ARINGA, DELLA ROCCA, *Introduzione*, in DELL’ARINGA, DELLA ROCCA, *Il lavoro pubblico fuori dal tunnel?*, cit., p. 25 ss.

²² L’ultima volta ne discutemmo pubblicamente in un convegno organizzato dall’Università di Bari Aldo Moro il 20 aprile 2018, intitolato “Un patto per le relazioni industriali. Contrattazione collettiva e produttività”.

²³ Soprattutto e da ultimo v. RUFFINI, *I sistemi di retribuzione variabile nella pubblica amministrazione tra norma e prassi*, in AA.VV., *Il lavoro pubblico e la riforma Madia: organizzazione, gestione e valutazione*, RGL, quad. n. 4, 2019, p. 113 ss.

sia tornata nelle agende politiche la rivisitazione dello stato giuridico delle dirigenze pubbliche. Dopo il fallimento della riforma Madia, c'è infatti un ddl proposto dal Ministro Bongiorno su cui è appena cominciata qualche discussione più approfondita.

La mia impressione però è che si continui lungo una strada che pure si è rivelata poco fruttuosa. Essa, in sintesi, consiste nel ricostruire uno statuto del dirigente pubblico molto legificato e proceduralizzato, con una sorta di ritorno ad un impianto di tipo pubblicistico che dovrebbe garantire l'indipendenza dell'alta dirigenza dalla politica. A questo ritorno al passato sembrava credere da ultimo anche Dell'Aringa che, a proposito della riforma Madia, scriveva: "il ruolo unico in ciascuno dei tre grandi gruppi di amministrazioni pubbliche ... ha lo scopo di svincolare l'attribuzione dell'incarico da un rapporto di tipo fiduciario tra responsabile politico e dirigente... Si può sperare che questa ulteriore riforma della dirigenza pubblica possa alla fine funzionare"²⁴.

A me anche questa pare una speranza mal riposta, persino condizionata dalla nostalgia per una figura di dirigente pubblico del tutto superata e forse mai esistita al di là di alcune biografie mitiche. Indubbiamente anche lo *spoils system* all'italiana non ha funzionato bene, specie in assenza di un valido sistema di valutazione oggettiva della dirigenza. Però io sono dell'idea che tornare troppo indietro (forse a un'irripetibile età dell'oro) è sempre più difficile che provare a fare qualche passo avanti tenendo conto degli errori commessi.

A questo riguardo non è peregrino chiedersi: ma l'equiparazione della dirigenza pubblica al restante personale – sposata alla fine anche dalla riforma Madia, che recupera in pieno per tutti i dipendenti pubblici anche la reintegrazione dopo anni di distrazioni legislative e difformi interpretazioni di dottrina e giurisprudenza²⁵ – resta un vincolo ineliminabile o si può tornare a ripensare al recupero di uno statuto più privatistico, più consono ad un ruolo manageriale, anche con riguardo alla disciplina del licenziamento, considerato per di più che intanto nel diritto del lavoro dei privati la reintegrazione è stata sempre più ridotta?

Mi piace pensare – forse anche come un rifiuto soggettivo del tempo

²⁴ *Contrattazione collettiva e ruolo*, cit., p. 154.

²⁵ V. LUCIANI, *Il licenziamento illegittimo del dipendente pubblico e la tutela reintegratoria "universale"*, in ESPOSITO, LUCIANI, ZOPPOLI A., ZOPPOLI L. (a cura di), *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Giappichelli, 2018, p. 397 ss.; SARACINI, *Reintegra monetizzata e tutela indennitaria nel licenziamento ingiustificato*, Giappichelli, 2018.

che passa e della rassegnazione che subentra – che oggi Carlo Dell’Aringa mi avrebbe di nuovo invitato a riflettere da giurista sulla necessità di garantire il posto di lavoro alla dirigenza pubblica. Almeno per poter scegliere liberamente tra due strade, senza escludere anche la via maestra, che è quella di una dirigenza capace di rischiare per davvero.

7. *Limiti delle riforme in progress e attualità del pensiero riformatore “radicalmente realista”*

Immaginando un’ultima conversazione con Carlo, come dicevo poc’anzi, gli direi che la strada di una dirigenza pubblica un po’ più “privatistica” non è preclusa dalla giurisprudenza della Corte costituzionale. La sentenza del 2008 infatti non costituzionalizza la reintegrazione per la dirigenza pubblica, ma formula piuttosto un’opzione a favore della reintegrazione delle alte burocrazie ritenuta più idonea alla tutela degli interessi collettivi della pubblica amministrazione previsti dalla nostra Costituzione²⁶. Quella sentenza, pur ispirata da giuste preoccupazioni, nei dettagli non mi convinceva dieci anni fa e nemmeno oggi mi pare che imponga soluzioni regolative univoche. Pur non avendo io cambiato idea sulla importanza della reintegrazione in generale, continuo pure a pensare che se le amministrazioni italiane stentano ancora a raggiungere risultati dignitosi qualcuno deve prendere a cuore il problema e, se non lo risolve, rischiare seriamente e concretamente. Penso perciò che si deve intensificare sia la ricerca di migliori sistemi di valutazione dei risultati sia la elaborazione di tecniche adeguate a sanzionare chi non fa tutto il possibile per raggiungere risultati gestionali almeno dignitosi.

²⁶ Di recente ripropone la questione ZAPPALÀ, *La regolazione asintotica del licenziamento: ratio ed effetti della differenziazione tra lavoro pubblico e lavoro privato*, in CARUSO (a cura di), *Il lavoro pubblico a vent’anni dalla scomparsa di Massimo D’Antona*, in Quaderni di questa rivista, n. 7, 2019, attribuendo anche a me l’opinione della costituzionalizzazione della reintegrazione nel lavoro pubblico (v. nota 59). In realtà nello scritto citato da Zappalà mi sono limitato a prendere atto di quella che sembra la *communis opinio* senza esprimere nessuna adesione, anzi ricordando la mia posizione critica sul punto, mai smentita. È vero invece che sono un po’ scettico sul concreto uso del licenziamento nel settore pubblico indipendentemente dalle discipline legali, essenzialmente per una questione di iura: v. *Il licenziamento e la legge: una (vecchia) questione di limiti*, in *VTDL*, 2016, p. 427, nota 34.

È chiaro che la valutazione oggettiva dei risultati è un *prius* e su questa occorre innanzitutto vigilare.

È anche necessario avere ben chiaro che il dirigente pubblico non può essere né un demiurgo né un capro espiatorio designato, ma “solo” una sorta di “facilitatore” di una valida cultura organizzativa nelle pubbliche amministrazioni che diventi patrimonio collettivo.

Su queste premesse sarebbe relativamente agevole riprendere le fila di un rilancio della dirigenza pubblica con un approccio molto pragmatico e tempestivo. Ferma restando la possibilità sul medio periodo di studiare sistemi più sofisticati e articolati²⁷, i passaggi, già individuati qualche anno fa²⁸, potrebbero essere i seguenti:

Far ripartire al più presto a pieno regime un sistema di valutazione dei risultati amministrativi raggiunti dalle amministrazioni e dai dirigenti, coniugando una regia nazionale (anche per macro-comparti) con un’articolata rete di organismi di valutazione operanti presso le singole amministrazioni. Al riguardo l’esperienza vissuta con la riforma Brunetta del 2009 – se si prescinde dall’impossibilità di usare le valutazioni per la gestione del personale connessa essenzialmente al congelamento dei rinnovi contrattuali (oltre che alle eccessive rigidità legali) – non è affatto negativa, quanto a costruzione dell’infrastruttura operativa, che andrebbe semplificata, ben funzionalizzata e snellita, ma non sottovalutata o stravolta²⁹. Anzi ripartire dalle acquisizioni

²⁷ V., per alcuni spunti, DE IOANNA, *Gli esami che servono alla burocrazia*, in *La Repubblica-Affari & finanza* del 16 gennaio 2017.

²⁸ V. ZOPPOLI L., *Reclutamento e ruolo unico: filosofie organizzativo-istituzionali e tecniche regolative*, in *LPA*, 2016, p. 43 ss.

²⁹ V., da ultimi, ZOPPOLI A., *I chiaroscuri della disciplina degli incarichi nella “privatizzazione” della dirigenza pubblica*, in FIORILLO, PERULLI (a cura di), *Il nuovo diritto del lavoro. I. Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, Giappichelli, 2013, p. 836 ss.; MONDA, *op. cit.*; ZOPPOLI L., *Principi e regole della valutazione: oltre il luccichio delle vetrine*, in GAGLIOTTI, RANIERI, SAVAZZI (a cura di), *Risultati e prospettive per i sistemi di valutazione della performance: confronto tra gli organismi indipendenti di valutazione delle Regioni e delle Province autonome. Atti del seminario nazionale, Catanzaro, 18 marzo 2016*, Wolters Kluwer – Cedam, 2016, p. 142 ss. (ed ivi altri interventi approfonditi di PINTO, RUFFINI, MANGANARO); DEIDDA GAGLIARDO, *Fallimento e rinascita della valutazione delle performance nella prospettiva del valore pubblico: l’orizzonte della riforma Madia*, in *Economia e società regionale*, 2016, n. 1, p. 37 ss. Su pregi e limiti della riforma Madia in materia v. NICOSIA, *I soggetti della valutazione (percorsi di apprendimento organizzativo)*, e MONDA, *La valutazione delle performance: programmazione degli obiettivi e gestione premiale*, in ESPOSITO, LUCIANI, ZOPPOLI A., ZOPPOLI L., *op. cit.*, risp. p. 329 ss. e p. 370 ss.; BORGOGELLI, *Le ragioni giuridiche della valutazione nelle pubbliche amministrazioni e le aporie del sistema*, in AA.VV., *Il lavoro pubblico e la riforma Madia: or-*

maturate soprattutto in alcuni comparti a me pare fondamentale anche per dotarsi di informazioni e strumenti per intervenire con rapidità laddove più si rende necessario, senza adottare una logica omologante dettata essenzialmente da esigenze di riduzione della spesa o di grave allarme sociale.

Ancora attuale mi sembrerebbe la proposta di organizzare una *task-force* di dirigenti selezionati tra i migliori di quelli in servizio o reclutati *ad hoc* con procedure e concorsi specifici ed urgenti da mettere a disposizione di un'Autorità nazionale – che potrebbe persino essere il Dipartimento della Funzione pubblica – per destinarli, temporaneamente, ad affrontare i problemi organizzativi e gestionali posti dalle amministrazioni con i risultati gestionali più negativi³⁰.

Infine sarebbero da individuare misure adeguate e tempi assai brevi per il rinnovamento se non fisico almeno culturale della dirigenza attiva in ciascuna amministrazione, attivando percorsi di aggiornamento/formazione, mobilità e reclutamento specifici per le amministrazioni prive di adeguata dirigenza. Al riguardo sarebbe necessaria una sorta di “tolleranza zero” rispetto alla capacità gestionale della dirigenza in servizio, identificata nella sua dimensione minima necessaria. Per dirla in modo volutamente teatrale: andrebbe acceso una sorta di “occhio di bue” sui dirigenti cruciali in ciascuna amministrazione per metterne a fuoco la reale idoneità a svolgere la funzione assegnata e apprestare ogni specifica misura per colmare le eventuali lacune o avviare le rotazioni e le mobilità necessarie.

In questo quadro potrebbe essere utile ripensare ad una disciplina legislativa più snella del licenziamento del dirigente inadempiente, disonesto o incapace di raggiungere risultati. E potrebbe tornare utile perfino un margine di scelta di tipo fiduciario lasciato al vertice politico delle amministrazioni – adeguatamente e concretamente responsabilizzato (v. *infra*) – specie fino a che non si sarà consolidata una nuova dirigenza pubblica di qualità e un sistema nazionale di valutazione dei risultati gestionali di grande affidabilità. Se oggi infatti la Francia, sotto la spinta dei *gilet jaunes*, si può permettere il lusso di mettere sotto accusa la “casta” dei c.d. *enarques*, troppo lontani dalla società, in Italia dobbiamo ancora lavorare molto alla costruzione di una di-

ganizzazione, gestione e valutazione, RGL, 2019, quad. n. 4, p. 76 ss.; D'ALTERIO, *La valutazione della performance nelle pubbliche amministrazioni: stato dell'arte e nodi (ancora) da sciogliere*, in CARUSO, *op. cit.*, p. 157 ss.

³⁰ ZOPPOLI L., *Qualità dei servizi e del lavoro nell'eterna riforma delle pubbliche amministrazioni*, in LPA, 2007, pp. 592-593.

rigenza in grado di fungere da realistica cerniera organizzativa tra una politica fantasiosa e utenti dei servizi pubblici troppo spesso insoddisfatti. E dobbiamo farlo con modalità molto efficaci e rapide. Quel che è certo è che non possiamo più permetterci di mantenere una funzione dirigenziale “apparente” e, per giunta, ancora mediamente ben pagata.

Naturalmente questo non vuole affatto dire che si possa riconoscere al vertice politico il potere di licenziare il manager pubblico senza motivazione. La motivazione – soggettiva o oggettiva, specie con riguardo ai risultati raggiunti – va assolutamente mantenuta senza indulgere alle tentazioni di recuperare un anacronistico recesso acausale.

Come pure va rafforzato il sistema che può rendere oggettivo il mancato raggiungimento del risultato, la cui accertata gravità o reiterazione dovrebbe rendere obbligatorio il licenziamento (come peraltro già adombrato, seppure maldestramente, dalle recenti modifiche legislative al d.lgs. 165/01). Forse però non è più necessario prevedere in questo caso la reintegrazione, potendosi piuttosto prevedere una sanzione di tipo indennitario, anche più cospicua di quella contemplata dai contratti degli anni '90, visto che persino il legislatore del settore privato è arrivato a prevedere una sanzione massima pari a 36 mensilità.

Sarebbero però indispensabili altre due precisazioni, da introdurre attraverso disposizioni legislative.

Anzitutto andrebbe precisato che ove il licenziamento del dirigente disposto per ragioni diverse dal mancato raggiungimento del risultato non sia basato su una motivazione adeguatamente dimostrata dall'amministrazione, se ne debba presumere la natura discriminatoria con conseguente reintegrazione. Si porrebbe così il dirigente pubblico al riparo da una discriminazione politica anche latente, più probabile di quanto non sia nel lavoro privato.

In secondo luogo andrebbe previsto che ove risulti viziata o errata la valutazione del mancato raggiungimento del risultato, il vertice – politico o amministrativo – che assume la decisione di procedere al licenziamento – comunque produttivo di effetti – sia personalmente e oggettivamente responsabile della sanzione pecuniaria da corrispondere al dirigente licenziato. Una sorta di responsabilità politico-contabile che renda pienamente coinvolto e interessato il vertice politico o amministrativo nel far funzionare al meglio l'intero sistema della valutazione. Ovviamente sarebbe necessario evitare alterazioni strutturali e endogene dei sistemi di valutazione: e sotto questo profilo andrebbero estese e rese più chiaramente obbligatorie modalità

di verifica dei risultati amministrativi “dichiarati” (e talvolta persino “sbandierati”) attraverso tecniche di rilevazione della *customer satisfaction* che coinvolgono affidabili associazioni degli utenti (qualche utile esperienza è già in atto).

Se così fosse, potrebbero ritenersi fugate le preoccupazioni adombrate dalla giurisprudenza costituzionale sia in ordine alla mancata indipendenza del dirigente parzialmente privato della tutela reintegratoria sia in ordine al *vulnus* economico che deriverebbe all'amministrazione dal dover corrispondere la sanzione pecuniaria. E, forse, ne verrebbe un piccolo contributo al miglioramento complessivo della classe dirigente nelle pubbliche amministrazioni: un Giano bifronte per il quale, come aveva ben intuito già negli anni '90 Carlo Dell'Aringa, non occorrono riforme nostalgiche ma interventi plurimi e incisivi lontani dalla mera chirurgia maxillo-facciale.

Abstract

Il saggio ripercorre il pensiero e l'esperienza di Carlo Dell'Aringa, autorevole economista del lavoro e presidente dell'Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni nei primi anni cruciali della "privatizzazione" del lavoro pubblico in Italia (1995/2000), morto improvvisamente il 18 settembre 2018. In particolare si analizza come e perché egli orientò la nuova contrattazione collettiva, da un lato, a dare alla dirigenza pubblica un nuovo assetto normativo più vicino possibile a quello del management privato, e, dall'altro, a decentrare sempre più la contrattazione collettiva, in vista di un maggiore collegamento tra produttività e retribuzioni dei dipendenti pubblici. In conclusione ci si interroga sull'attualità di queste linee di politica contrattuale con qualche risposta critica rispetto ai più recenti orientamenti della legislazione in materia.

The article traces the thought and experience of Carlo Dell'Aringa, an outstanding labour economist and president of the Agency for the negotiating representation of public administrations in the first crucial years of the "privatization" of public employment in Italy (1995/2000), who died suddenly on 18 September 2018. In particular, it analyses how and why Dell'Aringa oriented the new collective bargaining, on the one hand, to give public managers a new regulatory structure as close as possible to that of private managers, and, on the other hand, to increasingly decentralize collective bargaining, in view of a greater link between productivity and salaries of public employees. In the final part, questions are raised about the relevance of these contractual policy lines and some critical responses are given as regards to the most recent guidelines in the relevant legislation

Key words

Lavoro pubblico, contrattazione collettiva, dirigenza pubblica, retribuzione e produttività, tutela reintegratoria.

Public work, collective bargaining, public management, wage and productivity, reinstatement protection.

Antonello Zoppoli

La Consulta interviene sul *Jobs Act* ma ne evita il cuore: il *nuovo* bilanciamento nella disciplina del licenziamento*

Sommario: **1.** La correlazione lavoro-persona nella sentenza della Corte cost. 8 novembre 2018 n. 194, un chiaroscuro. **2.** Il *nuovo* bilanciamento tra “riduzione delle tutele contro il licenziamento *vs.* promozione dell’occupazione” quale ragione giustificatrice della differenziazione della disciplina *ratione temporis*? **3.** L’assenza dell’essenziale piano argomentativo nella pronuncia della Consulta. **4.** La centralità assiologica e storico-sistematica del nuovo bilanciamento nella regolazione del licenziamento: l’estraneità alla sentenza. **5.** Il rilievo del nuovo bilanciamento ai fini delle marginalizzazione della reintegra. **6.** ... e ai fini del raffronto con il diritto comune dei contratti. **7.** Brevi considerazioni sui criteri per la determinazione del danno da risarcire al prestatore di lavoro.

1. *La correlazione lavoro-persona nella sentenza della Corte cost. 8 novembre 2018 n. 194, un chiaroscuro*

La Corte costituzionale, con la ben nota sentenza dell’8 novembre 2018 n. 194 (da ora sent. 194)¹, si è pronunciata su alcuni snodi del fiore all’oc-

* Lo scritto riprende, ampliandolo e corredandolo di note, l’intervento al convegno “*I licenziamenti illegittimi: tecniche sanzionatorie e limiti costituzionali (dopo Corte cost. 26 settembre 2018, n. 194)*”, svoltosi nell’Università di Napoli Federico II, il 12 dicembre 2018, ed è destinato agli Studi in onore di Francesco Santoni.

¹ Il dibattito sulla sentenza è già ricchissimo; senza pretesa di esaustività, cfr. ANDREONI, FASSINA (a cura di), *La sentenza della Corte costituzionale sul contratto a tutele crescenti: quali orizzonti?*, Ediesse, 2019; BALLESTRERO, *La Corte costituzionale censura il d.lgs. n. 23/2015: ma crescono davvero le tutele?*, in *LD*, 2019, p. 243; BOLLANI, *Le tutele avverso il licenziamento ingiustificato e la sentenza n. 194/2018, dopo le scosse, l’assessamento?*, in *DRI*, 2019, p. 214; CARINCI M.T., *La Corte costituzionale n. 194/2018 ridisegna le tutele economiche per il licenziamento individuale ingiustificato nel “Jobs Act”, e oltre*, in *WP CSDLE “Massimo D’Antona”*.It, 378/2018; CESTER, *Il Jobs Act sotto la saure della Corte costi-*

chiello del cd. *Jobs Act*, il d. lgs. 4 marzo 2015 n. 23. Dei tanti temi affrontati dalla Consulta, di grande rilievo o più circoscritti ma comunque di marcato

tuzionale: tutto da rifare?, in *LG*, 2019, n. 2, p. 163; CHIODI, *La sentenza della Corte costituzionale n. 194/2018: contenuto, natura ed effetti*, in *LDE*, 2019, n. 1; COSIO, *La sentenza n. 194/2018 della Corte costituzionale e l'ordinamento complesso*, in *LDE*, 2019, 1; DE LUCA TAMAJO, *La sentenza della Corte costituzionale n. 194 del 2018 in tema di quantificazione dell'indennizzo per il licenziamento illegittimo*, in questa rivista, 2018, p. 633; DEL RE, *La prematura fine delle Tutele Crescenti*, in *LDE*, 2019, 1; FONTANA, *La Corte costituzionale e il decreto n. 23/2015: "one step forward two step back"*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona"*. It, 382/2018; GAMBACCIANI, *I criteri legali di determinazione delle indennità risarcitorie nei licenziamenti*, in *MGL*, 2018, p. 39; GIUBBONI, *Il licenziamento del lavoratore con contratto "a tutele crescenti" dopo l'intervento della Corte costituzionale*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona"*. It, 379/2018; ICHINO, *Il rapporto tra danno prodotto dal licenziamento e l'indennizzo nella sentenza della Consulta (nota a Corte cost. n. 194/2010)*, in *RIDL*, 2018, II, p. 1050; INGRAO, *I primi effetti della sentenza della Corte costituzionale n. 194/2018 sulla quantificazione dell'indennità di licenziamento ingiustificato nelle piccole imprese*, in *MGL*, 2018, p. 235; MAGNANI, *Il "Jobs Act" e la Corte costituzionale. Riflessioni su Corte cost. n. 194/2018*, in *DRI*, n. 2019, 2, p. 1; MARESCA, *Licenziamento ingiustificato e indennizzo del lavoratore dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 194/2018 (alla ricerca della norma che non c'è)*, in *DRI*, 2019, 1, p. 238; MARIUCCI, *Tra prudenza e coraggio: i licenziamenti dopo la sentenza n. 194/2018 della Corte costituzionale*, in *LD*, 2019, p. 235; MARTELLONI, *La legge del contrappasso: la Corte costituzionale reintegra il giudice del lavoro*, in *LD*, 2019, p. 263; MAZZOTTA, *Cosa ci insegna la Corte costituzionale sul contratto a tutele crescenti*, in *Labor. Il lavoro nel diritto*, www.rivistalabor.it, 2018, p. 628; NOVELLA, *Il ritorno della discrezionalità giudiziale dopo la sentenza n. 194/2018 della Corte costituzionale*, in *LD*, 2019, p. 285; ORLANDINI, *Il licenziamento dopo la sentenza della Corte cost. n. 194/2018, tra vincoli costituzionali e fonti internazionali: la partita resta aperta*, in *LDE*, 2019, 1; PALLANTE, *Il lavoro e l'eguaglianza che non c'è*, Relazione, in ANDREONI-FASSINA (a cura di), cit., p. 37; PERSIANI, *La sentenza della Corte costituzionale n. 194/2018. Una riflessione d'insieme sul dibattito dottrinale*, in *LDE*, 2019, 1; PERULLI, *Il valore del lavoro e la disciplina del licenziamento illegittimo*, in *Il libro dell'anno del diritto*, Treccani, 2019, p. 339; PINELLI, *La tutela dei lavoratori colpiti dal licenziamento ingiustificato in presenza di automatismi legislativi*, Relazione al convegno *I licenziamenti illegittimi*, cit.; PISANI, *La Corte costituzionale e l'indennità per il licenziamento ingiustificato: l'incertezza del diritto liquido*, in *MGL*, 2018, 1, p. 153; PONTERIO, *Il molo del giudice in un sistema equilibrato di tutele*, in ANDREONI, FASSINA (a cura di), op. cit., p. 71; PROIA, *Le tutele contro i licenziamenti dopo la pronuncia della Corte costituzionale*, in *MGL*, 2018, p. 197; ROSELLI, *La sentenza della Corte costituzionale n. 194 del 2018. Tra discrezionalità del legislatore e principio di ragionevolezza*, in *LDE*, 2019, 1; SANTONI, *Relazione al Convegno I licenziamenti illegittimi*, cit. SARACINI, *Licenziamento ingiustificato: risarcimento e contenuto essenziale della tutela*, in questa rivista, 2018, p. 646; SIGILLÒ MASSARA, *La tutela contro i licenziamenti illegittimi dopo la pronuncia della Corte Costituzionale 26 settembre 2018, n. 194*, in *MGL*, 2018, p. 213; SPEZIALE, *La sentenza n. 194 del 2018 della Corte costituzionale sul contratto a tutele crescenti*, Relazione, in ANDREONI, FASSINA (a cura di), cit., p. 43; TOSI, *Spigolature di dottrina sulla sentenza 194/2018 della Corte costituzionale e sul suo "dopo"*, in *DRI*, 2019, 1, p. 640; TURSI, *Il diritto stocastico. La disciplina italiana dei licenziamenti dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 194/2018 (e "decreto dignità")*, in *DRI*, 2019, 1, p. 256; VALLEBONA, *Tutele crescenti: de profundis*, in *MGL*, p. 251; VIDIRI, *La sentenza della Corte costituzionale n. 194/2018: tra certezza del diritto ed ordinamento complesso*, in *LDE*, 2019, p. 1; L. ZOPPOLI, *Il licenziamento "de-costituzionalizzato": con la sentenza n. 194/2018 la Consulta argina, ma non architetta*, in *DRI*, 2019, 1, p. 277.

interesse, in queste pagine ne saranno considerati due, basilari e intrecciati. Il primo attiene direttamente al piano dei valori/principi; il secondo anzitutto al piano della tecnica regolativa, ma dalle implicazioni di vario genere, anche assiologiche. Piani, entrambi, impegnativi, che qui rendono possibili, inevitabilmente, riflessioni solo essenziali.

In relazione al primo, la sent. 194 assume, specie in questo momento storico, un'indubbia importanza da un duplice contrapposto punto di vista.

La Corte torna a sottolineare, con forza, la centralità del lavoro nell'impianto costituzionale: finalizzato – scrive la Consulta (riprendendo la sua precedente pronuncia del 2 giugno 1983 n. 163) – a “realizzare un pieno sviluppo della personalità umana”². È una lettura fondamentale, che ha indirizzato lo sviluppo del diritto del lavoro nella seconda metà del secolo scorso. Una lettura, però, in questi anni persa di vista. Di certo da quel filone di pensiero giuslavoristico, molto attento alle analisi della *Law and economics* e ben presente al legislatore degli ultimi tempi: in particolare al legislatore della nuova disciplina del licenziamento, specie del 2015, preoccupato di fare, del licenziamento, un'entità economicamente “calcolabile”³. Approdo, ora, censurato dal giudice delle leggi, giustamente sensibile, appunto, alla cruciale correlazione lavoro-persona.

Sotto questo profilo la sentenza merita il massimo apprezzamento. Soprattutto considerando l'assoluta rilevanza dell'istituto del licenziamento nella regolamentazione del rapporto di lavoro: come tante volte ricordato da tanti⁴,

² V. *Considerato in diritto*, punto 13. Sottolineano questo profilo della sentenza, tra gli altri, ESPOSITO, *Intervento*, in ANDREONI, FASSINA, *op. cit.*, p. 147; ORLANDINI, *op. cit.*; LASSANDARI, *Intervento*, in ANDREONI, FASSINA, *op. cit.*, p. 153; SPEZIALE, *op. cit.*, p. 51. La suindicata finalità del “lavoro” nell'impianto costituzionale – vale la pena rammentarlo – ne esprime anche le caratteristiche di cardine di funzionamento della società e, specularmente, di prezioso e imprescindibile canale di integrazione in essa del singolo. Tutto ciò è forse sottovalutato quando, in seguito alle pur indiscutibili trasformazioni in atto, si raffigurano, in modo affrettato, nuovi scenari socio-economici, con il lavoro ai margini. Sulla centralità del lavoro nella Costituzione v., per tutti, MORTATI, *Principi fondamentali*, Art. 1, in *Comm. Branca*, Zanichelli-Foro it., 1975; MENGONI, *Fondata sul lavoro: la Repubblica tra diritti inviolabili e doveri inderogabili di solidarietà*, in *Jus*, 1998, p. 45; p. 10; SCOGNAMIGLIO, *Lavoro, Disciplina costituzionale*, in *EGT*, Aggiornamento, XVII, Roma, 2008, p. 1; NOGLER, *Cosa significa che l'Italia è una Repubblica “fondata sul lavoro”?*, in *LD*, 2009, p. 427; LUCIANI M., *Radici e conseguenze della scelta costituzionale di fondare la repubblica democratica sul lavoro*, in *ADL*, 2010, p. 627; A. ZOPPOLI, *Costituzione, cittadinanza, organizzazione sindacale*, in *WP CSDL* “Massimo D'Antona”.it 131/2011.

³ MAZZOTTA, *op. cit.*, p. 628.

⁴ Tra i quali v. DE LUCA TAMAYO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Jovene, 1976, p.

chiave di volta dell'insieme delle tutele a favore di chi presta lavoro in condizioni di equilibrio contrattuale.

Eppure, la sentenza lascia non poco amaro in bocca. La correlazione lavoro-persona, nonostante la conclusione cui giunge la Corte in merito ai criteri di determinazione del ristoro economico a favore del lavoratore⁵, finisce per risultare trascurata su un altro più generale piano, anch'esso di indiscutibile importanza. È il secondo piano di cui dicevo, concernente anzitutto la tecnica normativa, al quale saranno per lo più dedicate le successive considerazioni. Che riguarderanno – è il caso di precisarlo subito – solo in minima parte la questione accolta dalla Corte, concentrandosi soprattutto sull'esclusione dell'illegittimità costituzionale, in relazione al principio di eguaglianza, della differente tutela apprestata dall'art. 3 del d.lgs. 23/15 per i lavoratori assunti dal 7 marzo 2015; anzi, per essere più precisi, riguarderanno prevalentemente la “ragione giustificatrice” (sono le parole della Corte) di questa esclusione.

2. *Il nuovo bilanciamento tra “riduzione delle tutele contro il licenziamento vs. promozione dell'occupazione” quale ragione giustificatrice della differenziazione della disciplina ratione temporis?*

Benché la Consulta non vi faccia espresso riferimento, la tecnica del bilanciamento tra interessi/principi è il perno della decisione in merito alle differenze di tutela *ratione temporis*⁶.

Non c'è da meravigliarsene. Come ha scritto Mengoni sulla scorta della dottrina tedesca⁷, la tecnica del bilanciamento, nella dogmatica costituzionale

75; GHEZZI, *La nuova disciplina dei licenziamenti individuali: analisi e prospettive di evoluzione*, in PD, 1991, p. 201; LISO, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, FrancoAngeli, 1982, p. 73; PERSIANI, *La tutela dell'interesse del lavoratore alla conservazione del posto*, in RIVA SANSEVERINO-MAZZONI (a cura di), *Nuovo Trattato di Diritto del lavoro*, Cedam, 1971, II, p. 602.

⁵ Come risaputo, la Corte ha dichiarato “l'illegittimità costituzionale dell'art. 3, co. 1, del d.lgs. 4 marzo 2015 n. 23 [...] – sia nel testo originario sia nel testo modificato dall'art. 3, co. 1, del d. l. 12 luglio 2018 n. 87 [...], convertito, con modificazioni, nella legge 9 agosto 2018 n. 87 [...] – limitatamente alle parole ‘di importo pari a due mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio’”.

⁶ Sulla questione degli elementi del bilanciamento cfr., per tutti, SCACCIA, *Gli “strumenti” della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Giuffrè, 2000, p. 310.

⁷ *L'argomentazione del diritto costituzionale*, in *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Giuffrè, 1966, pp. 117-122.

del Novecento – con la positivizzazione dei valori attraverso enunciati normativi di principio –, è, essa stessa, la “forma della decisione”, strettamente collegata alla intima problematicità delle società contemporanee.

La disciplina dei licenziamenti ne è esempio eloquente: nella sua evoluzione, il bilanciamento tra interessi/principi “è da sempre centrale”⁸. Del resto, è una tecnica presente nell’elaborazione della Consulta sin dagli inizi della sua attività, sebbene soltanto dalla metà degli anni ’70 così denominata *expressis verbis* e via via meglio definita⁹. E nell’affrontare le questioni inerenti al licenziamento, la Corte, in sostanza, ha fornito un chiaro esempio del carattere pluralista della nostra Costituzione e della relativa necessaria attuazione attraverso il contemperamento dei principi che la reggono. Lo ha fatto guardando, sì, all’effettiva condizione del lavoratore subordinato, senza mai perdere di vista, tuttavia, l’interesse dell’impresa.

Oggi, però, a me pare che il quadro presenti novità per nulla trascurabili. Più precisamente a me pare che, proprio a seguito dei radicali cambiamenti normativi registrati dal 2012 in poi, i termini del bilanciamento siano *sensibilmente mutati*. A ben vedere neanche questo stupisce più di tanto: a patto di inquadrare il mutamento non nell’asfittica limitata visuale dell’attualità, ma in una prospettiva storico-sistematica, che è poi quella imprescindibile per il giurista¹⁰.

Nella parte concernente la differenza di disciplina *ratione temporis* introdotta dall’art. 3 del d.lgs. 23/15 il cambiamento e la sua portata emergono in maniera nitida.

A Napoli, nell’Università federiciana, della questione si discusse durante un incontro di studio dedicato alla disciplina dei licenziamenti nel febbraio 2017¹¹. Ebbi occasione di dire, in quell’incontro, che – a parte ogni valutazione circa l’opportunità dal punto di vista gestionale-organizzativo della

⁸ CESTER, *La riforma della disciplina dei licenziamenti: principi generali e tecniche normative*, in CESTER (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, Cedam, 2013, p. 9. Diffusamente sul tema NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell’epoca del bilanciamento tra i “principi” costituzionali*, in *DLRI*, 2007, p. 593.

⁹ Cfr. BIN, *Diritti e argomenti, Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, 1992, p. 57.

¹⁰ Sul tema, dopo il d.lgs. 23/15, sia consentito rinviare, sin da ora, a *Rilevanza costituzionale della tutela reale e tecnica del bilanciamento nel contratto a tutele crescenti*, in *questa rivista*, 2015, p. 291.

¹¹ “*Licenziamento, diversità dei regimi di tutela e principio di eguaglianza*”, Università di Napoli Federico II, 22 febbraio 2017.

differenza di tutela in parola, pure nient'affatto da sottovalutare – il “tempo” della costituzione del rapporto, sulla base anzitutto della giurisprudenza costituzionale, può forse essere un elemento di oggettiva diversità in relazione al generale contesto di riferimento, ma – precisavo – di sicuro deve essere inserito nell'ambito di un'operazione di bilanciamento dei valori e interessi in gioco. Un'operazione quindi non “libera” per il legislatore, bensì in ogni caso rispettosa di alcuni cruciali criteri, riassumibili nel test di proporzionalità.

Nella sent. 194 la Corte, in primo luogo, ricorda il suo consolidato orientamento in virtù del quale “il fluire del tempo può costituire un valido elemento di diversificazione delle situazioni giuridiche” perché – precisa – “spetta alla discrezionalità del legislatore, nel rispetto del canone di ragionevolezza, delimitare la sfera temporale di applicazione delle norme”; in secondo luogo afferma che la differenza in parola non è irragionevole e non contrasta quindi con il principio di eguaglianza “alla luce della ragione giustificatrice – del tutto trascurata dal giudice remittente – costituita dallo ‘scopo’, dichiaratamente perseguito dal legislatore, di rafforzare le opportunità d'ingresso nel mondo del lavoro da parte di coloro che sono in cerca di occupazione’ (alinea dell'art. 1, co. 7, della l. n. 183 del 2014)”¹². E la discussione sul punto è chiusa in modo *tranchant* con l'affermazione secondo la quale “non spetta a questa Corte addentrarsi in valutazioni sui risultati che la politica occupazionale perseguita dal legislatore può aver conseguito”.

Da sottolineare che la Consulta, già in precedenza¹³, aveva evidenziato come la specifica questione dell'irragionevolezza della disposizioni impugnate in relazione al profilo occupazionale, pure dedotta da una delle parti in causa, non fosse stata sollevata dal giudice remittente. Donde la sua inammissibilità. Tuttavia – come si evince dai passaggi riportati – la stessa Corte ritorna sulla finalità occupazionale, incentrandovi la differenza di disciplina *ratione temporis*: in effetti, evitare del tutto la finalità occupazionale, *bon gré mal gré*, non era facile; procediamo, però, con cautela, perché la questione è importante ed occorre intendersi.

La Corte opera un giudizio, più che di eguaglianza, di ragionevolezza in senso stretto, che dovrebbe condurre, in sostanza, a un bilanciamento¹⁴: ridu-

¹² *Considerato in diritto*, punto 6.

¹³ *Considerato in diritto*, punto 4.

¹⁴ Sul tema in generale, cfr., per tutti, SCACCIA, *op. cit.*, sp. p. 106. Si soffermano, da varie prospettive, sul bilanciamento operato dalla sent. 194, tra gli altri, DE LUCA TAMAJO, *op. cit.*, p.

zione della stabilità del rapporto di lavoro per i nuovi assunti *vs.* promozione dell'occupazione. Un bilanciamento – si badi – diverso da quello prima ricordato, tra tutela del lavoro subordinato e tutela dell'impresa, da sempre bussola dei giudizi costituzionali sulla disciplina del licenziamento ingiustificato. Questo è un passaggio da rimarcare con forza: la Corte, condivisibilmente, dà specifico rilievo alla “promozione dell'occupazione”, distinguendola espressamente dalla tutela dell'impresa. Dunque sembra acquisire importanza un *nuovo* bilanciamento, tutto interno all'art. 4 della Costituzione: tra divieto di licenziamento arbitrario e diritto al lavoro. Dove risulta centrale un argomento classico di siffatte operazioni: l'argomento consequenzialista, attento alle conseguenze pratiche prodotte dalla legge, nel caso di specie espresse dal dato occupazionale.

Ma la Corte realmente opera questo bilanciamento?

3. *L'assenza dell'essenziale piano argomentativo nella pronuncia della Consulta*

Il bilanciamento – ha scritto ancora Mengoni¹⁵ – si svolge “nella forma dell'argomentazione” che “preserva da precipitose realizzazioni di un valore a scapito di altri”. E – ha aggiunto l'autorevole studioso – l'argomento delle conseguenze pratiche della decisione nell'ambiente sociale, se non deve “sempre prevalere su altri punti di vista”, comunque “non può in nessun caso essere pretermesso: esso risponde, sul piano morale, a un'etica della responsabilità (...), sul piano metodologico a un'esigenza di razionalizzazione della discussione sui valori”¹⁶.

637, nt. 4; FONTANA, *op. cit.*, p. 6; GIUBBONI, *op. cit.*, p. 7; PERULLI, *op. cit.*, p. 344; PINELLI, *op. cit.*; SPEZIALE, *op. cit.*, p. 50.

¹⁵ MENGONI, *op. cit.*, pp. 125, 133.

¹⁶ *Ivi*, p. 133. Osserva come nel giudizio costituzionale, non solo della nostra esperienza, abbiano da tempo assunto peso crescente “meccanismi di giudizio più nettamente orientati alla valutazione delle conseguenze dell'atto” SCACCIA, *op. cit.*, p. 387. In proposito merita di essere ricordata la rilevante sentenza della Consulta 10 aprile 2015, n. 70, che – come si ricorderà – ha dichiarato l'illegittimità della reiterazione del blocco del meccanismo perequativo delle pensioni di cui al comma 25 dell'art. 24 del d.l. 6 dicembre 2011 n. 201. La Corte ha censurato la discrezionalità del legislatore sulla base del ragionevole bilanciamento dei valori costituzionali – argomentando in questo caso anche dalle espresse previsioni degli artt. 36, co. 1, e 38, co. 2, Cost. – in quanto “il diritto a una prestazione previdenziale adeguata [...] risulta irragionevol-

In breve, la tecnica del bilanciamento sottopone la scelta/discrezionalità del legislatore, in virtù del giudizio di ragionevolezza, al test di proporzionalità: attinente, appunto, alla razionalità argomentativa, segnatamente al “fondamento delle premesse” della decisione¹⁷, che non può evidentemente prescindere dalle conseguenze pratiche scaturenti dalla norma. Assumono così rilievo il profilo *strumentale*, ossia della congruenza mezzi/fini, e, a seguire, i criteri della *necessità* e dell'*adeguatezza*; il primo volto a verificare che l'obiettivo prefissato non sia raggiungibile con atti meno invasivi del principio da bilanciare; il secondo diretto a raffrontare vantaggi e svantaggi arrecati ai principi in contemperamento¹⁸.

mente sacrificato nel nome di esigenze finanziarie non illustrate in dettaglio”. Più precisamente, ad avviso della Consulta, la disposizione sottoposta al suo esame “si limita a richiamare genericamente la ‘contingente situazione finanziaria’, senza che emerga dal disegno complessivo la necessaria prevalenza delle esigenze finanziarie sul diritto oggetto di bilanciamento, nei cui confronti si esercitano interventi così fortemente incisivi. Anche in sede di conversione (legge 22 dicembre 2011 n. 214), non è dato riscontrare [prosegue la Corte] alcuna documentazione tecnica circa le attese maggiori entrate, come previsto dall’art. 17, co. 3, della l. 31 dicembre 2009 n. 196”. Sulla sentenza cfr., per tutti, ALES, *Diritti sociali e discrezionalità del legislatore nell’ordinamento multilivello: una prospettiva giuslavoristica*, in *DLRI*, 2015, p. 455; e CHIECO, “*Riforme strutturali*” del mercato del lavoro e diritti fondamentali dei lavoratori nel quadro della nuova governance economica europea, in *DLRI*, 2015, p. 359; BOZZAO, *L’“adeguatezza retributiva” delle pensioni: meccanismi perequativi e contenimento della spesa nella recente lettura della Corte costituzionale*, in *www.federalismi.it*, n. 10/2015; CINELLI, *Illegittima la reiterazione del blocco della perequazione delle pensioni: le buone ragioni della Corte*, in *RDSS*, 2015, 2, p. 807; PROSPERETTI, *Alla ricerca di una ratio del sistema pensionistico italiano*, *MGL*, 2015, 6.

¹⁷ BIN, *op. cit.*, 143. Sul tema cfr., tra i tanti, ZAGREBELSKY, MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, il Mulino, 2012, p. 109; NOGLER, *La titolarità congiunta del diritto di sciopero*, in CORAZZA, ROMEI, *Diritto del lavoro in trasformazione*, il Mulino, 2014, p. 109; CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, Roma, Palazzo della Consulta, 24-26 ottobre 2013, in *www.cortecostituzionale.it*, p. 5; MOLRONE, *Bilanciamento (Giustizia costituzionale)*, in *ED, Annali*, Giuffrè, 2008, II, p. 19; SCACCIA, *op. cit.*, sp. pp. 220 e 303 ss.; MENGONI, *op. cit.*, sp. p. 135.

¹⁸ Questi, dunque, costituiscono tratti essenziali del bilanciamento, che ne sostengono, come prima si diceva, il suo essere “forma della decisione” nella problematicità delle società contemporanee e delle Costituzioni del Novecento – da inquadrare anch’essa, *ça va sans dire*, nella comunicazione della “comunità interpretativa” (VIOLA, ZACCARIA, *Le ragioni del diritto*, il Mulino, 2003, pp. 241 ss.) –, all’interno della quale, inevitabilmente, trova *ponderato* spazio pure “il punto di vista materiale”, riprendendo terminologia e concettualizzazione di uno scritto in tema pubblicato quando queste pagine erano già in bozze (il riferimento è a BAVARO, *Diritto del lavoro e autorità dal punto di vista materiale. Per una critica della dottrina del bilanciamento*, in *RIDL*, I, 2019, p. 175; l’autore estende l’analisi anche alla giurisprudenza non costituzionale, in relazione alla quale v’è però da rilevare che il discorso cambia fisionomia, incontrando anzitutto le regole

Ritornando alla sent. 194, su tutto questo, nel punto in esame, non vi è parola¹⁹. La Corte si ferma a una valutazione di carattere meramente logico-formale, invero (nei termini posti) ovvia, secondo cui è “coerente” limitare la riduzione delle tutele ai *nuovi* assunti perché essa è volta a incentivare ... *nuove* assunzioni: la decisione, di conseguenza, risulta inevitabilmente priva dell’essenziale argomentazione per tutte le suindicate componenti del giudizio di proporzionalità.

La Consulta, più che addentrarsi nella valutazione dei risultati della politica occupazionale perseguita dal legislatore – che, come si ricorderà, esclude dai suoi compiti (a mo’ di *excusatio non petita* è stato detto)²⁰ –, si sarebbe dovuta interrogare sulla solidità del bilanciamento configurato. Arrestandosi al piano solo logico-formale si tiene invece lontana anzitutto dal problema dell’effettiva possibilità di mettere in relazione novità legislativa e sue conseguenze economico-sociali, ovvero riduzione delle tutele e incremento dell’occupazione (ben distinto dalla stessa Corte – giova ripeterlo – rispetto alla tutela dell’impresa): *la vexata questio*, tanto dibattuta negli ultimi decenni (pure a livello europeo), *resta così completamente fuori dal ragionamento*, sebbene ne regga un passaggio decisivo. Non è considerata neanche solo in astratto o in prospettiva; per tacere dell’opinione, invero non trascurabile, secondo cui gli accadimenti di questi anni già consentirebbero una concreta valutazione di quella relazione, nel senso dell’insussistenza²¹. Degli sviluppi, poi, del giudizio di proporzionalità, secondo i criteri menzionati, nella sentenza, giocoforza, non v’è traccia.

In sintesi, nella sentenza non v’è traccia del contenuto del *nuovo* bilanciamento²².

e i limiti – di entità variabile ma comunque esistenti – propri dell’interpretazione: al riguardo cfr., *amplius*, A. ZOPPOLI, *A proposito del metodo nel diritto sindacale: note sulla contemporaneità, in questa rivista*, 2007, p. 347).

¹⁹ In questo senso v. anche FONTANA, *op. cit.*; p. 6; GIUBBONI, *op. cit.*; p. 7; PERULLI, *op. cit.*, p. 344; SPEZIALE, *op. cit.*, p. 50. Sulla tematica del bilanciamento nel contratto a tutele crescenti, all’indomani del d.lgs. 23/15, v. già ZOPPOLI A., *Rilevanza costituzionale*, cit.

²⁰ PERULLI, *op. cit.*, p. 345.

²¹ V., con diversi accenti, BALLESTRERO, *op. cit.*, p. 253; BARBIERI, *Intervento in ANDREONI, FASSINA (a cura di), op. cit.*, p. 127; D’ONGHIA, *Intervento in ANDREONI, FASSINA (a cura di), op. cit.*, p. 143; ESPOSITO, *op. cit.*, p. 150; PERULLI, *op. cit.*, p. 345.; SPEZIALE, *op. cit.*, p. 50.

²² Per completezza occorre ricordare i dubbi espressi sulla possibilità giuridica di dimostrare la correlazione riduzione delle tutele-incremento dell’occupazione; in particolare – è stato osservato – perché il discorso occupazionale coinvolge “situazioni a eziologia multifattoriale” (PEDRAZZOLI, *Licenziamenti in comparazione. La “flessibilità” in uscita nei paesi europei e la*

4. *La centralità assiologica e storico-sistematica del nuovo bilanciamento nella regolazione del licenziamento: l'estraneità alla sentenza*

Come molti hanno osservato, naturale pensare che la Corte abbia ben avvertito il “peso” politico della pronuncia. Il problema, non certo nuovo, sta, però, proprio qui: il ruolo del giudice delle leggi nel circuito politico-legislativo.

La Corte è apparsa davvero troppo “timida”: *nulla* ha detto su una questione che racchiude *tanto*, in quanto punto di svolta di un pluridecennale percorso dell'ordinamento cui ha condotto la scelta di politica del diritto espressa nel *Jobs Act*.

Per comprendere appieno l'affermazione occorre intendersi sul significato della correlazione “riduzione delle tutele contro il licenziamento-promozione dell'occupazione”. A tal fine è necessario ritornare, sia pur velocemente, sulla ben nota pluridecennale giurisprudenza della stessa Corte costituzionale in merito alla stabilità del rapporto di lavoro, puntualmente ripresa dalla Corte anche in questa circostanza.

Come conferma l'*iter* della sentenza²³, i tratti essenziali della giurisprudenza in parola sono: da un lato, l'“indirizzo di progressiva garanzia del diritto al lavoro previsto dagli artt. 4 e 35 Cost.”²⁴ e il conseguente “diritto di non

recente riforma italiana, in PEDRAZZOLI (a cura di), *Le discipline dei licenziamenti in Europa. Riconoscimento confronti*, Franco Angeli, 2014, p. 285) L'opinione coglie un problema; francamente, però, non appare decisiva. Il problema è insito nella metodologia del giudizio. Non a caso è lo stesso MENGONI (*op. cit.*, p. 138) a porlo, ma per la ricerca di uno “schema argomentativo su basi scientifiche più solide e controllabili”. Lo pone anche per le conseguenze cc.dd. “mediate”, cioè quelle future della legge, legate all'impatto sociale, per le quali occorre una valutazione prognostica; e non si esime dall'ipotizzare soluzioni. Si comprende dunque che il problema sia sollevato, ma per affrontarlo non certo per azzerare il discorso. A tutto concedere, se non si fosse di quest'avviso, le perplessità proverebbero, come sul dirsi, troppo: nel momento in cui la legge medesima colloca espressamente la correlazione in parola alla sua base, o tale correlazione si assume come attendibile o a vacillare anzitutto è la stessa legge, a maggior ragione considerandone l'incidenza su diritti fondamentali; in modo eloquente è stato scritto: chi “postula che la normativa sui licenziamenti [...] incida sui tassi di occupazione fornisca i necessari riscontri empirici (NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti*, cit., in *DLRI*, 2007, p. 666). Torniamo, per l'ennesima volta, alla solidità giuridica del nuovo bilanciamento legislativo operato dal d.lgs. 23/15 (e prima dalla l. 92/12). E non è superfluo ricordare che la l. 92/12 (art. 1, co. 2) ha istituito un “sistema permanente di monitoraggio e valutazione” per monitorare le conseguenze sulle dinamiche occupazionali, sistema richiamato anche dal d.lgs. 23/15 (v. art. 6, co. 3).

²³ *Considerato in diritto*, punti 9.1. e 9.2.

²⁴ Sent. 7 febbraio 2000 n. 46; 2 febbraio 2003 n. 41.

subire un licenziamento arbitrario”; dall’altro lato, il ruolo centrale della discrezionalità del legislatore, al quale – secondo un’ormai famosa affermazione della stessa Corte – l’attuazione della tutela “resta tuttavia affidata (...) quanto alla scelta dei tempi e dei modi, in rapporto ovviamente alla situazione economica generale”²⁵. Ne deriva, scrive la Consulta (sempre nella sent. 194), che “il legislatore ben può, nell’esercizio della sua discrezionalità, prevedere un meccanismo di tutela anche solo risarcitorio-monetario (sent. n. 303 del 2011), purché un tale meccanismo si articoli nel rispetto del principio di ragionevolezza”²⁶.

Orbene, il legislatore, tanto con la l. 92/12 quanto (sottolinea la stessa sent. 194) con il d.lgs. 23/15, ha fatto uso della sua discrezionalità politica. In particolare con il d.lgs. 23/15 ha evidentemente ritenuto opportuno, sulla base della situazione economica generale, ridurre drasticamente la tutela contro il licenziamento per i rapporti di lavoro costituiti dal 7 marzo 2015 – tutta incentrata non più sulla cd. tutela reale, bensì sul rimedio risarcitorio-monetario – in ragione (come già ricordato) dello “ ‘scopo’, dichiaratamente perseguito [...], di ‘rafforzare le opportunità di ingresso nel mondo del lavoro da parte di coloro che sono in cerca di occupazione’ (alinea dell’art. 1, co. 7, della l. n. 183 del 2014)”²⁷.

Così inquadrata, la scelta legislativa rimarcata dalla Corte assume un significato di primissimo piano dal punto di vista sia assiologico sia storico-sistemico: come dicevo, costituisce una svolta ordinamentale.

In sostanza, il legislatore, operando un primo bilanciamento – se si preferisce “un’ipotesi di bilanciamento”²⁸ – *ha mutato, in due fondamentali punti, il percorso legislativo seguito dagli anni ’60 in poi*: 1) ha dato rilievo – lui sì – a una nuova topografia del conflitto, ossia a nuovi elementi da contemporare²⁹, bilanciando la tutela del posto di lavoro non più con la tutela dell’impresa bensì

²⁵ Sent. 194/70, cit.; negli stessi termini, tra le altre, v. le sentenze 6 marzo 1974 n. 55; 8 luglio 1975 n. 189; 14 gennaio 1986 n. 2; 11 novembre 2011 n. 303.

²⁶ Il giudice delle leggi non torna su un’altra affermazione, pure molto importante, della sua precedente elaborazione, concernente il rilievo della tutela cd. reale contro il licenziamento ingiustificato nell’impianto costituzionale; ma di questo si dirà nel paragrafo successivo.

²⁷ *Considerato in diritto*, punto 6, già richiamato.

²⁸ MORRONE, *op. cit.*, p. 186.

²⁹ Ciò supera anche possibili problemi sul piano (secondo alcuni diverso) dell’interpretazione in senso stretto (comunque tarata sulle peculiarità dell’interpretazione di un testo costituzionale), rivolto appunto all’individuazione degli elementi da contemporare. In proposito cfr., per tutti, BIN, *op. cit.*, 60 e 143; MORRONE, *op. cit.*, p. 200.

con la promozione dell'occupazione; 2) in ragione di questo mutamento, ha interrotto l'indirizzo di progressiva garanzia del diritto del lavoro, togliendo la tutela reale dal centro della scena dei rimedi contro il licenziamento.

Tornando alla sent. 194, è su tutto questo che la Consulta *nulla ha detto*.

Un'occasione mancata? Direi proprio di sì.

Oltre, però, è bene e corretto non andare. Non ci si può spingere, cioè, sino a rinvenire, nella sent. 194, la conferma del *nuovo* bilanciamento e, con esso, della svolta ordinamentale. Se a tale conclusione si giungesse, si dovrebbe al contempo riconoscere che il *self restraint* politico avrebbe condotto la Corte a una così impegnativa posizione sulla base della già evidenziata (ovvia) valutazione di carattere meramente logico-formale: "coerente" limitare la riduzione delle tutele ai *nuovi* assunti se il fine è incentivare *nuove* assunzioni. In altre parole, la Corte avrebbe confermato la suindicata svolta dell'ordinamento *senza alcuna attenzione al suo contenuto*. Più che *self restraint* politico sarebbe un *azzeramento* del fondamentale circuito istituzionale tra legislatore e giudice delle leggi³⁰.

Il nuovo bilanciamento, dunque, c'è, di sicuro, nel d.lgs. 23/15, non, evidentemente, nella sent. 194: dal punto di vista né formale – come fa pensare la già segnalata dichiarazione di inammissibilità delle disposizioni impugnate in relazione al profilo occupazionale – né sostanziale. E, con esso, non può che restare estranea alla sentenza pure la scelta di politica del diritto emblematica del *Jobs Act*, il suo "cuore": meno vincoli al licenziamento, più occupazione.

5. *Il rilievo del nuovo bilanciamento ai fini delle marginalizzazione della reintegra*

In un tale scenario alquanto appropriata appare la domanda: "che fine ha fatto la reintegrazione"?³¹. Appropriata benché non nella forma retorica che adotta chi la pone, affermando che la sent. 194 "sembra chiudere la porta ad ogni tentativo di rimettere in discussione la conformità alla Costituzione di una tutela solo economica per i lavoratori licenziati senza giustificazione"³².

³⁰ Si è osservato come la Corte, limitandosi a fare "propria la dichiarazione del legislatore, finisce con l'abdicare al proprio ruolo" (PALLANTE, *Il lavoro e l'eguaglianza che non c'è*, Relazione, in ANDREONI, FASSINA (a cura di), *op. cit.*, p. 37.

³¹ BALLESTRERO, *op. cit.*, p. 248; D'ONGHIA, *op. cit.*, p. 141.

³² BALLESTRERO, *op. cit.*, p. 251.

L'impressione è che la mancata attenzione verso il nuovo bilanciamento legislativo abbia portato con sé anche l'art. 18 dello Statuto dei lavoratori. E questo al di là del fatto che il giudice remittente in nessuna delle questioni sollevate vi dà peso. Come prima osservato, la marginalizzazione della reintegra è parte costitutiva del nuovo bilanciamento: non dedicare alcuna riflessione problematica al secondo implica, pressoché inevitabilmente, il silenzio sulla prima.

Si è già detto che la Consulta, nella sent. 194, si limita a ricordare l'opinione, scaturita dalla sua stessa pluridecennale giurisprudenza, e generalmente condivisa, che ritiene la reintegrazione non imposta dalla Costituzione ma frutto di una scelta del legislatore. Per converso, nella sentenza non c'è traccia di quanto, sempre la giurisprudenza costituzionale, ha chiaramente indicato sin dalla pronuncia del 28 dicembre 1970 n. 194, pure richiamata dalla stessa sent. 194: cioè che la tutela reale – nella pronuncia del 1970 contrapposta alla tutela obbligatoria di cui alla l. 604/66 – corrisponde (scriveva la Corte) all'attuazione “completa” delle previsioni costituzionali, come tale gradualmente da realizzare ad opera del legislatore, ancorché tenendo conto della (già più volte rammentata) situazione economica generale.

La tutela reale dunque – ci ha in passato insegnato la Consulta – non è costituzionalizzata, ma, nondimeno, ha un *sicuro rilievo costituzionale: corrisponde a una piena attuazione del progetto dei Costituenti*. Ascoltando l'insegnamento della Consulta e – aggiungerei – la nostra coscienza storica, è quindi da considerarsi tratto costitutivo di quell'indirizzo di progressiva garanzia del diritto al lavoro di cui agli artt. 4 e 35 Cost. *interrotto* dal nuovo bilanciamento legislativo³³.

Si obietterà: allora perché la domanda sulle sue sorti? Non è forse nella natura delle cose accantonarla in ragione del nuovo bilanciamento operato dal legislatore?

Beh, ritorniamo allo stesso punto di cui sopra: il cambiamento giuridico – dove l'aggettivo è il compendio di una molteplicità di visuali – non è di poco conto, come tale non può evidentemente passare sottotraccia.

In passato – utile ricordarlo – studiosi autorevoli sono giunti finanche ad escludere la legittimità costituzionale di un “cammino a ritroso” rispetto alla tutela reale³⁴. Senza arrivare a tanto, v'è da pensare che la continuità del-

³³ Ho approfondito questa prospettiva nel già ricordato scritto, *Rilevanza costituzionale della tutela reale*, cit., al quale rinvio per i necessari approfondimenti.

³⁴ MANCINI, *Principi fondamentali. Art. 4*, in *Comm. Branca*, 1975, pp. 240-241). Nella stessa ottica, in tempi più vicini, ancora in riferimento alla sentenza n. 194/1970, si è scritto: “l'attuazione legislativa può avvenire con gradualità: al legislatore è consentito solo di ‘andare avanti’

l'elaborazione giuridica e la profondità del cambiamento richiedano, quanto meno, un'adeguata attenzione ai contenuti del nuovo bilanciamento. Come dire, della tutela reale, forse non nel breve periodo (ma con la consapevolezza keynesiana dei rischi del lungo), in qualche modo occorrerà ritornare a parlare: anzitutto per spiegarne le sorti, che vuol dire illustrarne il percorso seguendo il criterio dell'argomentazione.

6. ... e ai fini del raffronto con il diritto comune dei contratti

In questa direzione, per la verità, spinge pure un altro ordine di considerazioni, rivolto al diritto dei contratti.

La dottrina fa notare, da un lato, che, dopo lo Statuto dei lavoratori, gli “asseti di diritto speciale sembravano sempre più coerenti anche con l'evoluzione del diritto comune dei contratti, nel quale la tutela ripristinatoria o quella per equivalente assurgono al rango di rimedi generali”³⁵; dall'altro, come, in seguito alle novità introdotte dal d.lgs. 23/15, il prestatore di lavoro sia il “debitore più penalizzato del nostro ordinamento giuridico”³⁶. L'accento è sempre sulla centralità della regolazione del licenziamento: in una delle più lucide e classiche analisi giuslavoristiche, visto non solo come atto negoziale, bensì anche quale esercizio di potere privato, si da rendere la reintegra “consapevole intervento riequilibratore dei rapporti d'impresa”³⁷.

Questa duplice dimensione del licenziamento – atto contrattuale e espressione della relazione potere-soggezione – è ben presente alla Corte quando sottolinea che “i limiti posti al potere di recesso del datore di lavoro correggono un disequilibrio di fatto esistente nel contratto di lavoro”³⁸; anzi è la stessa Consulta a ricordare (proseguendo) che il “forte coinvolgimento delle persona umana – a differenza di quanto accade in altri rapporti di durata

nell'attuazione del principio non di ‘tornare indietro’ (naturalmente, tenendo conto delle condizioni generali dell'economia)” ZAGREBELSKY, MARCENÒ, *op. cit.*, p. 227).

³⁵ ZOPPOLI L., *op. cit.*, p. 287.

³⁶ NOGLER, *I licenziamenti per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa nel d.lgs. n. 23 del 2015*, in *ADL*, 2015, p. 508, ripreso da GIUBBONI, *op. cit.*, p. 2.

³⁷ D'ANTONA, *La reintegrazione nel posto di lavoro. Art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, Cedam, 1979, 67. Sulla duplice dimensione tornano di recente CARINCI M.T., *op. cit.*, p. 10; SCARPELLI, *Intervento*, in FASSINA, ANDREONI (a cura di), *op. cit.*, p. 184; ZOPPOLI L., *op. cit.*, p. 289.

³⁸ *Considerato in diritto*, punto 9.1.

– qualifica il diritto al lavoro come diritto fondamentale, cui il legislatore deve guardare per apprestare specifiche tutele”.

Tuttavia è proprio da questa prospettiva che i conti non tornano.

Se per un verso, nella ormai da tempo prevalente e preferibile sistemazione contrattualistica (attenta a unire le due indicate dimensioni), il contratto di lavoro è regolazione anzitutto del potere datoriale, per altro verso, stando alla ricostruzione altrettanto consolidata dell’assetto costituzionale (da ultimo, come già detto, ricordata pure dalla sent. 194), la compressione dell’autonomia contrattuale-datoriale, allontanandosi – si badi – dal diritto comune dei contratti, può giungere finanche a un regime inderogabile di tutela contro il licenziamento ma secondo un equilibrio rimesso alla “discrezionalità” del legislatore, cui compete scegliere il “tipo” di tutela. Sicché, la sistematica del contratto, anche nel raffronto con il diritto comune, viene comunque sopravanzata dal discorso costituzionale, nell’ambito del quale la discrezionalità del legislatore va inserita: è su questo piano che si gioca l’equilibrio tra datore di lavoro e prestatore di lavoro. Ritorna così decisiva la questione del bilanciamento, e dei suoi termini.

Ebbene, nel nuovo bilanciamento l’indirizzo di progressiva garanzia del diritto del lavoro, che ha trovato nei decenni scorsi la propria cifra nella tutela reale in una chiave propriamente contrattualistica – di effettivo equilibrio dei contraenti –, viene oggi rivisto in ragione della correlazione “riduzione delle tutele–promozione dell’occupazione”: il centro della scena dei rimedi è occupato dalla tutela monetaria.

Sicché, se nella logica contrattualistica è estremamente puntuale il richiamo della Consulta al valore della persona nel diritto al lavoro, più intenso, secondo questa stessa logica, è l’amaro in bocca lasciato dalla sentenza: al di là dell’entità del risarcimento, l’attenzione al valore della persona stride con il silenzio sul nuovo bilanciamento, ragione del radicale e fondamentale cambiamento di disciplina, ossia della marginalizzazione della tutela reale.

7. *Brevi considerazioni sui criteri per la determinazione del danno da risarcire al prestatore di lavoro*

L’impostazione sin qui seguita induce, infine, a qualche breve considerazione sull’aspetto che dà peso giuridico alla sent. 194.

Come ben noto, la sent. 194, dichiarando l’illegittimità dell’art. 3, co. 1, del d.lgs. 23/15 nella parte concernente l’automatismo nel calcolo dell’indennità

spettante al lavoratore, ha aperto il problema dei criteri da utilizzare, oggi, per questo calcolo, posti i limiti delle 6/36 mensilità sopravvissute alla pronuncia.

Sull'argomento si sono praticamente espressi tutti coloro che hanno partecipato al vasto dibattito già sviluppatosi³⁹. D'altronde la Consulta è pur sempre intervenuta – per restare nella metafora – su una delle “arterie” del *Jobs Act*.

La gran parte degli autori ha censurato la sent. 194 perché i criteri indicati nella motivazione (richiamando l'art 8 della l. 604/66 e l'art. 18, co. 5, della l. 300/70) in realtà non aiuterebbero granché l'interprete, in quanto non soddisfacenti ai fini della determinazione del risarcimento del danno subito dal lavoratore (oltre all'anzianità, vengono in gioco il numero di dipendenti occupati, le dimensioni dell'impresa, le dimensioni dell'attività economica, il comportamento e le condizioni delle parti).

Non interessa qui entrare nel merito del problema. Piuttosto s'intende evidenziare due aspetti: uno sintonico rispetto al dibattito rammentato; l'altro – se si vuole – eccentrico, ma non trascurabile, che ci riporta al versante “occupazionale”.

I criteri in parola sono considerati dalla Corte, inizialmente, ai fini del risarcimento del danno subito dal lavoratore⁴⁰, ma, immediatamente dopo, più in generale, nell'ambito del bilanciamento tra gli interessi in conflitto⁴¹. E in questa parte della pronuncia la Corte, confermando il disinteresse per il contenuto del nuovo bilanciamento tra tutela contro il licenziamento e incremento dell'occupazione, effettua un deciso cambio di visuale. Lascia questo bilanciamento per riprendere il bilanciamento tradizionale, tra tutela del lavoro e tutela dell'impresa: intorno a esso svolge l'intero successivo ragionamento.

Muovendo da tale consapevolezza, probabilmente si riesce a comprendere anzitutto – ed è il primo aspetto di cui dicevo – perché i criteri indicati dalla Consulta non sono soddisfacenti ai fini della definizione del risarcimento del danno subito dal lavoratore: essi guardano a entrambi i poli del bilanciamento, cioè all'interesse tanto del lavoratore quanto dell'impresa. Donde anche le inevitabili conseguenze sulla peculiarità del risarcimento e la sua misura forfettaria.

Ampliando poi la visuale – e con questo vengo al secondo aspetto, di maggiore interesse per l'impostazione qui seguita, attenta all'obiettivo legislativo dell'incremento occupazionale –, v'è un'altra considerazione da fare.

³⁹ V. gli articoli citati *retro* in nt. 1.

⁴⁰ V. *Considerato in diritto*, punto 11.

⁴¹ V. già la conclusione del *Considerato in diritto*, punti 11, 12.1., 12.3 e 15.

Benché gran parte dei commentatori abbiano sottolineato gli scenari di forte incertezza aperti dalla sentenza, che ha riposto al centro la “discrezionalità” del giudice, riesce difficile tacere un ulteriore elemento di riflessione, non certo utile per arginare questa incertezza. Mi riferisco al contenuto essenziale dei diritti da contemperare: “un concetto piuttosto vago”, ma d’indubbio rilievo teorico e pratico nella logica del bilanciamento, quale suo “limite negativo”⁴², in quanto tale comunque da tener presente. Nella sent. 194 non se ne fa cenno.

Come è stato osservato, la Corte “ha correttamente ancorato la valutazione ai criteri (ulteriori rispetto all’anzianità) ‘desumibili in chiave sistematica dalla evoluzione della disciplina dei licenziamenti’ ”; e, per illustrare appieno il significato sul piano costituzionale di questa indicazione, si è aggiunto: la “scelta interpretativa deve mettersi in comunicazione con il sistema giuridico, al cui interno deve essere necessariamente integrata”⁴³. Ciò convince a prescindere dal carattere della sent. 194, additivo o solo ablativo, come peraltro pure a me sembra. E allora, in questa condivisibile logica “di sistema”, l’interprete non può trascurare la “barriera estrema” di ogni operazione di bilanciamento: appunto, il contenuto essenziale del diritto⁴⁴; considerato altresì, in modo eloquente, “come norma di chiusura e come epigrafe dell’intero dettato normativo: dunque dotata di elevata tensione etica”⁴⁵.

Ha scritto efficacemente la stessa Consulta nella sentenza del 9 maggio 2013 n. 85: le Costituzioni pluraliste contemporanee richiedono “un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali [...]. Il punto di equilibrio [...] deve essere valutato secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza tali da *non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale*”⁴⁶. Il limite, come si sa, trova precisa veste normativa nel diritto dell’Unione europea, segnatamente nell’art. 52, par. 1, della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione, che ha recepito l’orientamento della giurisprudenza europea, per la quale anche – è appena il caso di rammentarlo – centrale è il bilanciamento tra principi/diritti.

Per la verità, non è sola la sent. 194 a trascurare il contenuto essenziale del

⁴² Entrambe le citazioni sono di MORRONE, *op. cit.*, p. 195.

⁴³ MAZZOTTA, *op. cit.*, p. 630.

⁴⁴ VENEZIANI, *Del contenuto essenziale dei diritti dei lavoratori: spunti per una ricerca*, in *questa rivista*, 2016, p. 236.

⁴⁵ VENEZIANI, *op. cit.*, p. 237.

⁴⁶ Mio il corsivo.

diritto. A dispetto della sua importanza, è un atteggiamento, in generale, non estraneo ai giuslavoristi⁴⁷. Tuttavia – e questo è significativo – da qualche tempo una certa attenzione al riguardo si registra⁴⁸. Proprio in materia di tutela contro il licenziamento si segnala una recente indagine che, all’esito di una ricostruzione convergente di reintegra “monetizzata” e tutela indennitaria, pone l’accento sul contenuto essenziale del diritto a non essere arbitrariamente licenziato: individuato nel “valore dell’occupazione”, segnatamente nel “sostegno per il tempo necessario a trovare una nuova occupazione”⁴⁹. In questa ottica, riconducibile alla concezione “assoluta” del contenuto essenziale del diritto⁵⁰, il danno da risarcire è determinato dal numero di mensilità di retribuzione corrispondenti al tempo necessario per trovare nuova occupazione.

La prospettiva, nella sua attualità, merita attenzione (là dove, ovviamente, l’esito dell’operazione di bilanciamento si confermi a favore della tutela solo economica). Merita attenzione in ragione del rilievo attribuito al profilo “occupazionale” caratterizzante il *nuovo* bilanciamento: che coglie nella sua dimensione “effettiva”, valorizzando posizione e permanenza del lavoratore nel mercato del lavoro.

Va da sé che, adottando tale prospettiva, ci sarebbe da porsi il problema del contenuto essenziale del diritto anche sull’altro versante del bilanciamento. A questo punto, però, secondo la nuova fisionomia da esso assunta: da individuare nella tutela dell’occupazione *ex art. 4 Cost.* e non dell’impresa. Non tanto perché dell’impresa ha rilievo un comportamento comunque illegittimo (il licenziamento pur sempre ritenuto censurabile dall’ordinamento), bensì perché nel nuovo bilanciamento l’impresa ha, di per sé, un

⁴⁷ VENEZIANI, *op. cit.*, p. 238.

⁴⁸ La prospettiva è al centro dell’analisi di ANDREONI, *Lavoro, diritti sociali e sviluppo economico. I percorsi costituzionali*, Giappichelli, 2006.

⁴⁹ SARACINI, *Reintegra monetizzata e tutela indennitaria nel licenziamento ingiustificato*, Giappichelli, 2018, p. 69. Più precisamente, la tesi afferma anzitutto che il diritto del prestatore di lavoro subordinato a non essere arbitrariamente licenziato mira a evitare la privazione dell’occupazione per il lavoratore. Se quindi – sostiene l’autrice – l’operazione di bilanciamento arriva a sacrificare il bene dell’occupazione, il diritto in parola “*si svuota del tutto*, nel contenuto e nelle finalità”. In termini concreti, ciò vuol dire – prosegue l’autrice – che il contenuto essenziale del diritto si sostanzia nella tutela dell’occupazione nella sua immediatezza: ossia, una volta consentito l’effetto estintivo del licenziamento, nel “*sostegno per il tempo necessario a trovare una nuova occupazione*” (pp. 68-69; ID., *Licenziamento ingiustificato*, cit., p. 655).

⁵⁰ Per la quale cfr. GROSSI, *Introduzione ad uno studio sui diritti individuali nella Costituzione italiana*, Cedam, 1972, p. 150 ss.; LUCIANI M., *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Cedam, 1983, p. 65 ss.

ruolo soltanto strumentale rispetto alla tutela dell'occupazione, alla quale la tutela economica del licenziamento è correlata.

Per la tutela dell'occupazione *ex art. 4 Cost.* il discorso acquista, tuttavia, risvolti peculiari.

Il diritto al lavoro previsto dal principio costituzionale, per quanto nel tempo possa aver acquisito contenuti giuridici e quindi effettività⁵¹, a me pare che, nella visuale da cui assume qui rilievo, si presenti necessariamente non quale situazione giuridica soggettiva ma, piuttosto, come obiettivo prettamente politico⁵². Da collocare, in quanto tale, sul versante (se si vuole) più tradizionale della norma costituzionale, afferente alle politiche dell'occupazione e, di conseguenza, all'opportunità politica di questa o quella regola. È da tale angolazione che ci si dovrebbe allora chiedere in quali termini economici sanzionare l'impresa che licenzia, nella veste di strumento funzionale all'obiettivo occupazionale. In quest'ottica può trovare giustificazione, tra l'altro, la previsione di una misura massima del risarcimento del danno a favore del lavoratore.

In conclusione, la prospettiva del contenuto essenziale del diritto, se – come si diceva prima – non aiuta certo l'interprete dinanzi all'incertezza normativa prodotta oggi dalla Consulta in merito ai criteri di determinazione del danno da risarcire al lavoratore, è però in sintonia con il suo disagio: quale ulteriore non trascurabile ragione per continuare a tenere al centro dell'attuale agenda giuridica la disciplina del licenziamento, alla ricerca di un assetto che radichi la propria solidità nell'equilibrio e nella consapevolezza storico-sistemica⁵³.

⁵¹ Anche per una concreta realizzazione nei confronti dei pubblici poteri: sull'argomento, periodicamente ripreso nel dibattito, cfr., per tutti, ALAIMO, *Il diritto sociale al lavoro nei mercati integrati*, Giappichelli, 2009; ID., *I servizi all'impiego e l'art. 4 Cost. dopo le recenti riforme del mercato del lavoro*, in *DLRI*, 2004, pp. 249 ss.; FALERI, *Asimmetrie informative e tutele del prestatore di lavoro*, Giuffrè, 2007, p. 294 ss.; LAMBERTUCCI, *Il diritto al lavoro tra principi costituzionali e discipline di tutele*, in *RIDL*, I, 2010, p. 91; LA MACCHIA, *La pretesa al lavoro*, Giappichelli, 2000, p. III ss.; LISO, *Il Diritto al lavoro. Rileggendo M. D'Antona*, in *DLRI*, 2009, p. 139; D'ANTONA, *Il diritto al lavoro nella Costituzione e nell'ordinamento*, e RUSCIANO, *Il lavoro come diritto: servizi per l'impiego e decentramento amministrativo*, in *Diritto al lavoro e politiche per l'occupazione*, Atti del convegno di studio per il 50° anniversario della RGL, Napoli 8 maggio 1999, in *RGL*, supplemento al n. 3/1999, rispettivamente p. 15 e p. 37.

⁵² Nello stesso senso, benché sulla base di considerazioni parzialmente diverse, SARACINI, *Reintegra monetizzata*, cit., p. 71.

⁵³ Più di un autore auspica un nuovo intervento legislativo in materia: cfr. MARESCA, *op. cit.*, p. 243; PISANI, *op. cit.*, p. 172; VALLEBONA, *op. cit.*, p. 254; ZOPPOLI L., *op. cit.*, p. 293.

Abstract

L'autore pone in risalto come la sent. della Corte cost. n. 194/18, se da un lato torna a sottolineare la centralità del lavoro nella Costituzione – funzionale al pieno sviluppo della persona –, dall'altro finisce per trascurare tale correlazione. La Consulta esclude infatti l'illegittimità costituzionale della differenze di tutela *ratione temporis* apprestata dall'art. 3, co. 1, del d.lgs. 23/15 sulla base di un *nuovo* bilanciamento (tutto interno all'art. 4 Cost.) tra divieto di licenziamento arbitrario e diritto al lavoro, ma – ad avviso dell'autore – questo bilanciamento (già da lui rimarcato all'indomani del Jobs Act) resta, nel suo contenuto, completamente estraneo alla sentenza. E con esso alla sentenza resta estranea anche la svolta ordinamentale, sottesa al d.lgs. 23/15, che, proprio in ragione di quel bilanciamento, colloca oggi la tutela economica al centro della disciplina del licenziamento. Lo scritto si conclude con alcune osservazioni, sempre particolarmente attente al profilo occupazionale, in merito alla parte della sentenza concernente i criteri di determinazione del danno da risarcire al lavoratore conseguenti alla sua pronuncia.

The author highlights how the ruling of the Constitutional Court n. 194/2018, on the one hand, returns to underline the centrality of work in the Constitution – functional to the full development of the individual – and, on the other hand, it ends up neglecting this correlation. The Court in fact excludes the constitutional illegitimacy of the differences in protection *grounded on time* provided by Article 3(1) of Legislative Decree 23/2015 on the basis of a *new* balance (all internal to Article 4 of the Constitution) between the prohibition of arbitrary dismissals and the right to work, but – in the author's opinion – this balance (already highlighted by him in the aftermath of the Jobs Act), in its content, is still completely external to the judgment. Furthermore, the legal order change, which underlies Legislative Decree n. 23/2015 which, precisely because of that balance, places economic protection of the core of the dismissal discipline. The paper ends with some observations, always particularly focused on the occupational profile, which regard the part of the ruling concerning the criteria for determining the damage to be compensated to the worker.

Key words

Licenziamento, riduzione delle tutele, promozione dell'occupazione, nuovo bilanciamento, contenuto essenziale del diritto.

Dismissal, reduction of protection, promotion of employment, new balance, essence of the right.

Antonio Loffredo

Datore di lavoro transnazionale e *dumping* sociale nell'Unione europea

Sommario: 1. L'impresa europea tra aziendalizzazione e transnazionalità. 2. Unicità o pluralità di datori di lavoro nelle direttive UE. 3. L'abuso delle libertà economiche garantite dal Trattato. 4. Gli strumenti giuridici UE di lotta contro le *letterbox companies*. 5. Quali principi e quali regole per il datore di lavoro transfrontaliero.

1. *L'impresa europea tra aziendalizzazione e transnazionalità*

Il diritto del lavoro si è tradizionalmente occupato della parte del contratto che dava il nome a questo ramo dell'ordinamento; tuttavia, anche lo studio dell'impresa, e delle sue articolazioni organizzative giuridicamente rilevanti, è diventata una necessità ineludibile da quando il fenomeno della frammentazione delle organizzazioni si è talmente radicalizzato da determinare una scissione giuridica tra la figura dell'imprenditore e quella del datore di lavoro, scissione che in molte occasioni è avvenuta a struttura produttiva reale invariata. Le frammentazioni sul piano giuridico-formale sono andate, infatti, di pari passo con le concentrazioni operate a livello economico-sostanziale dalle imprese che hanno spesso fatto uso del modello dei gruppi o delle reti d'impresе, attraverso due processi divergenti che hanno approfittato, da un lato, del formalismo di alcune strutture giuridiche riguardanti l'individuazione del datore di lavoro e, dall'altro, della globalizzazione e finanziarizzazione dell'economia mondiale. Uno degli effetti è stato la trasformazione delle imprese da multinazionali in *transnazionali*, volendone riflettere "non solo la crescente messa in ombra di criteri di identificazione su base nazionale, ma anche una nuova capacità delle imprese di passare attraverso vari territori nazionali, in una sorta di indifferenza rispetto a questioni di confini

e di culture nazionali¹; in altre parole, le aziende hanno iniziato a muoversi in maniera trasversale, quasi liquida, tra i territori nazionali e tra gli ordinamenti, scegliendo quelli preferiti e influenzandone le regole, soprattutto fiscali, previdenziali e lavoristiche.

Questi fenomeni hanno promosso una concorrenza che ha fatto del *dumping* sociale la leva principale di una competizione giocata soprattutto su bassi costi del lavoro e sull'indebolimento della presenza sindacale in azienda. Tuttavia, lo spirito del diritto del lavoro nazionale, fin dalle origini, era stato animato proprio dall'obiettivo opposto, ovvero da quello di evitare la concorrenza al ribasso tra lavoratori²; la lotta contro questo tipo di concorrenza, che va a scapito del lavoro, è divenuta poi indifferibile anche a livello europeo perché quel grado di *dumping* che potremmo considerare *funzionale* all'integrazione dei mercati dei paesi economicamente più deboli si è trasformato in elemento principale della concorrenza all'interno dell'UE, fornendo anche facili argomenti alle tesi anti-europeiste dei cd. partiti sovranisti che stanno contribuendo a minare le fondamenta stesse dell'Europa unita. Del resto, non si può negare che l'ampliamento a est dell'UE avvenuto all'inizio di questo millennio sia stato una delle cause principali che hanno contribuito allo sviluppo di questo fenomeno all'interno del mercato comunitario, anche perché si trattò di una scelta sorretta da ragioni politiche in parte aliene agli interessi di molti Stati membri e che, perciò, venne attuata senza le dovute cautele giuridiche ed economiche, che avevano invece accompagnato l'ingresso nella CEE di Spagna, Grecia, Irlanda e Portogallo negli anni '80. In quell'occasione, infatti, l'entrata di paesi con un inferiore livello di sviluppo economico, anche se forse non così lontano da quelli che già ne facevano parte o almeno non tanto quanto quelli entrati nel 2003, venne accompagnato da misure che provarono ad ammortizzarne gli effetti negativi nel mercato e a velocizzarne l'integrazione senza andare a scapito degli elementi sociali: un esempio per tutti fu l'istituzione di un apposito fondo strutturale a loro dedicato e intitolato, significativamente, Fondo di Coesione.

Di questa differente situazione giuridica che si è prodotta nell'UE nel secondo millennio hanno approfittato le imprese transnazionali che, abituate

¹ FERRARESE, *Le imprese multinazionali tra finanza e transnazionalità*, in *RGL*, I, 2018, p. 221.

² PERULLI, *L'idea del diritto del lavoro, oggi*, in *LD*, 2016, p. 25 e SPEZIALE, *La mutazione genetica del diritto del lavoro*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT* - 322/2017, p. 8.

a muoversi senza vincoli negli spazi aperti dalla globalizzazione dell'economia e dalla digitalizzazione del lavoro, hanno utilizzato le istituzioni giuridiche esistenti per poter fare "legalmente" *dumping* sociale.

La transnazionalizzazione delle imprese è, però, inseparabile dal fenomeno della cd. aziendalizzazione del diritto del lavoro³, per effetto della quale proprio l'interesse aziendale è giunto a colonizzare quello generale, facendoli coincidere sempre più anche dal punto di vista dogmatico. L'interesse delle imprese, ormai guardate quasi esclusivamente nella loro funzione occupazionale per gli evidenti risvolti di interesse generale per il paese, si è pian piano imposto sugli altri e, giuridicamente, ne ha determinato la trasformazione nel centro di gravità del diritto del lavoro moderno: vista in questa prospettiva, l'aziendalizzazione del diritto del lavoro costituisce effetto diretto della globalizzazione, della perdita di centralità dello Stato e della legge quale sua fonte normativa tipica nella disciplina dei rapporti di lavoro. Ciò ha determinato la quasi totale sostituzione funzionale degli Stati da parte delle aziende transnazionali, trasformatesi in giganti che hanno dominato in maniera quasi monopolistica lo spazio globale⁴, anche quello giuridico, muovendosi verso territori e ordinamenti in cui i diritti dei lavoratori sono meno garantiti⁵, con il costante ricatto di trasferirsi presso altri ancor più convenienti se non vengono accettate le condizioni imposte. La de-statalizzazione della disciplina del rapporto di lavoro ha determinato anche una "de-legalizzazione dell'ordine giuridico del lavoro"⁶, che ha attribuito all'impresa una funzione metagiuridica⁷, trasformandola in un microcosmo ordinamentale che è diventato il baricentro dei rapporti di lavoro anche al di fuori delle proprie mura aziendali, fissando un *benchmark* che ha effetti diretti su tutte le imprese all'interno delle catene di valore (*supply chains*) e su quelle nazionali che con esse entrano in competizione.

L'approccio al tema, allora, non può che essere multilivello e, pertanto, anche quello nazionale non può essere del tutto ignorato, pur se di frequente soccombente in un sistema globalizzato in cui il livello transnazionale finisce

³ BAVARO, *L'aziendalizzazione nell'ordine giuridico-politico del lavoro*, in *LD*, 2013, p. 213.

⁴ REVELLI, *La sinistra sociale*, Bollati Boringhieri, 1997, p. 72.

⁵ V. il Rapporto annuale *Doing Business* della Banca Mondiale che classifica le *performances* dei diritti del lavoro dei singoli paesi in base alle regole più o meno liberiste in essi contenute, citato da SUPLOT, *Per una critica del darwinismo normativo*, in *RPS*, 2006, p. 188 ss.

⁶ BAVARO, *op. cit.*, p. 213.

⁷ TEUBNER, *Il diritto come sistema autopoietico*, Giuffrè, 1996.

per imporre le proprie scelte su quello nazionale. Il diritto del lavoro nazionale, in realtà ha spesso semplicemente approfittato dei requisiti dell'imprenditorialità oggetto di studio nel diritto commerciale per individuare la figura datoriale, da sempre "neutra" rispetto alla persona del datore di lavoro⁸; la dottrina commercialistica che si è occupata dell'art. 2082 cod. civ.⁹, e sulla quale si sono basati i giuslavoristi, ha sempre considerato l'organizzazione aziendale¹⁰ e il rischio a proprio carico caratteristiche indefettibili, quasi ontologiche della figura dell'imprenditore. Questi due elementi, però, si sono lentamente erosi nell'ordinamento nazionale: in particolare, com'è noto, il colpo di grazia è stato inferto dall'art. 29 del d.lgs. 276/03 che, pur confermando che l'appalto si deve caratterizzare per la presenza sia dell'assunzione del rischio d'impresa sia di un'organizzazione di mezzi, ha però ammesso che quest'ultima possa risultare anche solamente "dall'esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto". In questo modo si è operata una divaricazione tra la nozione commercialistica d'imprenditore e quella lavoristica di datore di lavoro, difficilmente giustificabile sul piano logico e sistematico. Questo tentativo perseguiva l'evidente obiettivo di ricondurre l'imprenditorialità della prestazione dedotta in contratto nella somministrazione interamente nell'attività di preparazione e di gestione del rapporto di lavoro, ricostruendo la differenza con l'appalto nella circostanza secondo cui l'organizzazione dei mezzi necessaria per poter configurare l'appaltatore come imprenditore genuino fosse ricavabile *in ogni caso* anche dal mero esercizio del potere organizzativo. L'operazione non è stata priva di conseguenze all'interno dell'ordinamento giuridico nazionale perché ha generalizzato una nozione "leggera" di imprenditore che ha favorito lo sviluppo di prassi abusive a causa della confusione di funzioni datoriali degli imprenditori.

Gli effetti di questa riforma non trovano corrispondenza nell'ordinamento europeo nella misura in cui in quest'ultimo le stesse nozioni di imprenditore e di datore sono estremamente sfuggenti a causa della – scontata – assenza di definizioni di portata generale. Tale assenza emerge con tutta

⁸ Per tutti ESPOSITO, GAETA, SANTUCCI, VISCOMI, ZOPPOLI A., ZOPPOLI L., *Istituzioni di diritto del lavoro e sindacale*, vol. I, Giappichelli, 2013, p. 294.

⁹ BUONOCORE, *L'impresa*, in BUONOCORE (diretto da), *Trattato di Diritto Commerciale*, Giappichelli, 2002; GRAZIANI MINERVINI, BELVISO, SANTORO, *Manuale di diritto commerciale*, Cedam, 2015, pp. 35 ss.; MINERVINI *L'imprenditore. Fattispecie e statuti senza data*, Morano, 1966;

¹⁰ CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, UTET, vol. II, 2012, p. 25.

evidenza nelle direttive a contenuto lavoristico, in cui l'UE ha dato la sensazione di arrancare dietro ai fenomeni economici. Un rapido *excursus* tra le direttive europee più significative in materia conferma tale impressione: nella direttiva sul trasferimento d'azienda (2001/23), così come nel Regolamento Roma I (n. 593/2008) sull'individuazione della legge applicabile ai contratti, manca qualsiasi definizione di datore di lavoro; nella direttiva in materia d'insolvenza dell'imprenditore (2008/94), l'art. 2 rinvia espressamente al diritto nazionale per quanto riguarda proprio la nozione d'imprenditore; la direttiva 2002/14 sull'informazione e consultazione dei lavoratori offre una definizione tautologica d'impresa, in quanto l'ambito di applicazione della norma riguarda le imprese pubbliche e private che esercitano un'attività economica", facendo così un mero rinvio alle norme nazionali, che però viene arricchita di un taglio lavoristico quando invece definisce il datore di lavoro come la "persona fisica o giuridica che è parte del contratto o rapporto di lavoro, secondo la legislazione e gli usi nazionali".

Unica eccezione positiva è rappresentata dalla direttiva 89/391 in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro che, forse per la rilevanza degli interessi in gioco, ha offerto la nozione più completa, definendo l'imprenditore come "la persona fisica o giuridica titolare di un rapporto di lavoro e che abbia la responsabilità dell'impresa o dell'unità produttiva", utilizzando una miscela di criteri lavoristici e commerciali. Non a caso questa scelta ha permesso al legislatore di estendere la responsabilità in materia di sicurezza anche nei confronti dei lavoratori dell'impresa appaltatrice o somministratrice che prestino servizio nell'azienda, unificando la figura datoriale, almeno a questi fini.

2. *Unicità o pluralità di datori di lavoro nelle direttive UE*

La questione dell'unificazione della figura datoriale e dell'individuazione di un soggetto a cui attribuire tali responsabilità è stata affrontata, anche se per una finalità ben più limitata, dalla direttiva 94/45 sui Comitati aziendali europei che, avendo come ambito di applicazione le imprese multinazionali, individua la definizione d'impresa controllante¹¹ in un gruppo di imprese

¹¹ Sull'interpretazione in senso "sostanziale" della nozione di controllo, anche se nell'ambito della direttiva sui licenziamenti collettivi, v. DELFINO, "Multinationality with variable geometry" and the EU legal order, in *ILLeJ*, 2019, 1.

facendo riferimento a criteri tipici del diritto commerciale, quali il capitale azionario o il diritto a nominare i membri del Consiglio di amministrazione. Queste regole, proprio per la loro origine mercantile, si soffermano più sulla nozione di imprenditore che su quella di datore ma si muovono nell'ambito giuridico europeo perché si pongono anche la finalità di "avvicinare" i rappresentanti dei lavoratori ai luoghi dove, di fatto, vengono prese le decisioni nelle grandi imprese transnazionali, ovvero al "livello pertinente di direzione e di rappresentanza", come previsto espressamente nel *considerandum* 15 della direttiva di riforma 2009/38; in altre parole, l'obiettivo della direttiva è stato anche quello di fare in modo che le organizzazioni sindacali potessero entrare in contatto con il soggetto che prende le decisioni in un'impresa, che sempre più spesso, appunto, non coincide con il datore di lavoro formale. Non sorprende allora che dalla prassi applicativa¹² sia emerso che una delle funzioni che i comitati aziendali europei hanno esercitato con maggiore frequenza è stata quella dell'individuazione del perimetro dell'impresa di dimensione comunitaria, sottolineando come una delle difficoltà principali che i sindacati hanno incontrato sia stata proprio la ricostruzione della figura datoriale complessa.

Soprattutto nel caso dei gruppi d'impresa, poi, essa è soggetta a un mutamento talmente frequente che, durante la revisione/riforma della direttiva nel 2009, quest'evenienza è stata esplicitamente presa in considerazione al fine di adattare le rappresentanze alle mutate situazioni giuridiche dell'impresa attraverso delle clausole di adeguamento. La direttiva del 1994, infatti, non conteneva disposizioni che contemplassero né la possibilità di un adattamento a cambiamenti strutturali dell'impresa né quella di procedere alla rinegoziazione dell'accordo istitutivo del comitato aziendale europeo in tali circostanze. Dopo la riforma del 2009, invece, tali clausole hanno la possibilità di entrare in gioco quando operazioni di fusione, acquisizione e scissione determinano la necessità di un adeguamento dei comitati aziendali europei esistenti, avendo dato vita a nuove realtà aziendali (essendoci stata cioè una trasformazione del datore di lavoro, per usare una terminologia più giuridica) che rendono l'ambito geografico di applicazione dell'accordo istitutivo del Comitato aziendale europeo non più coincidente con il perimetro aziendale sulla base del quale era stato negoziato il primo accordo.

¹² GUARRIELLO, *Le funzioni negoziali del CAE tra modello normativo e costituzione materiale, prime riflessioni*, in LD, 2005, p. 635.

Anche la Corte di giustizia europea è stata sorprendentemente chiamata in causa sulla direttiva appunto sull'individuazione del datore, in quanto principale obbligato a dare le informazioni non tanto al comitato aziendale europeo quanto alla delegazione speciale di negoziazione in merito alla struttura della società o del gruppo; in altri termini, su chi è e com'è composto il datore di lavoro quando ci si trova di fronte a un'impresa multinazionale. I casi *Bofrost*, *Kuhne & Nagel* e *ADS Anker GmbH* sono emblematici in questo senso.

Nel noto caso *Bofrost*¹³ la C. Giust. ha ritenuto che l'obbligo d'informare sussiste anche a carico delle imprese che fanno parte di un gruppo, qualora non sia stato ancora accertato quale sia la direzione centrale. Allo stesso modo, se il gruppo ha una direzione centrale situata al di fuori dell'UE (caso *Kuhne & Nagel*¹⁴), la responsabilità di trasmettere le informazioni alla delegazione speciale di negoziazione, incombe allora sulla cd. direzione presunta, ovvero sullo stabilimento o impresa del gruppo che impiega il maggior numero di lavoratori in uno Stato membro, alla quale viene riconosciuta la funzione di datore di lavoro a tal fine. Infine, nel caso *ADS Anker GmbH*¹⁵ sia la società capogruppo sia la controllante diretta non avevano comunicato all'impresa del gruppo che aveva ricevuto la richiesta dalla delegazione speciale di negoziazione i dati necessari per poter rispondere: ancora una volta la C. Giust. ha confermato la propria giurisprudenza aggiungendo che l'obbligo contenuto nella direttiva non comprende soltanto il flusso verticale delle informazioni che va dalle imprese ai rappresentanti dei lavoratori ma anche un flusso orizzontale che scorre tra la direzione centrale (o presunta) e le altre imprese del gruppo¹⁶, per rendere possibile l'attivazione del processo finalizzato alla costituzione del Comitato aziendale europeo da qualsiasi punto dell'arcipelago societario del gruppo e raggiungere, così, l'effetto utile della direttiva.

Queste indicazioni della Corte sono state recepite nella riforma del

¹³ Sentenza 29 marzo 2001 (C-62/99).

¹⁴ Sentenza 13 gennaio 2004, (C-440/2000), sulla quale GUARRIELLO, *I comitati aziendali europei alla ricerca di un difficile protagonismo*, in BORDOGNA, PEDERSINI, PROVASI (a cura di), *Lavoro, Mercato, Istituzioni. Scritti in onore di Gian Primo Cella*, FrancoAngeli, 2013, p. 500.

¹⁵ Sentenza 15 luglio 2004 (C-349/201).

¹⁶ ALAIMO, *La nuova direttiva sui Comitati Aziendali Europei: un'occasione per ripensare alla partecipazione dei lavoratori in Italia?*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" INT - 69/2009, p. 10; GUARRIELLO, *op. cit.*, p. 638;

2009 che ha riformulato l'art. 4 nei termini fissati dalle citate pronunce per facilitare l'individuazione di un datore di lavoro reale (o presunto nel caso in cui quello reale sia fuori dalla propria giurisdizione) e ovviare così all'assenza di una nozione generale di datore di lavoro nell'ordinamento europeo.

Ancora in merito alla questione dell'unicità del datore di lavoro nell'ordinamento europeo vale, infine, la pena di segnalare sinteticamente anche la definizione contenuta nel progetto di modifica sostanziale della direttiva 91/533, approvata dal Parlamento Europeo il 16 aprile 2019, relativa all'obbligo del datore di lavoro di informare il lavoratore delle condizioni applicabili al contratto o al rapporto di lavoro. La proposta¹⁷ rientra in una delle azioni chiave intraprese dalla Commissione per dare seguito al pilastro europeo dei diritti sociali e, all'art. 2, contiene una definizione di “datore di lavoro” piuttosto sorprendente per lo studioso italiano perché lo qualifica come “*una o più* persone fisiche o giuridiche che sono direttamente o indirettamente parte di un rapporto di lavoro con un lavoratore”, lasciando poi agli Stati membri il compito di individuare quale sia il soggetto da considerare obbligato a fornire le informazioni nelle differenti vicende del rapporto di lavoro. Quest'opzione metodologica, evidentemente, riconosce la possibilità che un lavoratore nello svolgimento della stessa prestazione possa avere più datori di lavoro, ognuno dei quali svolge separatamente una o più tra le funzioni che lo caratterizzano e potrebbe essere obbligato nei confronti del prestatore solo per la “porzione” di subordinazione che lo riguarda, mentre esigenze di certezza del diritto richiederebbero l'individuazione di una figura unica. Essa, pur prendendo spunto dalla separazione dei poteri datoriali derivante dal rapporto triangolare tipico della somministrazione di manodopera disciplinato dalla direttiva 2008/104¹⁸, sembra anche prendere atto di una discussione dottrinale che si sta sviluppando a livello europeo sulla nozione di datore di lavoro, recuperando una sorta di approccio “funzionalistico”¹⁹, in verità più adatto agli ordinamenti anglosassoni che a quelli di *civil law*. Infatti, essa anziché utilizzare il classico strumento della responsabilità solidale, che moltiplica i possibili soggetti a cui attribuire l'obbligo²⁰, sceglie la strada di

¹⁷ COM(2017)797.

¹⁸ Norma che resta però impregiudicata dalla direttiva.

¹⁹ PRASSL, *The concept of the employer*, Oxford University Press, 2015.

²⁰ ALLAMPRESE, BORELLI, *C'è trasparenza e trasparenza: gli obblighi di informazione al tempo della gig economy*, in *Diritti&Lavoro flash*, n. 4, 2019, p. 4.

individuare un solo soggetto responsabile, magari anche una “persona fisica o giuridica che non è parte del rapporto di lavoro” (art. 1, § 5), capovolgendo così il tradizionale dibattito italiano e mettendo al centro la figura del datore di lavoro e non la subordinazione del prestatore²¹.

Al di là dell'utilità concreta di questa ricostruzione, non c'è dubbio, però, che essa raccoglie una suggestione interessante, ovvero che essere dipendenti di un'impresa multinazionale, o di altre imprese appartenenti alla filiera, può avere effetti diretti sul rapporto di lavoro, a volte anche oltre il riconoscimento del rapporto di lavoro subordinato; insomma, oltre che puntare al riconoscimento della natura subordinata del rapporto può talvolta essere anche più significativo per i lavoratori sul piano pratico l'operazione di stabilire l'esistenza di un rapporto di lavoro con il datore di lavoro “sostanziale”, quello dal quale dipendono realmente la continuità e le condizioni del proprio lavoro, invece che con quello formale.

3. *L'abuso delle libertà economiche garantite dal Trattato*

Le difficoltà nell'individuazione del datore di lavoro genuino anche nel diritto europeo vengono dimostrate e, in un certo senso, acuite dal fenomeno della proliferazione delle cd. *letterbox companies*: con questo termine si intende fare riferimento a persone giuridiche formalmente registrate presso un paese in cui sono soggette a obblighi fiscali e di legge, direttamente o indirettamente controllate da un'altra non residente nello stesso territorio, dalla quale derivano quasi tutte le attività e le passività. Si tratta, in definitiva, di aziende di comodo utilizzate da imprese transnazionali per diversificare i loro investimenti geograficamente. La loro creazione può essere legata a diversi obiettivi, economici o “giuridici”: nel piano più strettamente economico, esse possono servire come strumento per raccogliere capitali, o per separare attività e passività di bilancio mentre, in quello giuridico, possono fungere da grimaldello per eludere obblighi legali e convenzionali²².

Naturalmente, le regole principali che una *letterbox company* cerca di eludere sono da un lato quelle fiscali, dall'altro quelle di diritto del lavoro. Ai

²¹ RATTI, *Intorno al/i concetto/i di datore di lavoro*, in *DLRI*, 2016, p. 392.

²² Sul tema si v. la ricerca ETUC, *A hunter's game: how policy can change spot and sink letterbox type practices*, 2017, in <https://www.etuc.org/publications/hunters-game-how-policy-can-change-spot-and-sink-letterbox-type-practices>.

fini lavoristici, in particolare, essa tende a occultare l'identità del vero datore di lavoro, cioè del soggetto responsabile in materia di retribuzioni, condizioni di lavoro, contributi previdenziali e rapporti con le organizzazioni sindacali, moltiplicando le figure di datori di lavoro fittizie.

Queste imprese sfruttano le differenze normative esistenti sul piano dei diritti societari nazionali all'interno dell'UE, che possono essere grossolanamente suddivisi in due tipologie: da un lato, gli Stati membri che accedono alla teoria della "sede reale", come ad es. Francia, Germania e Italia, che impongono alle imprese requisiti sostanziali minimi per il loro riconoscimento nel territorio²³ quali l'assunzione di personale qualificato o il fatto che il processo decisionale da parte del consiglio di amministrazione si svolga nel proprio paese. Dall'altro, quelli che utilizzano la "teoria dell'incorporazione", in base alla quale un'impresa è ammessa a operare nel territorio una volta che vi si è formalmente registrata; evidentemente è in questi ultimi che proliferano le *letterbox companies*. Ovviamente, le conseguenze negative della loro presenza sono evidenti anche esclusivamente nell'ottica commerciale della creazione del mercato unico perché la loro attività nel territorio promuove una concorrenza sleale tra le imprese che tende a definire il *benchmark* per l'intero settore, favorendo così una competizione al ribasso delle condizioni di lavoro.

Questo fenomeno economico è stato tollerato, se non addirittura promosso, dal diritto europeo e, ancora una volta, il ruolo della C. Giust. è risultato particolarmente incisivo, anche se stavolta si è sviluppato in direzione opposta rispetto a quella segnalata in precedenza nel caso dei comitati aziendali europei, nel quale si era sforzata di promuovere l'unicità del datore di lavoro genuino. In questa tematica la C. Giust. ha apertamente favorito il *dumping* sociale con una costante giurisprudenza che ha voluto dare ragione a chi sostiene che la storia del mercato unico possa essere agevolmente letta come una storia di una costruzione di un contesto giuridico favorevole al *dumping* sociale²⁴. Emblematico in questo senso è un passaggio della nota e risalente sentenza *Centros*²⁵ che, in qualche modo, è stata tra le prime a rico-

²³ BARNARD, *The substantive law of the EU. The four freedoms*, Oxford University Press, 2004, p. 322.

²⁴ GIUBBONI, ORLANDINI, *Mobilità del lavoro e dumping sociale in Europa, oggi*, in *DLRI*, 2018, p. 910.

²⁵ Sulla quale ORLANDINI, *I lavoratori europei nell'impresa orizzontale transnazionale tra regole sociali e di mercato*, in *RGL*, 2009, p. 551.

noscere espressamente legittimità agli ordinamenti giuridici che utilizzano il sistema dell'incorporazione²⁶ e ha rappresentato una specie di manifesto a favore dello shopping legislativo per le imprese: “il fatto che un cittadino di uno Stato membro che desidera creare una società scelga di costituirla nello Stato membro le cui norme di diritto societario gli sembrano meno severe e crei succursali in altri Stati membri non può costituire di per sé un abuso del diritto di stabilimento”²⁷. Quest'interpretazione della libertà di stabilimento contenuta nella sentenza *Centros* risulta paradigmatica perché considera “severe” le regole che tendono a evitare la presenza nel proprio territorio di imprese fittizie e rende tale libertà economica praticamente priva di qualsiasi vincolo sistematico, come si è agevolmente visto nelle molte pronunce che l'hanno seguita e che hanno portato con sé l'applicazione del cd. *Gebhard test*²⁸: in base a esso, i provvedimenti normativi degli Stati membri in materia sociale devono essere analizzati non solamente verificando l'assenza di discriminazione tra imprese nazionali e straniere ma devono anche essere sottoposti a un test, appunto, di proporzionalità per poter ammettere legittime limitazioni alla libertà d'impresa²⁹ *tout court*. Questo test, consistente nel valutare la conformità delle misure nazionali al rispetto delle libertà fondamentali economiche delle imprese (ovvero il fatto che non creino alcun tipo di vincolo alla loro attività), ha inciso direttamente su obiettivi e politiche di competenza esclusiva nazionale e ha determinato una riduzione generalizzata delle tutele per il lavoro un po' in tutti gli ordinamenti europei, portandoli a un minimo denominatore comune che si è attestato su un livello sempre più basso³⁰.

Al di là dei giudizi di valore sul merito di questa giurisprudenza, non si può negare alla C. Giust. una certa coerenza in questo suo orientamento che, in alcuni casi, è giunto addirittura ad ammettere quasi espressamente la legittimità delle scelte imprenditoriali di costituire *letterbox companies* nell'or-

²⁶ GIUBBONI, ORLANDINI, *op. cit.*, p. 912.

²⁷ Punto 27 della sentenza 9 marzo 1999, *Centros* (C-212/97).

²⁸ “I provvedimenti nazionali che possono ostacolare o scoraggiare l'esercizio delle libertà fondamentali garantite dal Trattato devono soddisfare quattro condizioni: essi devono applicarsi in modo non discriminatorio, essere giustificati da motivi imperativi di interesse pubblico, essere idonei a garantire il conseguimento dello scopo perseguito e non andare oltre quanto necessario per il raggiungimento di questo” (C. Giust. C-5/94, *Gebhard*, punto 37)

²⁹ GIUBBONI, ORLANDINI, *op. cit.*, p. 911.

³⁰ GARBEN, *The constitutional (im)balance between the “Market” and the “Social” in the European Union*, in *ECLR*, 2017, p. 35.

dinamento UE, come nel più recente caso *Polbud*³¹, nel quale ha sostenuto che “la situazione in cui una società costituita secondo la legislazione di uno Stato membro desidera trasformarsi in una società retta dal diritto di un altro Stato membro, nel rispetto del criterio stabilito dal secondo Stato membro ai fini del collegamento di una società al proprio ordinamento giuridico nazionale, rientra nella libertà di stabilimento, quand’anche detta società svolga l’essenziale, se non il complesso, delle sue attività economiche nel primo Stato membro”³².

4. *Gli strumenti giuridici UE di lotta contro le letterbox companies*

Se le *letterbox companies* hanno ricevuto piena cittadinanza nell’UE grazie all’interpretazione degli artt. 49 e 56 TFUE offerta dalla C. Giust., questa giurisprudenza oltre a essere piuttosto discutibile nelle argomentazioni e negli obiettivi sembra porsi anche in contrasto con norme specifiche dell’UE, approvate sotto la spinta di alcuni dei paesi membri di più antica tradizione e delle organizzazioni sindacali europee, che hanno l’espressa finalità di combattere il fenomeno delle *letterbox companies*. Tra esse va segnalata senza dubbio la direttiva *Enforcement*, 2014/67 in materia di distacco transnazionale dei lavoratori perché una delle ragioni principali che avevano portato all’esigenza di integrare il contenuto della direttiva 96/71 era stata proprio la necessità di individuare regole che contrastassero l’utilizzo abusivo del distacco da parte di imprese fittizie create *ad hoc* in altri Stati membri. La direttiva *Enforcement* ha introdotto così criteri per stabilire se l’impresa che distacca i lavoratori sia “genuina”, svolga cioè effettivamente la proprio attività sostanziale nel paese di stabilimento, e non sia stata creata solo per eludere le norme del paese dove il lavoratore effettua la prestazione (magari da sempre) simulando un distacco grazie agli spazi che la normativa europea concede alle imprese per stabilirsi e prestare servizi liberamente in altri Stati membri.

La direttiva riprende quasi fedelmente i criteri contenuti nei regolamenti relativi al regime previdenziale da applicare ai lavoratori distaccati; infatti, l’art. 14.2 del Regolamento 987/09 stabilisce la procedura di applicazione del Regolamento 883/04 sul coordinamento dei sistemi di si-

³¹ Sentenza *Polbud - Wykonawstwo sp. z o.o.*, 25 ottobre 2017 (C-106/16).

³² Punto 38 della sentenza.

curezza sociale e, nel Titolo II che si occupa dell'individuazione della legge applicabile, effettua alcune *precisazioni*. Per quanto riguarda la nozione di lavoratore si sottolinea che si può intendere anche una persona assunta nella prospettiva di tale distacco in un altro Stato membro, purché, immediatamente prima dell'inizio del rapporto di lavoro in questione, la persona interessata fosse già soggetta alla legislazione dello Stato membro in cui il suo datore di lavoro è stabilito. Tuttavia, è il par. 2 quello che interessa di più il tema in oggetto perché spiega come per datore di lavoro “che vi esercita abitualmente le sue attività” si debba intendere colui il quale svolge normalmente attività sostanziali, diverse dalle attività di gestione puramente interna, nel territorio dello Stato membro in cui è stabilito, tenendo conto di tutti i criteri che caratterizzano l'attività svolta dall'impresa in questione.

L'art. 4.2 della direttiva *Enforcement*, nell'ottica del contrasto al fenomeno citato, aggiunge a tali principi alcuni elementi fattuali esemplificativi: in particolare, la norma insiste sulla necessità dello svolgimento dell'attività economica principale nel territorio, dimostrata anche dalla presenza di un adeguato numero di personale amministrativo, di contratti eseguiti e/o l'ammontare del fatturato nel paese, oppure dal fatto che si tratti del luogo in cui i lavoratori distaccati sono stati assunti e quello da cui sono distaccati.

Inoltre, pur trattandosi di normativa settoriale e, in quanto tale, non generalmente applicabile a tutte le imprese che operano nell'UE, vale la pena di citare brevemente anche quella riguardante il trasporto di merci su strada, paradigmatica per l'analisi del rapporto tra libertà economiche e diritti dei lavoratori sia per la natura specifica della prestazione di questi lavoratori per i quali, non avendo un luogo fisso, è più complessa l'individuazione della legge applicabile al rapporto di lavoro sia perché si tratta di un settore nel quale il distacco intracomunitario è molto frequente, pari quasi al 30% dei lavoratori distaccati nell'UE che rientrerebbero proprio nei trasporti su strada³³.

L'art. 3.1 lett. a), del Regolamento 1071/09, che stabilisce norme comuni sulle condizioni da rispettare per esercitare l'attività di trasportatore su

³³ Come riconosciuto espressamente dal Considerando 15 della direttiva 2018/957 di riforma della direttiva 96/71 in materia di distacco. La percentuale è ricavata dalla ricerca *Poosh* <http://www.poosh.eu/>, consultabile alla pagina web https://www.unive.it/pag/14024/?tx_news-pi1%5bnews%5d=5890&tx_news_pi1%5bcontroller%5d=News&tx_news_pi1%5baction%5d=detail&cHash=873f38ead6c5e38416ff6e547c2c7e82.

strada, individua quattro criteri per l'accesso alla professione del vettore merci: onorabilità, adeguata idoneità finanziaria, professionale e avere una base stabile ed effettiva in uno Stato membro, con l'obiettivo dichiarato di sradicare le false compagnie di trasporti che si stabiliscono per convenienza negli Stati membri con norme meno protettive per i lavoratori e i sindacati. Inoltre, l'art. 5 specifica i requisiti minimi per poter ritenere sussistente uno stabilimento effettivo nel settore del trasporto di merci su gomma: in base a questa norma, l'azienda deve dimostrare di avere, oltre a un ufficio legale o amministrativo e a un luogo per i veicoli, uno o più veicoli immatricolati o messi in circolazione nel territorio. Nel luogo fissato, l'impresa deve mantenere la contabilità (gestione finanziaria e patrimoniale), pagare le tasse relative alla riscossione di imposte dirette e IVA, effettuare la gestione del personale, conservare i dati sui tempi di guida e di riposo degli autisti e i documenti di spedizione. Come si può agevolmente notare, per quanto queste norme abbiano costituito un'anticipazione, dal punto di vista cronologico, e una specificazione, da quello settoriale, di altri standard normativi che verranno poi fissati dalla direttiva *Enforcement* per tutte le aziende e in ogni settore produttivo, esse creano di fatto una particolare figura di datore di lavoro europeo, con requisiti sostanziali minimi, applicabili solo al settore.

Il rapporto stretto ma complicato tra questa normativa e quella sul distacco è dimostrata, da un lato, dal fatto che l'intera riforma di quest'ultimo nel 2018 abbia espressamente escluso la sua applicazione al settore del trasporto su strada e, dall'altro, è confermato dalla volontà della Commissione di apportare modifiche sostanziali a entrambe le normative quasi in contemporanea, obiettivo non raggiunto solamente perché il cd. pacchetto trasporti è stato bloccato dalla decisa opposizione sindacale su alcuni punti centrali della riforma, soprattutto quelli riguardanti la riforma del cabotaggio e dei tempi di riposo degli autisti³⁴.

³⁴ La risposta della Federazione Europea dei Trasporti (ETF) alla proposta è stata fin dall'inizio, 31 maggio 2017, molto netta: *the European Commission proposes the temporary exclusion of professional drivers for 3 days from the scope of Directive 96/71/EC. The position of the ETF is clear: any temporary exclusion will not make rules clearer, simpler to apply and more enforceable. This will only postpone by 3 days the application of the minimum wage to drivers carrying out their work on a territory of another Member State, thus leaving an open door to abuses, distortions and unfair competition based on labour cost differentials. The enforcement measures proposed by the European Commission in relation to this posting solution are toothless, compared to the simple and effective solutions proposed by the ETF, among which the early mandatory equipment of all vehicles engaged in international transport with a 'smart' tachograph*. "With regards to cabotage: pointless to change the rules without introducing tighter

Tuttavia, le molteplici norme vigenti che hanno l'esplicito obiettivo di evitare il *dumping* sociale attraverso una lotta contro la proliferazione delle *letterbox companies* soffrono di un intrinseco problema di scarsa applicazione, legato alla mancanza di cooperazione amministrativa tra gli Stati membri, che costituisce una delle premesse essenziali per il loro buon funzionamento. La consapevolezza di quest'ostacolo è provata proprio dai contenuti della direttiva *Enforcement*, la quale ha introdotto specifici obblighi di cooperazione e scambio d'informazioni tra organismi ispettivi di diversi Stati membri, al fine di contrastare abusi da parte delle imprese. Il controllo amministrativo viene, infatti, spesso reso difficile dall'assenza di documenti affidabili e comprensibili per gli ispettori del paese di distacco e dalla difficoltà tecnica che essi possono avere nel sanzionare le imprese straniere per eventuali infrazioni commesse fuori dal proprio territorio di competenza. Più in generale, infatti, il problema che blocca un buon funzionamento del sistema è un'efficace applicazione delle regole esistenti è che, mentre i controlli sui lavoratori vengono effettuati nello Stato ospitante, quelli sull'impresa non possono che avvenire negli Stati di stabilimento, che sono solitamente quelli meno interessati a combattere contro le *letterbox companies*, perché da esse ricevono benefici economici, come il pagamento delle imposte sul territorio, in cambio di quasi nessun fastidio vista la quasi totale assenza di attività concreta nel paese.

Il problema della scarsa cooperazione amministrativa tra Stati membri era evidente ma era stato citato solo superficialmente già nel *Considerando* 12 della direttiva *Enforcement*, che sottolineava come la mancanza del modulo A1, ovvero del “certificato concernente la legislazione applicabile in materia di previdenza sociale di cui al regolamento (CE) n. 883/04 del Parlamento europeo e del Consiglio può indicare che la situazione non può essere qualificata come “distacco temporaneo” in uno Stato membro diverso da quello in cui il lavoratore interessato svolge abitualmente la sua attività nel quadro della prestazione di servizi”. *A contrario*, perciò, si riteneva che fosse sufficiente essere in possesso di suddetto modulo per considerare legittimo il distacco,

enforcement measures! And this is precisely what the European Commission does, and respectively doesn't do: proposing a new cabotage definition with no additional, stronger enforcement. The problem with the current cabotage rules is the so called 'chain' cabotage, notably the practice whereby hauliers engage in repetitive international journeys (with loads such as pallets, etc.), to then qualify for as many cabotage 'slots' as possible". <http://www.etfroadsectionblog.eu/wp-content/uploads/2017/11/ETF-preliminary-statement-on-mobility-package-posting-and-cabotage-EN.pdf>.

almeno per gli ispettori del paese di destinazione, elemento formalistico che garantiva una presunzione di regolarità della fattispecie e impediva ogni ulteriore indagine sull'effettiva esistenza e operatività dell'impresa nel paese di stabilimento.

La riforma del distacco del 2018 ha provato a rompere questo circolo vizioso imponendo un più concreto “obbligo di trasmissione d'informazioni” a carico dello Stato d'origine in caso di richiesta dallo Stato di distacco, obbligo sprovvisto però di sanzioni efficaci perché la sua violazione determina solo un'informazione alla Commissione che dovrebbe adottare non meglio specificate “misure adeguate” contro lo Stato di origine che non risultasse collaborativo. Il problema di fondo, infatti, continua a essere l'obbligo per i paesi membri di dover prendere per buone le dichiarazioni contenute nei documenti amministrativi prodotti da altri Stati membri senza possibilità concrete di chiederne una verifica; per questo motivo risulta estremamente interessante il caso *Altun*³⁵, nel quale la C. Giust. sembra voler ammettere che lo Stato ospitante, di fronte a chiari elementi di frode o a un'assoluta mancanza di collaborazione da parte dell'ente amministrativo dello Stato di origine, possa disattendere documenti provenienti da un altro Stato membro che non abbia cooperato proficuamente per la via amministrativa. Questa può essere una strada percorribile, a legislazione invariata e stante l'assenza di un efficace apparato sanzionatorio, per superare i limiti intrinseci di questo modello, che sono particolarmente gravi sia per gli aspetti previdenziali sia per quelli riguardanti la verifica della “genuinità” delle imprese distaccanti.

5. *Quali principi e quali regole per il datore di lavoro transfrontaliero*

La storia dell'economia politica del mercato unico è intrecciata a quella della direttiva sul distacco³⁶ e alla progressiva eterogeneità dei suoi fini; infatti, le regole sulle quali si fondava il funzionamento del mercato UE sembravano assicurare agli Stati membri adeguati strumenti di difesa dalla concorrenza giocata sul costo del lavoro, fino a quando l'aumento di questi fenomeni elusivi ha mostrato come molte imprese siano state quasi “incoraggiate” dall'UE

³⁵ C. Giust. 6/2/2018, C-359/16.

³⁶ GIUBBONI, ORLANDINI, *op. cit.*, p. 910.

a utilizzare il *dumping* sociale come principale strumento di concorrenza, sfruttando i differenziali di tutela derivanti dalle minori garanzie contenute in alcuni ordinamenti nazionali rispetto ad altri.

La contraddizione tra norme liberalizzatrici e norme di tutela si presenta costantemente nel rapporto tra libertà economiche e diritti sociali nell'UE e il tema del distacco dei lavoratori nell'UE (e del *dumping* sociale che a esso si associa) è emblematico perché svela una regolazione dicotomica della mobilità transnazionale del lavoro nel mercato europeo: chi si sposta da uno Stato a un altro in cerca di un impiego (o perché assunto da un datore ivi stabilito) gode della piena parità di trattamento rispetto ai lavoratori nazionali; chi si sposta "all'interno dell'impiego"³⁷ perché inviato da un datore con sede in altro Stato membro, del quale resta dipendente, può godere solo di tutele minime, previste dalle norme fondamentali di diritto del lavoro al fine di non ostacolare in maniera sproporzionata la libertà economica del proprio datore. Il limite principale di questo secondo corno della mobilità dei lavoratori è che esso sta provocando sempre più spesso movimenti "coattivi" all'interno dell'UE di lavoratori di imprese alla ricerca di maggiori margini di profitto attraverso la riduzione delle tutele del lavoro e sindacali.

La riforma del distacco del 2018 sembra inserirsi a piena regola in questa tendenza regolativa contraddittoria anche se è certamente da apprezzare quanto dichiarato nel Considerando 16, nel quale si afferma che in un "mercato interno veramente integrato e competitivo le imprese competono sulla base di fattori quali la produttività, l'efficienza e il livello d'istruzione e di competenza della forza lavoro, nonché la qualità dei loro beni e servizi nonché il grado di innovazione degli stessi". L'UE sembra, insomma, condannare un mercato in cui la competizione tra le imprese si sviluppi a danno dei lavoratori attraverso fenomeni di *dumping* sociale e, difatti, garantisce un rafforzamento dei diritti sociali, di cui pare volerne evitare la lesione come effetto della mera attuazione della direttiva, attraverso una "clausola di salvaguardia" che tutelerebbe i diritti fondamentali e, in particolare, la libertà sindacale, la contrattazione collettiva e addirittura anche il diritto di sciopero, configurandosi quasi come una sorta di risposta legislativa alla sentenza *Laval*³⁸.

³⁷ V. ROCCELLA, TREU, *Diritto del lavoro dell'Unione Europea*, 2016, UTET, p. 156.

³⁸ ALLAMPRESE, BORELLI, ORLANDINI, *La nuova direttiva sul distacco transnazionale dei lavoratori*, in *RGL*, 2019, I, p. 134.

Durante l'iter normativo che ha portato alla riforma della direttiva si sono creati, come ormai avviene abitualmente per i progetti in materia sociale, due schieramenti politico-territoriali ben delineati. Da un lato, parte degli Stati occidentali e di più antica tradizione nell'UE richiedevano una più decisa lotta alle *letterbox companies* e al *dumping* sociale al fine di un funzionamento del mercato caratterizzato da una concorrenza leale; dall'altro, molti dei paesi entrati per ultimi nell'UE (insieme ad altri come la Gran Bretagna) hanno, invece, perfino attivato la *yellow card procedure* per arrestarne l'iter³⁹ e due di essi, l'Ungheria e la Polonia, hanno addirittura fatto ricorso contro la direttiva⁴⁰, una volta approvata. In questa situazione, la Commissione non ha mantenuto una posizione neutrale perché, pur affermando di voler contrastare il *dumping* sociale, non ha proposto misure realmente efficaci per rafforzare la cooperazione orizzontale tra gli Stati membri e, inoltre, non ci ha pensato due volte quando si è trattato di sanzionare normative nazionali che puntavano a un'applicazione del salario minimo in maniera estesa nei fenomeni di mobilità all'interno dell'UE. Infatti, tanto per portare alcuni esempi nuovamente riguardanti il settore dei trasporti su strada, il 16 giugno 2016 la Commissione europea ha avviato una procedura d'infrazione contro Francia e Germania a causa dell'applicazione della loro legislazione sui salari minimi in quest'ambito⁴¹ e il 27 aprile 2017 ne ha avviato un'altra nei confronti dell'Austria: in entrambi i casi, la Commissione ha ritenuto che tali normative limitassero il mercato interno dell'UE in modo sproporzionato⁴².

La ricerca di questo difficile equilibrio ha portato l'ordinamento europeo ad avere un atteggiamento piuttosto schizofrenico, inserendo anche all'interno di una stessa normativa sia regole che tollerano o promuovono il *social dumping* sia regole che avrebbero la funzione di combatterlo, anche se queste ultime trovano sempre serie difficoltà di applicazione (come si è visto *supra*, nel paragrafo precedente). Le libertà economiche si sono trasformate in diritti incompressibili per le imprese che operano nell'UE, ancora una

³⁹ Si tratta della procedura prevista dal Protocollo n. 2 del Trattato di Lisbona che permette ai Parlamenti nazionali di mettere in dubbio il rispetto del principio di sussidiarietà nel caso concreto e obbliga gli organi legislativi dell'UE a riesaminare il provvedimento, cosa che nel caso concreto non portò a particolari modifiche sostanziali.

⁴⁰ Si tratta prima della causa C-620/18 promossa dall'Ungheria e poi della C-626/18 dalla Polonia.

⁴¹ [Http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2101_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2101_en.htm).

⁴² [Http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-17-1045_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-17-1045_en.htm).

volta a causa del modo in cui la C. Giust. ha interpretato la direttiva 96/71, ovvero come una normativa sui massimi di tutela per cui, oltre gli standard minimi fissati dalla stessa, è spettato agli Stati il gravoso onere di dimostrare che le norme da applicare alle imprese straniere rispondono ad esigenze di ordine pubblico; tale nozione è stata sottratta alla sovranità statale e la stessa C. Giust. si è attribuita il compito di valutare che con essa non si violi il diritto dell'UE comprimendo eccessivamente le libertà economiche fondamentali. Da questo punto di vista, la giurisprudenza sull'interpretazione della nozione di retribuzione⁴³, o meglio di "trattamenti minimi salariali" è stata paradigmatica perché la C. Giust., dal cd. quartetto *Laval* in poi, aveva ritenuto di estendere ai lavoratori distaccati solo la retribuzione minima derivante da legge o da contratto collettivo escludendo ogni altra voce ulteriore rispetto al salario base, anche se introdotta attraverso clausole sociali⁴⁴.

Siccome quest'interpretazione aveva senz'altro favorito il *dumping* sociale attraverso lo sfruttamento degli enormi differenziali salariali presenti nell'UE, la C. Giust. in alcune significative pronunce successive ha cercato di porvi un argine ampliando la nozione di tariffe salariali minime e valorizzando la possibilità che hanno gli Stati membri di includervi altri elementi che tendono alla "protezione sociale" dei lavoratori⁴⁵, giustificandole soprattutto con la necessità di tenere conto del differente costo della vita del paese ospitante⁴⁶. Tuttavia, un'attenta lettura di queste pronunce faceva emergere

⁴³ Sul tema v. DELFINO, *Salario legale contrattazione collettiva e concorrenza*, Editoriale Scientifica, 2019, soprattutto pp. 147 ss.

⁴⁴ "Per quanto riguarda gli obblighi salariali che possono essere imposti ai prestatori di servizi stabiliti in altri Stati membri, si deve ricordare che l'art. 3, n. 1, primo comma, lett. c), della direttiva 96/71 riguarda solo i minimi salariali. Tale disposizione non può pertanto essere invocata per giustificare un obbligo, a carico dei detti prestatori di servizi stranieri, di riconoscere retribuzioni come quelle che, nel presente caso, pretendono di imporre le organizzazioni sindacali convenute nella causa principale nell'ambito del sistema svedese, che non sono retribuzioni minime e non sono del resto determinate secondo le modalità previste in proposito dall'art. 3, nn. 1 e 8, della direttiva" (C. Giust., C-341/05, *Laval*, punto 70).

⁴⁵ Secondo la C. Giust. "[...] la direttiva 96/71 non fornisce alcun elemento per definire in modo sostanziale il salario minimo. La definizione di quali siano i suoi elementi costitutivi, per l'applicazione di tale direttiva, rientra pertanto nell'ambito del diritto dello Stato membro interessato, fermo restando solo che tale definizione, come risulta dalla legislazione o dai pertinenti contratti collettivi nazionali o dall'interpretazione che ne danno i giudici nazionali, non può avere l'effetto di ostacolare la libera prestazione dei servizi tra gli Stati membri." (C. Giust., C-522/12, *Isbir*, punto 37).

⁴⁶ Per rilevanza, va segnalata la sentenza *Sähköalojen ammattiliitto ry vs Elektrobudowa Spółka*

chiaramente come i giudici di Lussemburgo non avessero attribuito agli Stati membri una libertà assoluta in quest'operazione ma l'avessero sempre sottoposta al principio di proporzionalità e alla condizione che l'ordinamento nazionale garantisca il principio di non discriminazione, attraverso l'efficacia generalizzata del contratto collettivo⁴⁷.

Come anticipato in precedenza, la riforma del 2018 ha in parte accolto le indicazioni provenienti da questa giurisprudenza, sostituendo la nozione di "tariffe minime" contenuta nell'art. 3.1 con quella più ampia ed elastica di "retribuzione", lasciando poi agli Stati il compito di specificare quali elementi della stessa siano da considerare inderogabili anche da parte delle imprese che operano in situazione di distacco intracomunitario, "purché dichiarati di applicazione generale" (art. 3 par. 1), a garanzia appunto del principio di non discriminazione tra imprese. In quest'operazione la norma valorizza particolarmente l'importanza della trasparenza delle regole in materia di retribuzione che devono essere applicate dalle imprese distaccanti. Infatti, l'art. 3, par. 1, c. 4 obbliga gli Stati membri a pubblicare gli elementi costitutivi della retribuzione in un unico sito *web* nazionale da parte del Ministero del lavoro: in questo modo la norma europea tenderebbe a spostare il proprio fuoco dalle tutele minime garantite precedentemente al lavoratore distaccato verso una sorta di principio di parità di trattamento⁴⁸, anche se a geometria variabile.

Ovviamente, sia per la contraddittorietà dei contenuti sia per la genericità della redazione delle norme, la riforma non sembra in grado di risolvere tutti i problemi applicativi che essa ha generato in termini di *dumping* sociale, soprattutto per un ordinamento come quello italiano che deve fare i conti con la limitata efficacia soggettiva del contratto collettivo. Più in generale, poi, né la riforma del distacco né i progetti di riforma in materia di sicurezza sociale operano alcun riferimento alla possibilità di includere nella nozione di retribuzione ai fini del distacco anche i contributi previdenziali che, secondo il Regolamento 883/04 sul coordinamento dei sistemi di sicurezza

Akcynja, 18 settembre 2014, C-396/13, commentata da GIUBBONI, *Salario minimo e distacco transnazionale*, in *RGL*, 2015, II, p. 228 e da VENTURI, *La nozione di tariffe minime salariali nel distacco transnazionale*, in *DRI*, pp. 552 ss.

⁴⁷ V. soprattutto punti 34 e 40 della sentenza C-396/13 sulla quale ORLANDINI, *Distacco transnazionale e dumping salariale nell'Unione Europea*, in http://www.europeanrights.eu/public/-commenti/Bronzini2-Relazione_Orlandini.pdf, p. 4.

⁴⁸ ALLAMPRESE, BORELLI, ORLANDINI, *op. cit.*, p. 136.

sociale (art. 12.2), rimangono soggetti alla legislazione dello Stato membro di origine per i primi 24 mesi, durata che eccede anche i 12 (derogabili per ulteriori 6 mesi) che, secondo il par. 1 *bis* della riforma del 2018, garantirebbe a tutti i lavoratori distaccati il diritto a tutte le condizioni di lavoro applicate nello Stato membro ospitante, purché ovviamente vincolanti *erga omnes*.

L'aspetto riguardante la contribuzione previdenziale è fondamentale se si vogliono intendere, almeno in parte, le ragioni per le quali le aziende provenienti da territori con costi del lavoro più basso possono determinare sempre situazioni di *dumping* sociale in caso di distacco e, quindi, il fenomeno per cui molte imprese vi si trasferiscono anche solo fittiziamente; infatti, anche quando non violano alcuna regola, e quindi anche nelle rare ipotesi di pagamento integrale dei trattamenti salariali del paese ospitante, per i contributi previdenziali continuano ad applicarsi le regole del paese d'origine, inclusa la base imponibile della contribuzione stessa, determinando un notevole risparmio e un fattore di competizione irragionevole, che fanno ritenere che nella normativa sul distacco transnazionale sia contenuta un'oggettiva tolleranza del *dumping* sociale⁴⁹, in quanto al tema dei contributi previdenziali non si applica mai il principio della *lex loci laboris*.

Invece, i principi contenuti nella direttiva *Enforcement* (nonché quelli della citata normativa in materia di trasporti) costituiscono una specificazione del succitato criterio⁵⁰, rispetto al quale la direttiva sul distacco si pone quale fonte speciale⁵¹.

L'intreccio tra il Regolamento Roma I (593/08), norma di diritto internazionale privato⁵² che contiene questo principio al fine di risolvere la questione riguardante l'individuazione del paese la cui normativa deve regola un rapporto di lavoro con elementi di internazionalità, e la direttiva sul distacco è particolarmente significativo. Tale rapporto tra norma generale e regola speciale non viene messo in discussione dalla riforma della direttiva sul distacco del 2018; infatti, il termine di 12 (più 6) mesi superato il quale il la-

⁴⁹ PENNINGS, *European Social Security Law*, Intersentia, 2015, p. 118.

⁵⁰ GIUBBONI, ORLANDINI, *op. cit.*, p. 293.

⁵¹ Considerando 34 del Regolamento Roma I: La norma sul contratto individuale di lavoro non dovrebbe pregiudicare l'applicazione delle norme di applicazione necessaria del paese di distacco, prevista dalla direttiva 96/71/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 1996, relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi.

⁵² Sul tema v. CORDELLA, *L'ordine pubblico nel distacco transnazionale dei lavoratori*, in questo numero della rivista.

voratore distaccato non sarebbe più considerato temporaneamente sul territorio dello Stato membro e avrebbe diritto allo stesso trattamento dei lavoratori nazionali, non può di certo costituire una sorta di presunzione di legittimità del distacco per il periodo precedente, perché aprirebbe la porta ad abusi anche maggiori per un periodo di tempo tutt'altro che breve⁵³.

L'art. 8 del Regolamento Roma I è norma generale che serve a risolvere il *conflict of laws*⁵⁴ e non ne può essere esclusa del tutto l'applicazione da parte di una speciale, come la direttiva sul distacco, se da una verifica empirica dovesse risultare assente nel caso specifico la "temporaneità" della prestazione, elemento necessario per configurare la fattispecie, appunto, come distacco.

Infatti, il conflitto tra diritti sociali e libertà economiche nell'individuazione della legge applicabile è stato a volte temperato proprio dall'applicazione di questo principio contenuto nel Regolamento Roma I; infatti, l'art. 8 di tale Regolamento prevede regole specifiche per il contratto di lavoro tese a tutelare il contraente debole⁵⁵, riconoscendo così l'intrinseca specificità dei contratti di lavoro. In particolare, anche in presenza di una scelta effettuata dalle parti, il lavoratore non può essere privato delle tutele del diritto del lavoro del paese "nel quale o, in mancanza, a partire dal quale il lavoratore, in esecuzione del contratto, svolge abitualmente il suo lavoro" (art. 8.2), se più favorevoli: tale elemento risulta essere quello più significativo gerarchicamente tra quelli previsti dall'art. 8, come emerge anche dalla giurisprudenza della C. Giust. che ha individuato, appunto, nella *lex loci laboris* il criterio da preferire nella scelta della legge applicabile.

Questa normativa, così interpretata dalla C. Giust.⁵⁶, può costituire una

⁵³ ALLAMPRESE, BORELLI, ORLANDINI, *op. cit.*, p. 140.

⁵⁴ MATTEI, SALOMONE, *Conflict of laws e tutela del lavoro nelle imprese multinazionali*, in *RGL*, I, 2018, p. 272.

⁵⁵ ORLANDINI, *Il rapporto di lavoro con elementi di internazionalità*, in *WP C.S.D.L.E. Massimo D'Antona, IT- n. 137/2012* e FOTINOPOULOS, *La determinación de la ley aplicable al contrato de trabajo internacional*, Aranzadi, 2006.

⁵⁶ Il caso più significativo è senza dubbio *Koelzsch*, C. Giust. 15 marzo 2011, C-29/10, particolarmente interessante perché riguarda proprio l'autista di un camion, il cui contratto di lavoro era stato firmato in Lussemburgo, mentre il lavoratore viveva in Germania e lavorava spesso in Danimarca. Il lavoratore, assunto da una società danese con sede in Lussemburgo, al momento del licenziamento ha contestato l'applicazione del diritto del lavoro lussemburghese ritenendo di dover essere soggetto alla legge tedesca. La C. Giust., investita della questione dal tribunale lussemburghese dopo che quello tedesco si era dichiarato incompetente *ratione loci*, innanzitutto interpreta la Convenzione di Roma (non ancora Regolamento) come una norma che ha l'obiettivo di garantire adeguata protezione al lavoratore⁵⁴ e, successivamente, specifica

vera e propria norma di chiusura del sistema perché, a prescindere dall'applicazione delle nuove regole contenute nella direttiva sul distacco, l'intero sistema di tutela del diritto del paese ospitante può essere garantito al lavoratore il cui rapporto contenga elementi di internazionalità, al fine di evitare le prassi elusive che le aporie della normativa sul distacco possono ancora favorire, nonostante gli indubbi passi avanti garantiti dalla recente riforma.

che “qualora le prestazioni lavorative siano eseguite in più di uno Stato membro, il criterio del paese dell'esecuzione abituale del lavoro deve formare oggetto di un'interpretazione ampia ed essere inteso nel senso che si riferisce al luogo in cui o a partire dal quale il lavoratore esercita effettivamente le proprie attività professionali e, in mancanza di un tale centro di affari, al luogo in cui il medesimo svolge la maggior parte delle sue attività”. Viene, insomma, confermato che il luogo dove si esercita abitualmente la prestazione rappresenta il fulcro del sistema di norme di conflitto in materia di contratti di lavoro e che tale criterio si deve applicare in maniera adatta al settore oggetto della controversia. Molto importanti sono, comunque, anche i casi *Voogsgeerd* (C. Giust. 15 dicembre 2011, C-384/10) e *Schlecker* (C. Giust. 12 settembre 2013, C-64/12) che riguardavano imprese che hanno utilizzato la possibilità offerta dal Regolamento di scegliere la legge applicabile al rapporto con la finalità di applicare la legislazione meno protettiva per il lavoratore e la Corte, nella soluzione della controversia, ha applicato il succitato principio dell'art. 8 interpretandolo nella maniera più favorevole alla parte debole del contratto.

Ugualmente significativa nello stesso senso, al fine della definizione della nozione di “luogo in cui il lavoratore svolge prevalentemente la propria attività”, anche se riguardante gli aspetti processuali del rapporto con elementi di internazionalità, disciplinati dal Regolamento *Bruxelles I* n. 44/2001, è la sentenza *Nogueira* nelle cause riunite contro *Ryanair* C-168/16 e C-169/16. Sulla vicenda *Ryanair v. CALVELLINI, FROSECCHI, TUFO*, “*The Ryanair case in the Italian and European framework: who decides the rules of the game?*”, in *WP CSDLE 'Massimo D'Antona'.INT* - 148/2019.

Abstract

Il saggio affronta le trasformazioni recenti del diritto del lavoro sotto la prospettiva della centralità acquisita dalle imprese transnazionali anche nel piano della regolazione normativa. L'autore cerca di collegare la pluralità della figura datoriale ricavabile dalla disciplina normativa europea in materia lavoristica con l'interpretazione che di essa ha dato la Corte di Giustizia Europea. In particolare, il saggio si sofferma sulla proliferazione delle *letterbox companies* permessa, quando non promossa, dalle istituzioni europee e sulle regole per combattere questo fenomeno e, in generale, la concorrenza tra imprese basata sul *social dumping*.

The essay explores the recent evolution of Labour Law under the perspective of the new relevance acquired by transnational companies even in the field of individual and collective labour regulations. The the Author tries to underline the connection among the fragmentation of businesses, the legal interventions in labour law of the EU and the interpretation of it carried out by the European Court of Justice. In particular, the author focuses on the effects of the rise of letterbox companies in the EU allowed, and sometimes fostered, by European institutions and analyses the existing rules in order to fight against this phenomenon and social dumping in general.

Key words

Imprese transnazionali, letterbox companies, social dumping, direttiva distacco.

Transnational enterprises, letterbox companies, social dumping, posting directive.

Costantino Cordella

L'ordine pubblico nel distacco transnazionale dei lavoratori*

Sommario: **1.** Premesse ricostruttive. **2.** Tutele e legge applicabile ai contratti di lavoro nel regolamento Roma I. **3.** Rapporti tra diritto internazionale privato e frode alla legge. **4.** Metodi correttivi della legge applicabile. Profili storici sull'ordine pubblico. **5.** L'ordine pubblico "internazionale" nel percorso di adattamento alle fonti eurounitarie. **6.** L'ordine pubblico europeo nei rapporti con i Paesi terzi. **7.** Ordine pubblico europeo *vs* tutele dei lavoratori nei confronti dell'impresa beneficiaria del lavoro in distacco. **8.** Alcune applicazioni dell'ordine pubblico nazionale ai lavoratori distaccati in Italia.

I. *Premesse ricostruttive*

Le condizioni lavorative di chi esegue temporaneamente una prestazione in uno Stato UE diverso da quello di origine sono stabilite dalla direttiva 96/71 CE del 16 dicembre 1996, prevedendo che, durante il periodo di distacco, ai lavoratori si applichi la legge dello Stato ospitante per quanto riguarda le tutele espressamente indicate al suo art. 3.1¹. Il richiamo alla legge

* Questo contributo si iscrive nell'ambito delle ricerche svolte per il progetto "Sources of the law and social dialogue in the transposition of the posted workers directive", finanziato dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Napoli Federico II.

¹ Le materie indicate all'art. 3.1 della direttiva 96/71/CE sono state modificate, di recente, dalla direttiva europea 2018/957 UE del 28 giugno 2018, che tra gli altri temi ha inciso in particolare sulla retribuzione, stabilendo la piena parità retributiva dei lavoratori distaccati rispetto ai comparabili impiegati nel Paese di destinazione. Tali novità dovranno essere recepite dagli Stati membri entro il 30 luglio 2020 (art. 3.1), ma in ogni caso saranno applicabili solo a partire da tale scadenza (art. 3.2). La prospettiva scelta per questo contributo non consentirà di trattare, se non per profili accessori, le modifiche introdotte con l'ultima Direttiva, per le quali si rinvia a un futuro lavoro e alle ricerche già pubblicate: in particolare, cfr. ROCCA, *The reform of the EU Directive on posting of workers. Fortune smiles on the Juncker presidency?*, in CASALE G., TREU (a cura di), *Transfor-*

dello Stato ospitante è, di certo, una forma di protezione: essa si applica infatti solo per le disposizioni più favorevoli ai lavoratori rispetto a quelle dello Stato di origine². Inoltre, la necessità per le imprese distaccanti di garantire determinate tutele secondo le previsioni dello Stato ospitante ha come effetto di favorire una competizione più equa ed equilibrata con le imprese locali, che applicano lo stesso *standard*.

Sta di fatto però che, a livello comunitario – *rectius* eurounitario –, il distacco transnazionale è, prima di tutto, un fenomeno da valorizzare nell’ottica di eliminare gli ostacoli alla prestazione di servizi transnazionali e di creare così le condizioni per un mercato interno inclusivo ed equo³. La prospettiva da cui il diritto eurounitario si occupa del distacco è stata, infatti, sin dalla prima direttiva in materia, quella di promuovere la libera prestazione dei servizi.

Come tra l’altro risulta dalle indagini svolte sul tema, il coordinamento delle discipline nazionali promosso dalle istituzioni europee con la direttiva 96/71/CE è stata la risposta alla tendenza degli Stati membri ospitanti di imporre alle imprese straniere distaccanti l’intero impianto del diritto del lavoro interno⁴. Prima della regolazione europea del fenomeno, infatti, in Paesi come il nostro, la giurisprudenza era orientata nel disapplicare il diritto straniero tramite la clausola di ordine pubblico (da ora “o.p.”) e nel ritenere che il significato di questa si estendesse a tutto l’impianto di regole del lavoro presenti nell’ordinamento (anche) in virtù della connotazione costituzionale che il lavoro ha nella Carta fondamentale⁵.

mations of work: challenges for the national systems of labour law and social security, Giappichelli, 2018, pp. 1171-1180; FRANKART, DORSEMONT, MORSA, TRAVERSA (a cura di), *Le travail détaché face au droit européen - Perspectives de droit social et de droit fiscal*, Larcier, 2019; nonché LOFFREDO, *Datore di lavoro transnazionale e dumping sociale nell’Unione europea*, in questo numero della rivista.

² È quanto si rinviene dalla lettura dell’art. 3.7 della direttiva 96/71/CE.

³ Vedi i considerando 1 e 5, della dir. 96/71/CE.

⁴ Vedi *ex plurimis* ORLANDINI, *La disciplina comunitaria del distacco dei lavoratori fra libera prestazione di servizi e tutela della concorrenza: incoerenze e contraddizioni nella direttiva n. 71 del 1996*, in *ADL*, 1999, 2, p. 469. Sul principio di territorialità nel diritto del lavoro transnazionale, secondo la prospettiva tradizionale della giurisprudenza italiana, v. GIUBBONI, *Norme imperative applicabili al rapporto di lavoro, disciplina del distacco ed esercizio di libertà comunitarie*, in questa rivista, 2008, 3, p. 543 ss.

⁵ Per la giurisprudenza italiana, sino a metà degli anni ’90, il *favor laboris* era considerato di o.p., costituendo un principio generale dell’ordinamento, che ispirava i principi della Costituzione, perché inteso ad equilibrare i poteri delle parti del rapporto che l’autonomia contrattuale non era in grado di bilanciare, cfr. Cass. 6 settembre 1980 n. 5156, in *RIDL*, 1982, II, p. 42; Cass. 25 maggio 1985 n. 3209, in *GI*, 1985, I, p. 659 ss.; Cass. 29 novembre 1985 n. 5977,

A causa degli effetti di rottura che questa lettura del concetto di o.p. generava per gli obiettivi di mercato della (allora) Comunità europea, il suo utilizzo è stato invece fortemente ridimensionato nella pratica, a seguito della direttiva 96/71/CE; la forte influenza protezionistica che promanava dal considerare di o.p. tutte le regole nazionali di diritto del lavoro, ritenendo così incompatibili le leggi straniere, è stata giudicata in contrasto con la libera prestazione dei servizi nell'Unione e – come si dirà meglio in avanti – ha portato a un'interpretazione restrittiva del concetto, in base alla quale sono state escluse le regole appartenenti ai singoli Stati nazionali e la qualificazione di o.p. è stata accettata solo per le disposizioni comuni, enucleate nelle fonti europee⁶.

Sotto il profilo giuridico, vi è poi da considerare che il distacco transnazionale è crocevia di materie, interessando anche il diritto internazionale privato (da ora “d.i.p.”), che si occupa di individuare la legge applicabile quando il caso esaminato abbia collegamenti con ordinamenti diversi. Le funzioni, i metodi regolativi e gli obiettivi che le fonti di d.i.p. attuano in relazioni contrattuali a carattere internazionale, come il distacco transnazionale, non coincidono, tra l'altro, né sono semplicisticamente assimilabili, a

in *Mass. GC*, 1985, p. 11; Cass. 7 marzo 1986 n. 1530; Cass. 30 novembre 1994 n. 10238, in *Mass. GC*, 1994, p. 11; Cass. 1 giugno 1995 n. 6136, in *RDIPP*, 1997, p. 418; Cass. 27 marzo 1996 n. 2756, in *RDIPP*, 1997 p. 469. Per una rassegna delle posizioni giurisprudenziali, cfr. MAGNANI, *Il diritto applicabile ai rapporti di lavoro internazionali tra legge e contratti collettivi*, in *DLRI*, 1998, 20, p. 75 ss.; POCAR, *Protezione del lavoratore e legge applicabile al rapporto di lavoro*, in *RDInt*, 1981, p. 47. A ben vedere, comunque, ciò era anche il portato di una regolazione del conflitto tra leggi, rimessa alle sole norme del Codice Civile (artt. 17-31 preleggi), in assenza di una disciplina interna – poi prevista con l. 31 maggio 1995 n. 218 –, tesa a garantire certezza e prevedibilità del diritto applicabile. Ha parlato, invece, di ragioni legate al retaggio corporativo, GIUBBONI, *op. cit.*, p. 545.

⁶ Ciò accadeva mentre, con l'allargamento a Est dell'Unione, si ampliavano le differenze regolative tra gli Stati membri e progrediva il fenomeno – dai pericolosi contorni sociali – del trasferimento della produzione di beni e servizi verso Paesi con leggi sul lavoro meno protettive e costose. Si sono poste, così, le basi anche per la diffusione delle *letterbox companies*, imprese create *ad hoc* in Paesi con regole sul lavoro meno “onerose”, le quali assumono i lavoratori per poi distaccarli nello Stato in cui la prestazione deve essere svolta. Vedi, di recente, BRINO, GRAGNOLI, *Le imprese multinazionali e il rapporto di lavoro*, in *RGL*, 2018, 2, p. 213 ss.; SUPLOT, *Quale giustizia internazionale nel XXI secolo?*, in *RGL*, 2016, 3, I, p. 666 ss. In una prospettiva diversa, che approfondisce il fenomeno delle delocalizzazioni dal punto di vista dei Paesi emergenti, evidenziando come esso entri a far parte delle dieci forze che hanno consentito di livellare le differenze con i Paesi industrializzati, v. FRIEDMAN T.L., *Il mondo è piatto. Breve storia del ventunesimo secolo*, Mondadori, 2006.

quelli del diritto europeo. Prima di poterci perciò occupare del significato che il diritto del lavoro eurounitario ha riconosciuto all'o.p. (§ 5), tenendo anche conto del ruolo che tale concetto acquisisce nei rapporti con imprese non appartenenti all'Unione europea (§ 6), è necessario iniziare la nostra analisi con una breve premessa sulle regole relative all'esecuzione dei rapporti di lavoro con profili internazionali (di cui, come anticipato, il distacco transnazionale è una variante peculiare, § 2-4). Il risultato atteso dalla ricerca è di verificare se sia compatibile con il diritto eurounitario un'applicazione dell'o.p., richiamato all'art. 3.10 della direttiva 96/71/CE, che presidi valori fondamentali affermati anche solo negli Stati membri (§7-8).

2. *Tutele e legge applicabile ai contratti di lavoro nel regolamento Roma I*

I criteri di collegamento internazionalprivatistici per il riconoscimento della legge applicabile ai contratti di lavoro sono attualmente previsti nel regolamento UE del 17 giugno 2008 n. 593, cd. Roma I (da ora "Regolamento"), che – pur conservandone in sostanza l'impostazione teleologica – ha sostituito, con il suo art. 8, l'art. 6 della Convenzione di Roma del 1980.

Anche per i rapporti di lavoro, lo schema proposto dal Regolamento è principalmente funzionale a garantire la certezza nella designazione della legge applicabile, restando in secondo piano – seppur presenti – le finalità di giustizia materiale, legate alla tutela della parte debole. La protezione del lavoratore dà impulso al comma 1 dell'art. 8, di cui si dirà tra poco; le disposizioni seguenti invece segnano la prevalenza a cui si è accennato. Salvo il caso in cui la legge applicabile sia stata scelta dalle parti, il comma 2 indica come criterio di collegamento il luogo di esecuzione abituale del lavoro, mentre il comma 3 stabilisce che, in via sussidiaria, si applichi la legge dello Stato in cui il lavoratore è stato assunto (comma 3), riferendosi ai casi – rari – in cui non si riesca ad accertare un unico Stato in cui il lavoro è svolto abitualmente; infine, è fatta salva, al comma 4, la clausola di eccezione, che ammette di applicare, in ogni caso, una legge diversa da quella designata secondo i precedenti criteri, ove il rapporto di lavoro abbia un collegamento più stretto con uno Stato diverso⁷.

⁷ V. C. Giust. 15 marzo 2011, C-29/10, *Heiko Koelzsch*, pt. 46, e 12 settembre 2013, C-64/12, *Schlecker*, pt. 44. L'operatività dell'eccezione ammette maggiore discrezionalità per il giu-

Specie la formulazione di questa clausola – rimasta immutata rispetto alla Convenzione di Roma – lascia intendere la volontà di garantire un'impostazione “flessibile” ai criteri di collegamento, di modo che la legge più prossima al caso sia valorizzata a prescindere dalla concreta rilevanza di altri elementi, anche se questi suggeriscono collegamenti con leggi diverse e più protettive⁸.

Nei criteri previsti all'art. 8, l'intento di tutelare il contraente debole è comunque attuato tramite la prima parte della disposizione che ammette di derogare alla legge scelta dalle parti, quando essa è meno favorevole al lavoratore (art. 8 § 1): la previsione protegge il prestatore di lavoro che, nella fase costitutiva del rapporto, può essere stato indotto ad accettare la clausola della scelta – rinunciando così a una parte cospicua dei suoi diritti –, per non perdere l'opportunità di lavorare.

Ciononostante, sta di fatto che la disposizione non garantisce tutele soddisfacenti nei contesti transnazionali attuali, in cui le imprese, per abbattere il costo del lavoro, sono in grado di far coincidere la legge meno onerosa e protettiva, con quella applicabile secondo i criteri internazionali di collegamento.

È il caso del lavoratore impiegato per la maggior parte del suo orario di lavoro in missioni ripetitive da svolgere in Stati diversi – che non consentono di accertare uno Stato di esecuzione *abituale* del lavoro (si pensi, a esempio, alla logistica) –, e che sia assunto da una succursale situata, per ragioni di convenienza, in un Paese con un basso costo del lavoro; o del lavoratore impiegato abitualmente in uno Stato diverso da quello in cui l'impresa ha

dice rispetto a quella concessa, in generale, per gli altri contratti dall'art. 4 § 3 del Regolamento: solo per il contratto di lavoro, infatti, il richiamo al principio di prossimità non è condizionato alla *chiarezza* dell'esistenza di rapporti *manifestamente* più stretti con l'altro ordinamento.

⁸ La Corte si è più volte orientata nel ritenere applicabile la legge più “prossima” al caso – anche se meno favorevole al lavoratore –, valorizzando elementi di fatto come il luogo in cui il lavoratore versa le imposte ed è iscritto al sistema di previdenza sociale, nonostante che la prestazione fosse stata eseguita, per lungo tempo e senza interruzione, in un altro Stato, v. C. Giust. sentenza *Schlecker*, cit., punti da 34 a 38. In tema di contratti di lavoro, il maggiore indice di “rigidità” del Regolamento è – quasi come per paradosso – nella parte dispositiva del testo, laddove si precisa che la presenza *temporanea* del lavoratore in un altro Paese – che, come tale, non genera un cambiamento della legge applicabile – si desume dal fatto che, dopo aver eseguito la prestazione all'estero, il lavoratore deve riprendere il lavoro nel suo Paese di origine (considerando 36): anche da ciò viene in rilievo la preferenza per regole che tentano di preservare la certezza nei rapporti giuridici, circoscrivendo gli effetti sulla legge applicabile che derivano dall'esecuzione del lavoro in Paesi diversi.

attivato i rapporti fiscali e previdenziali, al fine di garantirsi – applicando la legge di questo, secondo il criterio di prossimità *ex art. 8, co. 4 del Regolamento* – un costo di manodopera più basso.

In tali evenienze, l'inderogabilità delle norme imperative – siano o meno queste relative alla legge scelta dai contraenti – perde il suo rilievo garantistico: le norme che dovrebbero imporsi ai contraenti sarebbero infatti quelle appartenenti all'ordinamento meno protettivo, sul quale è stata l'impresa a far convogliare i presupposti di fatto del caso.

Occorre, pertanto, riflettere, e spostare la nostra attenzione sul modo con cui il sistema internazionalprivatistico risponde a operazioni come quelle che il lavoro transnazionale propone di frequente oggi, in cui la legge ritenuta inderogabile dalle regole di conflitto può divenire una *fake rule*, formalmente garantista per la parte debole ma, in sostanza, parte dell'ingranaggio di selezione delle regole artatamente prefigurato dagli operatori economici di livello transnazionale.

3. *Rapporti tra diritto internazionale privato e frode alla legge*

La più incisiva tecnica di contrasto all'elusione delle regole di conflitto sarebbe impedire di applicare quelle leggi che sono designate in base a presupposti di fatto rivelatisi fittizi, perché stabiliti dai contraenti al sol fine di sottoporre il contratto a regole meno rigide di quelle previste dalla legge che sarebbe competente secondo i criteri del d.i.p.

Tale meccanismo, però, non procurerebbe gli effetti benefici a prima vista prospettabili, perché porrebbe in discussione la coerenza dell'intero sistema di d.i.p.: sarebbe infatti anomalo ammettere l'uso di meccanismi invalidanti come la frode alla legge in sistemi di d.i.p. che, nelle fonti, indicano come principio fondamentale proprio la libera scelta del diritto applicabile da parte dei contraenti; così come sarebbe piuttosto discutibile sottoporre la corretta designazione della legge all'onere di provare il carattere fittizio dei presupposti fattuali.

Non è un caso, infatti, che riferimenti espressi al concetto di frode non erano presenti prima nella Convenzione di Roma, né sono oggi riportati nel Regolamento, che ha disciplinato la materia delle obbligazioni contrattuali riguardanti uno o più Stati UE.

Ciononostante, le fonti internazionalprivatistiche non sono di certo

estranee a meccanismi di contrasto all'uso elusivo delle regole di conflitto: anzi, è risaputo che, nella realtà delle cose, i contraenti tendono a scegliere la regola dell'ordinamento da cui conseguono i vantaggi più consistenti⁹. Allo stesso modo, si sa che per la regolazione dei rapporti transnazionali esiste una competizione tra regole, se non tra ordinamenti¹⁰, che fomenta le differenziazioni di trattamento e la riduzione delle tecniche di difesa dei diritti.

Nel sistema europeo, poi, il modo con cui è disciplinata l'integrazione degli Stati membri non consente ancora di temperare tali fenomeni. È ancora *in progress* l'auspicato processo di armonizzazione delle normative, con cui rendere omogenei i trattamenti e migliore l'allocazione delle risorse; senza considerare, tra l'altro, il giudizio di chi revoca in dubbio che dall'omogeneità regolativa derivi un maggior benessere generale¹¹. Inoltre, si assiste a una *crisi* nel conseguimento degli obiettivi sovranazionali di politica del diritto che sono sottesi a tale processo di integrazione europea, sia per la non sempre leale cooperazione dei legislatori nazionali sia per le non irrilevanti diver-

⁹ Cfr. *ex plurimis* MARINAI, *Frode alla legge e abuso del diritto nel diritto internazionale privato dell'Unione europea*, in *DUE*, 2017, 3, p. 485 ss.; GESTRI, *Mutuo riconoscimento delle società comunitarie, norme di conflitto nazionali e frode alla legge*, *RDInt*, 2000, p. 67 ss.

¹⁰ ALPA, *La competizione tra ordinamenti: un approccio realistico*, in ZOPPINI (a cura di), *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, Laterza, 2004, p. 52 ss. Ma in generale si faccia riferimento all'intera opera, che ben mette in evidenza quale sia l'andamento del mondo del diritto che, nelle sue diverse branche (diritto societario, amministrativo, privato, ecc.), tende a divenire un *super-market* da cui individui e società attingono i prodotti (le regole) più adatte alle proprie esigenze. In tal senso, il lavoro si apprezza per il tentativo di approcciare al tema dalle diverse angolature degli Autori che vi hanno contribuito, rispondendo al quesito principale posto, e cioè quale debba essere la misura della uniformità normativa da adottare, affinché l'allocazione delle risorse pubbliche e private sia la più armonica possibile per il mercato unico e per la promozione della giustizia sociale.

¹¹ Vedi, sul punto, la posizione di ZOPPINI nel volume a sua cura (ID., *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, cit., p. 24), in cui si rileva che "la regola che impone una disciplina tassativa uniforme [...] non produce effetti parimenti uniformi nel mercato unico, perché incide su un segmento del mercato le cui caratteristiche non sono le medesime negli ordinamenti europei", in base a un ragionamento proposto per l'applicazione della direttiva europea sul ritardo nei pagamenti (dir. 2000/35 CE del 29 giugno 2000, attuata con il d.lgs. 9 ottobre 2002 n. 231), ma che fa emergere un problema molto sentito nel distacco transnazionale, ove la parità di trattamento retributiva con i lavoratori dell'Ovest può incidere in maniera decisiva sulla capacità delle imprese dell'Est di appaltare servizi nell'Europa Occidentale, perché esse dovrebbero retribuire i loro lavoratori distaccati con salari fino a 9 volte superiori a quelli dovuti per lo stesso lavoro eseguito nei confini nazionali (v. i dati Eurostat, 2018, in cui tale differenziale emerge tenendo conto della media dei salari minimi bulgari (261 euro mensili) rispetto a quelli lussemburghesi (1999 euro mensili)).

genze di contenuto nell'attuazione delle direttive all'interno degli ordinamenti degli Stati membri¹².

Rinviando in avanti il discorso relativo al diritto eurounitario, sul piano del d.i.p., comunque, la lotta ai fenomeni di elusione delle norme imperative interne ha imboccato strade diverse rispetto a quelle cui si sarebbe giunti con lo strumento della frode, intervenendo cioè con l'uso di *strumenti correttivi* degli effetti dati dall'applicazione della legge designata.

Con questi, in pratica, si provvede ad adattare il contenuto della legge straniera applicabile, ai valori essenziali dell'ordinamento del foro, evitando al contempo che la legge espressione della scelta di comodo di entrambi o di uno dei contraenti – a esempio, il datore di lavoro, quale parte forte del rapporto – sia estromessa *tout court*.

I caratteri di tale intervento sono la “non neutralità” del metodo, che non si propone solo di risolvere il conflitto tra leggi, ma anche di valorizzare gli interessi sensibili di uno o entrambi i contraenti; e, ai fini della coerenza interna dell'ordinamento, la “essenzialità” delle regole del foro ammesse a integrare la legge applicata.

In sintesi, e ai nostri fini, si può dire che il metodo correttivo protegge il contraente debole, valorizzando “natura” e “scopo” delle norme e ponendo in secondo piano la “volontà” dei contraenti.

Sotto il profilo della tecnica normativa usata – il cd. *dépeçage* –, tale metodo richiede che il contenuto della norma elusa integri o si sostituisca alla corrispondente parte della legge applicata, sia che concerni la costituzione del rapporto sia che attenga al suo adempimento. In questo modo, da un lato, i criteri di collegamento – e la volontà dei contraenti – sono rispettati fino a un certo punto, e cioè fino a quando essi sono compatibili con la *ratio* delle regole del foro che si considerano irrinunciabili; dall'altro, le potenziali scelte elusive sono neutralizzate, senza che sia necessario giungere alla prova – in taluni casi diabolica – dell'intento fraudolento da parte di uno o di tutti i contraenti.

È opportuno altresì evidenziare che, tramite la correzione degli effetti della legge applicabile, si consente al Giudice non solo di intervenire quando

¹² Un caso emblematico, in tal senso, è proprio quello della direttiva 96/71/CE, che in alcuni Stati fu recepita secondo un approccio minimalista, con l'introduzione cioè delle sole garanzie minime in essa richieste (Regno Unito, in particolare), mentre, in altri Stati membri, l'occasione del recepimento fu colta per ampliare il novero delle tutele a favore dei lavoratori distaccati (Italia, Francia, Norvegia, ecc.).

si realizzano fenomeni patologici, di conclamata elusione delle regole normalmente applicabili (quando cioè i contraenti aggirano i criteri di collegamento, rendendo competente a regolare il contratto, la legge a essi più favorevole), ma anche di operare sulla fisiologica scelta delle regole di conflitto. In particolare, il carattere della “non neutralità” rispetto agli interessi dei contraenti – ammesso nell’assetto attuale del d.i.p. – fa in modo che si possa intervenire nel sistema di designazione astratta delle leggi, correggendo il risultato applicativo, anche quando esso sia giudicato solo “indesiderabile” secondo l’ordinamento del foro.

Queste brevi considerazioni sul metodo qualificatorio nel d.i.p. danno modo di contestualizzare l’ambito di operatività dell’o.p., che è infatti il principale strumento di correzione degli effetti della legge applicabile; è a partire da esse che, per il prosieguo della ricerca, ci si soffermerà sul livello dei contenuti valoriali che nel d.i.p. caratterizzano questo concetto. Ciò sarà utile a confrontare, più avanti, le sue modalità applicative con quelle in uso nel sistema della direttiva 96/71/CE, ove l’orientamento prevalente assegna al concetto di o.p., richiamato all’art. 3.10, contenuti riconducibili di fatto solo al livello sovranazionale.

4. Metodo correttivo della legge applicabile. Profili storici sull’ordine pubblico

La propensione a utilizzare l’o.p. per valorizzare, in maniera più o meno differenziata, interessi e tipicità delle culture nazionali – anche a discapito del riconoscimento di regole univoche per la soluzione dei conflitti tra leggi – iniziò a essere messa in discussione all’inizio del ‘900; in paesi come la Francia, dove l’o.p. aveva ricevuto già una massiccia applicazione giurisprudenziale, si giunse a ipotizzare che il suo utilizzo potesse generare contraddizioni – rispetto all’armonizzazione cui è rivolto ontologicamente il d.i.p. – potenzialmente *distruttive* per la materia¹³.

¹³ In questo senso, si vedano gli autori francesi citati da QUADRI R., *Lezioni di diritto internazionale privato*, Liguori, 1969, p. 359, tra cui in particolare LEWALD, *Questions de droit International des successions*, in *Recueil des cours*, 1925, 9, p. 39. Non è un caso che si sia giunti a ritenere l’o.p. capace di cancellare gli effetti del d.i.p. Le prime teorie che, in maniera più articolata, tentarono di definirne l’essenza, si basavano sull’impostazione manciniana secondo cui le norme territoriali di o.p. escludono a priori il funzionamento stesso del d.i.p. e la conseguente possibilità di dare applicazione a norme straniere. Tale assunto – criticabile già per la scelta di esteriorizzare

In questo periodo, anche in Italia si aprì uno dei più accesi dibattiti di teoria generale sull'o.p.: la Scuola storica del diritto e la Scuola italiana di d.i.p. si confrontarono a partire da tesi diverse sull'origine e la misura dei contenuti dell'o.p., identificati, a seconda della prospettiva, come nazionali o internazionali¹⁴.

In particolare, secondo i fautori della Scuola storica del diritto, l'ingresso di leggi straniere era vietato quando queste affermavano regole e principi contrari ai valori comuni della comunità di diritto, intendendo come tale la comunità sociale e giuridica dei Paesi europei, essendo questi accomunati dalle origini cristiano-giudaiche. Di converso, l'applicazione dell'o.p. quale strumento di verifica del rispetto di tali valori non poteva includere valori nazionali ulteriori, essendo ciò in contrasto con l'apertura, verso la comunità superiore di diritto, cui si aspirava. A ciò si aggiungeva il profilo pratico del paventato pericolo di aprire spazi interpretativi troppo ampi per la giurisprudenza che, diversamente opinando, avrebbe potuto limitare l'ingresso di leggi straniere (non solo se contrarie ai principi comuni dei popoli civili, caratteristici della comunità sociale e giuridica dei Paesi europei, ma) anche se queste fossero contrarie solo a principi particolari della singola comunità statale¹⁵.

Ciò che, al contrario, sostenevano gli appartenenti alla Scuola Italiana, a partire da Stanislao Mancini, era il riconoscimento della sovranità e indipendenza statali e la conseguente necessità di rifarsi a un modello di relazioni tra il livello locale e quello superiore di regole diverso dal "medioevale", su cui sembrava basarsi la Scuola storica. Ammettere nel proprio territorio le leggi di uno Stato straniero, perché conformi ai principi della "comunità di diritto", voleva dire ritornare al modello dello *ius commune*, dimenticando il

la funzione dell'o.p. dalle finalità del d.i.p., nonostante anch'esso sia uno strumento teso a garantire l'armonia e la coerenza di un ordinamento statale – è stato alla base di tesi successive, secondo le quali l'o.p. agirebbe prima e fuori da ogni indicazione del d.i.p. e, nel campo in cui opera, non lascerebbe spazio – a prescindere dal contenuto delle norme – al diritto straniero; in tal senso, vedi le critiche alla dottrina citata (QUADRI R.) proposte da BARILE, *I principi fondamentali della comunità statale ed il coordinamento fra sistemi (L'ordine pubblico internazionale)*, Cedam, 1969, p. 57.

¹⁴ Sulle differenze relative all'origine dell'o.p. e, in generale, sul suo funzionamento secondo le due Scuole citate, cfr. BENVENUTI, *Comunità statale, comunità internazionale e ordine pubblico internazionale*, Giuffrè, 1977, p. 20 ss.

¹⁵ In questo senso, si vedano i lavori di Autori come Fadda, Bensa, oltre alla stessa opera di Savigny, per come ricostruiti da BENVENUTI, *op. cit.*, p. 29 ss.

significato che l'affermazione degli Stati nazionali aveva acquisito in ciascuno degli Stati europei. In questa prospettiva, quindi, l'o.p. nazionale doveva servire a escludere le norme di altri Stati – pur appartenenti alla medesima comunità europea di diritto – che fossero contrarie a istituti o specifiche discipline interne, considerate necessarie per il benessere della comunità nazionale e da valorizzare in base alle specificità del proprio contesto culturale e sociale¹⁶.

In questa ottica, anche la suggestione “pratica”, secondo cui l'uso troppo ampio della categoria dell'o.p., avrebbe minato il fine della armonizzazione delle regole tra gli Stati, perdeva di slancio concreto, se si pensa al fatto che è il principio stesso dell’“universalismo” delle regole di d.i.p. a non scaldare più l'animo dei fautori di queste tesi.

Si precisò così che la connotazione “internazionale” dell'o.p. – che già nel pensiero di Savigny era accettata e ricondotta ai valori della “comunità di diritto” – avesse concreto senso giuridico fino a quando i principi fondamentali della comunità internazionale coincidevano con quelli dello Stato che vi apparteneva. Al contempo, le divergenze tra principi “internazionali” e delle singole comunità nazionali erano risolti ritenendo i secondi meritevoli di protezione e perciò prevalenti, perché espressione dell'indipendenza e sovranità degli ordinamenti giuridici nazionali¹⁷.

5. *L'ordine pubblico “internazionale” nel percorso di adattamento alle fonti eurounitarie*

Il d.i.p. moderno ha così accolto la tesi della natura interna (o nazionale) dell'o.p.¹⁸. Nella seconda metà del secolo scorso, infatti, il problema è divenuto di carattere essenzialmente terminologico, e la dottrina prevalente, e più accreditata, ha condiviso la precisazione secondo la quale gli aggettivi

¹⁶ BARILE, *op. cit.*, p. 30 ss.

¹⁷ BARILE, *op. cit.*, p. 31 ss.; BENVENUTI, *op. cit.*, p. 32; PALAIA, *L'ordine pubblico “internazionale”*, Cedam, 1974, p. 19 ss.

¹⁸ V. *ex plurimis* BARBA, *L'ordine pubblico internazionale*, in *RDC*, 2018, 2, p. 404; FERACI, *L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione europea*, Giuffrè, 2012, p. 23 ss.; VILLANI, DI FABIO, SBORDONE, *Nozioni di diritto internazionale privato*, Esi, 2013, p. 57; LOTTI, *L'ordine pubblico internazionale*, Giuffrè, 2005, p. 67; FUMAGALLI, *Considerazioni sull'unità del concetto di ordine pubblico*, in *Comunicazione e studi*, 1985, p. 607.

“interno” o “internazionale” accostati all’o.p. non identificherebbero l’origine dei principi e dei valori che il concetto intende preservare, che sono, in entrambi i casi, *interni* allo Stato, in base alle indicazioni già poste dalla Scuola Italiana, a cui si è fatto prima richiamo¹⁹. Tali aggettivi sarebbero invece espressivi dell’ambito di operatività: che è quello internazionale, quando l’o.p. è adoperato come limite all’ingresso di leggi straniere incompatibili²⁰; mentre è interno, ove il concetto sia richiamato per fattispecie, a rilievo solo nazionale, in cui si richiede di limitare gli effetti di atti posti da privati, ritenuti contrari a un interesse pubblico prevalente²¹.

Si è consolidata anzi, per ciò che riguarda l’ambito internazionale, la convinzione che il carattere interno dell’o.p. abbia una ragione propria evidente: esso, da un lato, ha la funzione di rompere con i vincoli imposti dalla comunità internazionale, o comunque rispondenti alle esigenze relative alle relazioni tra gli Stati, quando occorre tutelare particolari esigenze nazionali; d’altro canto, invece, consente la salvaguardia di valori di rilievo universale o

¹⁹ Cfr. FERACI, *op. cit.*, p. 23; TIMELLINI, *L’incidenza del principio di ordine pubblico sull’individuazione della disciplina dei rapporti di lavoro all’estero*, in *DL*, 2003, I, p. 233.

²⁰ Cfr. DEL VECCHIO, *Il lavoro italiano all’estero*, Aracne, 2017, p. 88. Questa interpretazione dell’o.p. ha, in passato, portato a estendere larga parte della disciplina lavoristica alle fattispecie internazionali. Come si è detto in precedenza (v. *supra*, nota 5), sino a metà degli anni ’90, la giurisprudenza italiana qualificava il principio del *favor laboris* come di o.p., ritenendo applicabile ai rapporti di lavoro internazionali l’intera normativa di diritto del lavoro italiano, anche quando la legge designata fosse straniera (v. TIMELLINI, *op. cit.*, p. 223; MAGNANI, *op. cit.*, p. 75 ss.).

²¹ Nel diritto privato, il concetto di o.p. è stato identificato, in passato, con il complesso delle disposizioni inderogabili da atti dell’autonomia privata. Già nel secolo scorso, comunque, la dottrina internazionalprivatistica, che faceva capo alla cd. Scuola italiana – seguendo posizioni di studiosi di altri Paesi, come la Francia –, precisò come tale assimilazione fosse contraddetta dalle disposizioni stesse del Codice Civile, laddove, all’art. 1343, si distingue chiaramente la contrarietà alle norme imperative dalla contrarietà all’o.p. (v. PALAIA, *op. cit.*, p. 25). Inoltre, tale identificazione era incompatibile con una lettura unitaria dell’o.p., secondo il significato acquisito nel d.i.p.: si evidenziò, infatti, che l’inderogabilità delle norme nazionali da parte dei privati era superabile dai privati stranieri che disponevano in Italia, in base alle leggi straniere dichiarate applicabili dal d.i.p., perché i limiti all’autonomia privata, posti dalle leggi interne inderogabili, erano più estesi di quelli di o.p., che impedivano di applicare la norma straniera. Il concetto di o.p. nel d.i.p., infatti, supera la fase in cui si riteneva coincidesse con il principio di territorialità – che faceva di esso, un’ipotesi comune di competenza legislativa tipica dell’applicazione di una legge territoriale – iniziò a essere considerato, anche dalla dottrina italiana, come un limite eccezionale, destinato a impedire l’applicazione di norme straniere in contrasto con esigenze fondamentali della *lex fori*. Sul punto, v. SPERDUTI, *Norme di applicazione necessaria e ordine pubblico*, in *RDIPP*, 1976, 3, p. 489; MORELLI, *Elementi di diritto internazionale privato italiano*, Jovene, 1986, p. 84.

comuni agli Stati con un elevato standard di evoluzione dei propri diritti, ogni volta che questi sono ritenuti fondamentali e irrinunciabili (anche) per lo stesso ordinamento nazionale.

Questa ricostruzione deve essere ora confrontata con le fonti del diritto eurounitario, in modo da verificare se essa sia applicabile all'indagine che si sta svolgendo sul distacco transnazionale dei lavoratori.

Poiché anche l'Unione europea si basa su principi fondamentali il cui rispetto è essenziale per la coerenza interna e il perseguimento dei fini che tale sistema integrato si pone, gli studiosi di d.i.p. hanno evidenziato che, tra i meccanismi di protezione dei valori fondamentali europei – al pari di quanto accade negli Stati nazionali –, vi è un concetto di o.p., proprio dell'ordinamento giuridico sovranazionale²², che ha applicazione sia nei rapporti tra Stati membri sia in quelli con Paesi terzi. L'apertura a questo concetto, portato di plurime elaborazioni dottrinali, non ha condotto finora a una sua perspicua definizione; senza un dato normativo nelle fonti eurounitarie, si è parlato infatti di o.p. di livello europeo, sovranazionale o, ancora, dell'Unione europea, pur senza far venire in rilievo elementi selettivi di differenziazione. L'incertezza lessicale non è comunque da sopravvalutare non generando né effetti sostanziali sulle regole da preservare né tantomeno i problemi qualificatori che hanno interessato l'o.p. quando è stato aggettivato come “internazionale” o “interno”.

Più del dato terminologico è opportuno occuparsi delle lacune dell'ordinamento eurounitario che l'o.p. può colmare, avendo ben chiaro che, quando si tratti di difendere valori concernenti l'Unione, esso non potrà che esprimere solo principi e regole appartenenti a tale ordinamento.

6. *L'ordine pubblico europeo nei rapporti con i Paesi terzi*

Come si diceva, una prima peculiare applicazione dell'o.p. europeo viene in rilievo per i rapporti internazionali che, in modo diverso, coinvolgono Paesi terzi²³. È possibile infatti che, pur in presenza di rilevanti con-

²² FERACI, *op. cit.*, p. 355; MARINO, *Metodi di diritto internazionale privato e tutela del contraente debole nel diritto comunitario*, Giuffrè, 2010, p. 331 ss.; DEL VECCHIO, *op. cit.*, p. 95; STRUYCKEN, *L'ordre public de la Communauté Européenne*, in AA.VV., *Liber amicorum Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008.

²³ MARINO, *op. cit.*, p. 342; FERACI, *op. cit.*, p. 113 ss.

nessioni con il territorio degli Stati membri, si applichi – in base ai criteri di collegamento enunciati nel Regolamento – la legge di uno Stato terzo, e che essa poi contenga previsioni incompatibili con i valori dell’Unione.

Quando la legge extraeuropea opera fuori dal territorio degli Stati membri non sarà certamente sottoposta ai limiti del diritto eurounitario; non è, però, vero l’inverso, e cioè che la legge terza sia soggetta al diritto eurounitario quando ha effetti nel territorio dell’Unione europea. Il Regolamento, infatti, ha previsto una clausola di salvaguardia degli obiettivi di interesse generale dell’ordinamento europeo che opera soltanto quando *tutti* gli elementi del contratto siano legati al territorio dell’Unione (art. 3.4). È stabilito cioè che le norme imperative del diritto europeo si applichino anche se le parti hanno scelto la legge di un Paese terzo, ma in tal caso il contratto deve essere legato, in tutti i suoi elementi, a uno o più Stati membri²⁴.

La tecnica utilizzata dal Regolamento previene le ipotesi di frode al diritto eurounitario perpetrate dai contraenti che decidono di applicare una legge extraeuropea – perché a essi più favorevole –, sebbene il contratto non presenti alcun contatto con l’ordinamento di quest’ultima; tale garanzia si presenta, invece, del tutto insoddisfacente nei casi – che ben possono caratterizzare il distacco di lavoratori da Paesi non membri – in cui il contratto, pur non essendo eseguito in tutto o in parte nel territorio di uno Stato terzo, presenta con esso dei collegamenti, che ne motivano l’applicazione della relativa legge.

In tali casi, per rispondere alla logica di vietare l’ingresso di leggi di Paesi terzi incompatibili con i vincoli del diritto eurounitario, l’o.p. europeo può svolgere un ruolo di correzione degli effetti della legge, di sicuro interesse per gli obiettivi dell’Unione²⁵.

L’o.p. consente, innanzitutto, la possibilità di preservare l’operatività dei principi fondamentali del diritto primario, in un’ottica che, in relazione ai rapporti di lavoro e non solo – si badi – è essenziale per permettere che, nel mercato interno, la concorrenza tra imprese non sia falsata da accordi privati che, adottando regole diverse, fissino vantaggi nella produzione di beni e/o l’erogazione di servizi, da commercializzare sul territorio degli Stati membri

²⁴ Con riferimento alla disciplina precedente della Convenzione di Roma, cfr. BONOMI, *Le norme imperative nel diritto internazionale privato*, Verlag, 1998, p. 23, nota 41; v. *etiam* FERACI, *op. cit.*, p. 121 ss.

²⁵ In questo senso, BONOMI, *Conversion of the Rome Convention into an EC Instrument. Some remarks on the green paper of the EC Commission*, in *YPIL*, 2003, p. 53 ss.

(art. 101 Tfu). Specie i trattamenti economico-normativi riconosciuti ai lavoratori da leggi di un Paese terzo costituiscono, a pieno titolo, componenti capaci di alterare la competizione tra le imprese operanti nel mercato europeo, creando così il noto *dumping*, grazie alla possibilità di stabilirsi fuori dal territorio europeo per godere di regole meno rigide e protettive.

Da questo punto di vista, inoltre, tenuto conto di alcune pronunce della Corte di Giustizia²⁶, una illustre dottrina tedesca, in particolare, si è orientata nel ritenere che anche la normativa derivata di diritto eurounitario, se rivolta a garantire interessi ritenuti fondamentali, possa essere inclusa tra le disposizioni da ritenere di o.p. europeo²⁷.

Quando si è trattato di commentare il caso *Igmar* – in cui la Corte ha diapplicato la legge di un Paese terzo contraria alle norme della direttiva sugli agenti di commercio (86/653/CE), qualificando queste come imperative nei confronti di una società con sede negli Stati Uniti – si è sostenuto in senso critico che il giudice inglese del rinvio, in realtà, avesse posto la questione pregiudiziale di conformità al diritto dell'Unione sulla base del concetto di o.p. e che ciò deponesse nel senso di ritenere opponibili alle leggi di Paesi terzi solo disposizioni europee qualificate²⁸; in effetti, risolvendo la connessione tra strumenti di d.i.p. e diritto eurounitario, nel senso di sostituire le leggi designate, appartenenti a Paesi terzi, ogni volta che esse sono contrarie alle norme imperative del diritto derivato, vi sarebbe un'impropria estensione del campo applicativo di questi atti, nonché il contrasto con il richiamato art. 3.4 del Regolamento Roma I, che consente tale effetto estensivo solo se *tutti* gli elementi pertinenti alla situazione sono situati in uno o più Stati membri.

²⁶ V. C. Giust., sentenza 9 novembre 2000, C-381/98, *Igmar*, con nota di VENEZIA, *L'applicazione necessaria degli artt. 17 e 18 della direttiva n. 86/653 sui contratti di agenzia ed il trattamento di fine rapporto nella legge inglese di attuazione*, in DCSI, 2001, p. 303 ss.; ADOBATI, GIANGROSSI, *Necessaria applicabilità della normativa comunitaria in tema di contratto di agenzia indipendentemente dalla legge che regola il contratto*, in DCI, 2001, p. 725 ss.; C. Giust., sentenza 1 giugno 1999, C-126/97, *Eco Swiss*, con nota di ANTONIOLI, *Inoppugnabilità e disapplicabilità degli atti amministrativi*, in RIDPC, 1999, 6, p. 1353 ss.

²⁷ BASEDOW, *Recherches sur la formation de l'ordre public européen dans la jurisprudence*, in AA.VV., *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde. Le droit international privé: esprit et méthodes*, Dalloz, 2005, p. 57; in senso solo analogo, FERACI, *op. cit.*, secondo cui le norme di diritto derivato dell'Unione opponibili alle leggi di Paesi terzi sarebbero quelle di applicazione necessaria, le quali si differenziano da quelle di o. p. europeo (p. 119), salvo "casi eccezionali" in cui hanno "forza cogente tale da assurgere, allo stesso tempo, a principio di ordine pubblico" (p. 132), in base a una ripartizione interna alla categoria di tali norme non meglio definita nei suoi profili selettivi.

²⁸ BASEDOW, *op. cit.*, p. 57.

Si è perciò evidenziato come il criterio qualitativo per distinguere le norme europee opponibili a legislazioni di Paesi terzi possa basarsi sulla capacità della norma di diritto derivato di stabilire *condizioni minime ed essenziali* per il rispetto dei principi fondamentali del diritto eurounitario²⁹; solo per tali condizioni – che sarebbero di ordine pubblico europeo, perché necessarie a preservare gli scopi stessi dell’ordinamento giuridico eurounitario – sarebbe consentito derogare alle regole precostituite dal d.i.p., facendo esse da “filtro” e permettendo il passaggio solo di leggi conformi all’ordinamento dell’Unione, al quale lo Stato membro – a cui è collegato il caso – ha devoluto (benché parzialmente) la sua sovranità normativa.

Attuando questo modo di intendere l’o.p. europeo, ai lavoratori assunti da imprese situate in Paesi terzi meno sviluppati e impiegati in distacco in uno Stato membro, si giunge in maniera apprezzabile a bilanciare, anche in questa materia, l’interesse di preservare il sistema europeo di competizione degli operatori economici, con la necessità di dare una coerenza normativa all’ordinamento giuridico integrato. Di norma, come noto, la designazione della legge scelta dai contraenti ovvero stabilita in base ai criteri di collegamento di d.i.p., previsti per i contratti di lavoro dall’art. 8 del Regolamento, può condurre ad applicare, durante il periodo di distacco, la legge del Paese terzo anche quando questa è meno favorevole rispetto agli *standard* previsti nelle direttive europee, che regolano il fenomeno all’interno degli Stati membri. È pur vero che lo stesso Regolamento enuclea strumenti per preservare i lavoratori, quali contraenti deboli, come le norme non derogabili dai contraenti (art. 8.1)³⁰, o quelle di applicazione necessaria (art. 9)³¹; le prime, però, come si è già detto³², non consentono di estendere la loro finalità di protezione anche ai casi in cui, dalle regole di risoluzione del conflitto tra leggi, risulti designata una legge meno protettiva per i lavoratori; le seconde,

²⁹ Cfr. BERTOLI, *Corte di Giustizia, integrazione comunitaria e diritto internazionale privato e processuale*, Giuffrè, 2005, p. 445 ss.

³⁰ V. i contributi di DE CESARI, “Disposizioni alle quali non è permesso derogare convenzionalmente» e «norme di applicazione necessaria» nel Regolamento Roma I, e CLERICI, *Quale favor per il lavoratore nel Regolamento Roma I?*, in BARIATTI, VENTURINI, *Nuovi strumenti del diritto internazionale privato*, Giuffrè, 2009, rispettivamente p. 257 ss. e p. 215 ss.

³¹ V. i contributi di BONOMI, *Prime considerazioni sul regime delle norme di applicazione necessaria nel nuovo Regolamento Roma I sulla legge applicabile ai contratti*, e MENGGOZZI, *I conflitti di leggi, le norme di applicazione necessaria in materia di rapporti di lavoro e la libertà di circolazione dei servizi nella Comunità europea*, in BARIATTI, VENTURINI, *op. cit.*, rispettivamente p. 107 ss. e p. 701 ss.

³² V. *supra* § 2.

invece, nella prospettiva che si sta adottando, non sarebbero escluse, quanto piuttosto “assorbite” nel concetto stesso di o.p., essendo cioè ritenute norme di dettaglio che esprimono i medesimi suoi valori³³.

Pur non potendo, in questa sede, argomentare su un tema tipico del d.i.p., si tenga conto che, sotto il profilo assiologico, non può essere exceptio granché in contrario all’assimilazione funzionale tra o.p. e norme di applicazione necessaria (da ora “n.a.n.”), che la dottrina italiana e straniera³⁴ aveva prospettato, sin dall’iniziale elaborazione di queste come categoria giuridica, quando cioè si riconobbe la necessità di considerare alcune norme, per il loro rilievo, in grado di derogare alle leggi designate secondo i criteri del d.i.p.

La definizione di n.a.n. proposta più avanti nel Regolamento, per il suo dettato così generale e onnicomprensivo – “norme ritenute cruciali per la salvaguardia di interessi pubblici, quali l’organizzazione politica, sociale o economica di uno Stato” –, non ha chiarito la questione, impedendo anzi, data la sua formulazione, di accertare una scala di valori, di rango o tipologia, diversi da quelli di o.p.

Le differenze su cui ci si è soffermati per valorizzare l’autonomia delle n.a.n. dall’o.p. hanno riguardato il loro diverso momento di intervento nell’ambito della qualificazione della legislazione applicabile: le prime applicate, per la loro importanza, in via *preventiva* rispetto alla legge designata e, pertanto, operanti a prescindere da essa³⁵; il secondo, invece, considerato filtro di

³³ Tra gli Autori più accreditati che convengono su questa posizione v. SPERDUTI, *op. cit.*, p. 481; MALINTOPPI, *Le norme di applicazione necessaria fra diritto positivo e politica legislativa*, in *RDI*, 1977, p. 825 ss.; per la dottrina giuslavoristica, v. ORLANDINI, *Il rapporto lavoro con elementi di internazionalità*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT* - 137/2012, p. 29 ss., che nota però tale profilo, guardando alla giurisprudenza della Corte di Giustizia.

³⁴ Per la dottrina italiana vedi, tra gli altri, gli Autori citati alla nota precedente. Per quella francese e tedesca, cfr. FRANCESKAKIS, *Conflicts de lois (principes généraux)*, in *RDID*, 1968, p. 479; MANN, *Unfair Contract Terms Act 1977 and the Conflict of Laws*, in *ICLQ*, 1978, p. 664; BUCHER, *L’ordre public et le but social es lois en droit international privé*, in *ReDC*, 1993, p. 34 ss.

³⁵ Da questo punto di vista, si sottolinea che, da un lato, l’operatività “preventiva” delle n.a.n. è discussa quando esse prevedono di derogare alla legge straniera che non rispetta gli standard minimi del diritto interno – è il caso dell’art. 3.7, della dir. 96/71/CE, che applica le n.a.n. del Paese di destinazione, ma ammette che si applichino quelle del Paese di origine se più protettive per i lavoratori distaccati –, casi in cui occorre un giudizio comparativo logicamente incompatibile con il presunto carattere preventivo. Allo stesso modo, l’operatività “successiva” dell’o.p. non trova giustificazione per le disposizioni che esprimono principi fondamentali dell’ordinamento del foro – si pensi ai principi di proporzionalità e sufficienza

sicurezza solo *successivo* alla designazione della legge, perché capace di disapplicarla solo dopo un precipuo giudizio di incompatibilità con i valori del foro³⁶.

Inoltre, è stato in maniera condivisibile evidenziato che le n.a.n. sono regole dettagliate, definite nel loro campo di applicazione a carattere internazionale, mentre l'o.p., operando per definizione come concetto indeterminato, può manifestarsi sia tramite norme di dettaglio sia con i principi generali fondamentali dell'ordinamento³⁷.

Queste precisazioni, però, non valgono a mettere in discussione il fatto che entrambi gli strumenti di deroga alla legge applicabile operino a difesa di valori dello stesso rango, cioè quelli chiamati a garantire la coerenza interna dell'ordinamento giuridico – siano espressi da norme di dettaglio o principi generali –, perché rispetto a essi nessun adeguato criterio di selezione si dimostra in grado di differenziarne i contenuti sotto il profilo assiologico.

Si condivide, allora, la tesi che ritiene n.a.n. quelle formulate in dettaglio dalla legge, ma reputa le stesse, disposizioni di o.p., quando si tratti di accertare se il loro contenuto sia importante al punto da derogare alla legge straniera applicabile³⁸.

È da questa prospettiva che, quindi, l'o.p. europeo, quale tecnica di correzione degli effetti derivanti dalle leggi di Paesi terzi, impone di valutare in concreto la conformità della legge straniera con le condizioni minime imposte dalle disposizioni europee sul distacco transnazionale, considerate norme di o.p. nel senso di cui si è detto.

A tal proposito, il principio fondamentale della concorrenza *leale* tra le imprese che operano nel mercato (art. 101 Tfu) e – di riflesso – la lotta al ribasso nella misurazione delle condizioni di lavoro, come tecnica competitiva, sono i valori essenziali di o.p. europeo, da cui deriva l'estensione del diritto derivato anche ai casi in questione. Ai lavoratori assunti da imprese di Paesi terzi saranno, pertanto, applicate condizioni minime di protezione come quelle dettate all'art. 3.1, dir. 96/71/CE, inclusi: a) la retribuzione, secondo

della retribuzione, ai sensi dell'art. 36 Cost. – e si applicano prima che si sappia cosa dispone questa o quella legge straniera.

³⁶ VILLANI, DI FABIO, SBORDONE, *op.cit.*, p. 63 ss.; DEL VECCHIO, *op. cit.*, p. 105 ss.

³⁷ SPERDUTI, *op. cit.*, p. 481 ss.

³⁸ Cfr. SPERDUTI, *op.cit.*, p. 473 ss.; MALINTOPPI, *op.cit.*, p. 825 ss.; *contra* cfr. MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale. Parte generale e obbligazioni*, Utet, 2017, p. 264; LOTTI, *op. cit.*, p. 83.

l'ampia e maggiormente protettiva definizione datane con la direttiva 2018/957/UE³⁹; b) i limiti di durata al distacco – posti anch'essi in questa direttiva –, che segnano il confine temporale oltre cui il lavoratore impiegato nel Paese ospitante deve essere considerato parte integrante del mercato di tale ordinamento e, pertanto, anche destinatario di tutte le leggi in esso previste (v. art. 3.1 *bis* dir. 96/71/CE⁴⁰); c) e, ancora, gli indici previsti dalla direttiva *enforcement* 2014/67/UE per verificare l'autenticità del distacco e combattere i comportamenti fraudolenti intesi a eludere la legge applicabile ai rapporti internazionali (o definiti tali, dalle parti).

7. *Ordine pubblico europeo vs tutele dei lavoratori nei confronti dell'impresa beneficiaria del lavoro in distacco*

Il concetto di o.p. europeo che, però, più interessa ai nostri fini riguarda i rapporti di lavoro in cui il prestatore viene distaccato in un altro Paese membro. Com'è noto dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, in tali casi, la disciplina contenuta nella direttiva 96/71/CE – ampliata dalla direttiva 2014/67/UE e modificata dalla direttiva 2018/957/UE – è quella a cui gli Stati membri ospitanti si attengono: sia per la definizione delle condizioni *minime* di lavoro da imporre alle imprese distaccanti, sia per escludere misure ulteriori che non siano – secondo il disposto dell'art. 3.10, dir. 96/71/CE – di o.p.⁴¹.

Si comprende, quindi, l'interesse che il concetto di o.p. richiamato nella direttiva ha acquisito, nell'ottica di estendere a questi lavoratori le ulteriori prerogative previste dallo Stato del distacco quando le leggi del Paese di origine sono meno protettive; interesse, del resto, particolarmente sentito dopo

³⁹ Sulle modifiche introdotte dalla nuova direttiva v. ROCCA, *op.cit.*, pp. 1171-1180.

⁴⁰ Come introdotto dall'art. 1, paragrafo 2, lett. b), della direttiva 2018/957/UE.

⁴¹ Sui vari significati attribuiti al concetto di o.p. enunciato all'art. 3.10, dir. 96/71/CE cfr. NADALET, *L'attuazione della Direttiva 96/71 sul distacco*, e FRANZINA, *Questioni relative al distacco del lavoratore nel diritto internazionale privato della Comunità europea*, in *LD*, 2008, 1, rispettivamente a pp. 37 ss. e 119 ss.; v. *etiam* ORLANDINI, *La disciplina comunitaria del distacco dei lavoratori*, cit., p. 465; PALLINI, *La tutela dell'"ordine pubblico sociale" quale limite alla libertà di circolazione dei servizi nel mercato UE*, in VIMERCATI (a cura di), *Il conflitto sbilanciato: libertà economiche e autonomia collettiva tra ordinamento comunitario e ordinamenti nazionali*, Cacucci, 2009, p. 197 ss.; CARABELLI, *Europea dei mercati e conflitto sociale*, Cacucci, 2009, p. 67.

l'allargamento a Est dell'Unione, che ha ampliato i differenziali di diritti e garanzie sul lavoro nei sistemi degli Stati membri⁴².

A considerare la giurisprudenza europea, invero, il concetto di o.p., già negli altri ambiti in cui è stato usato per applicare regole rivelatesi incompatibili con le libertà economiche, è stato interpretato in senso restrittivo⁴³. Tale orientamento è stato confermato, per il distacco transnazionale, prima dalla Commissione⁴⁴ e poi dalla Corte di Giustizia con la sentenza *Commissione c. Granducato di Lussemburgo*⁴⁵. In particolare nella decisione, dando seguito alle pronunce anteriori all'entrata in vigore della direttiva 96/71/CE, nelle quali il corretto uso delle regole del distacco transnazionale era stato sottoposto al principio di mutuo riconoscimento⁴⁶, la Corte ha assoggettato a tale principio anche i margini d'azione dell'o.p.⁴⁷, richiedendo che lo Stato del distacco possa applicare ai lavoratori distaccati nel suo territorio tutele ulteriori rispetto a quelle dell'art. 3.1, solo se lo Stato di provenienza non garantisce a essi misure corrispondenti⁴⁸.

⁴² Vedi, di recente, il caso dei lavoratori rumeni impiegati nei cantieri navali olandesi, riportato da VAN HOEK, *Re-embedding the transnational employment relationship: a tale about the limitations of (EU) law?*, in *CMLR*, 2018, p. 449 ss., nel cui scritto si evidenzia la relazione tra il distacco transnazionale e il concetto sociologico di "embeddedness".

⁴³ Con riferimento alle materie oggetto di armonizzazione da parte del diritto eurounitario, v. BERTOLI, *op.cit.*, p. 376; MARINO, *op.cit.*, p. 331 ss. Più in generale vedi la dottrina citata alla nota 27. Per la giurisprudenza europea, in materia di libertà di prestazione di servizi, cfr. C. Giust. 14 ottobre 2004, C-36/02, *Omega*, in *Racc.* I-9609, punto 30; C. Giust. 14 marzo 2000, C-54/99, *Scientology Church*, in *Racc.* I-01335, punto 17; in materia di libera circolazione delle persone, cfr. C. Giust., 31 gennaio 2006, C-503/03, *Commissione/Spagna*, in *Racc.* I-1097, punto 45.

⁴⁴ Escludendo che i contenuti dell'o.p. possano essere decisi in maniera discrezionale dagli Stati membri, cfr. Com (2003) 458 def. del 25 luglio 2003, punto 4.1.1.

⁴⁵ V. C. Giust., 19 giugno 2008, C-319/06, *Commissione delle Comunità europee/Granducato di Lussemburgo*, punti 34-44 e 50, su cui v. *ex plurimis* DEFOSSEZ, *Directive 96/71/EC concerning the posting of workers in the framework of the provision of services*, in AA.VV., *International and European Labour Law. A Commentary*, Hart, 2018, p. 661 ss.; ORLANDINI, *Ordine pubblico e dumping sociale nel mercato interno dei servizi*, in *RDSS*, 2008, 3, p. 663 ss.

⁴⁶ *Commissione/Lussemburgo*, cit., punto 31.

⁴⁷ *Commissione/Lussemburgo*, cit., punto 42.

⁴⁸ Valorizzando le parti della sentenza in cui si analizzano le disposizioni sul contratto a termine e a tempo parziale, nonché quelle sulla forma scritta – tutte materie regolate da direttive europee –, è stato evidenziato che le condizioni di lavoro che gli Stati membri possono ritenere di o.p., estendendone l'applicazione ai prestatori di servizi stranieri, se relative a materie già regolate dal diritto derivato europeo, devono coincidere con (e non superare) il livello minimo di tutela stabilito dalle stesse fonti europee. Si veda *amplius, infra*, ma anche il puntuale commento

Se ne trae, così, un arretramento delle possibili forme di protezione espresse dall'o.p., da spiegare nei termini che seguono: in primo luogo, la sua minore incisività non deriva genericamente dal fatto che la sentenza lo definisca uno strumento eccezionale rispetto al principio della libertà di prestazioni di servizi⁴⁹. Anche laddove l'impresa non fosse tutelata da tale libertà economica e l'uso dell'o.p. seguisse le regole di d.i.p. – e in particolare il disposto dell'art. 21 del Regolamento – esso troverebbe attuazione solo nelle limitate ipotesi in cui occorre disapplicare la legge regolatrice del contratto, perché in contrasto coi valori essenziali dello Stato del foro: casi, insomma, gravi e rari almeno quanto quelli in cui, dopo aver accertato che la legge regolatrice del contratto (*rectius* la legge dello Stato di origine) *non* prevede misure sostanzialmente analoghe a quelle dello Stato del distacco, la giurisprudenza europea consente di applicare – oltre alle disposizioni dell'art. 3.1, dir. 96/71/CE anche – le misure di o.p. di quest'ultimo ordinamento⁵⁰.

In secondo luogo, e giungendo al punto saliente da cui deriva la differente incidenza in termini di tutele applicabili, che l'o.p. può garantire nella fattispecie del distacco transnazionale, vi è da precisare che la sentenza fa un uso atipico del principio del mutuo riconoscimento. Sin dalla sua elaborazione con la sentenza *Cassis de Dijon*⁵¹, tale principio è stato usato come al-

di ORLANDINI, *Ordine pubblico e dumping sociale*, cit., p. 669; v. *etiam* MARINO, *op. cit.*, p. 342-343, nonché, più di recente, TRAVERSA, *Il distacco dei lavoratori*, in CARINCI F., PIZZOFERRATO, *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, Giappichelli, 2018, p. 196.

⁴⁹ *Commissione/Lussemburgo*, cit., punto 30.

⁵⁰ Trattazioni specifiche meriterebbero, poi, due particolari profili: il primo è quello in cui la tutela garantita dallo Stato d'origine, essendo "sostanzialmente analoga", ma non corrispondente a quella prevista nello Stato di destinazione, violi i diritti fondamentali previsti in questo ordinamento – in proposito, si vedano le sentenze C. Giust. sentenza 15 marzo 2001, C-165/98, *Mazzoleni*, punto 40 (in cui la Corte rimette al giudice nazionale il compito di appurare se ai lavoratori distaccati spettava una retribuzione minima complessivamente analoga, ma comunque inferiore, a quella riconosciuta ai lavoratori locali, perché a questi si applicano maggiori oneri fiscali e previdenziali), o la sentenza *Omega*, cit., punti 36-37 (in cui la Corte, dopo aver precisato che la misura restrittiva dello Stato ospitante deve essere proporzionata e necessaria, ha evidenziato anche che tale misura non è richiesto sia espressione di una concezione condivisa da altri Stati membri, relativamente alle modalità di tutela di un diritto fondamentale). Un differente, ma altrettanto interessante, profilo di indagine è poi quello analizzato da CARABELLI, *op. cit.*, p. 68 ss., che approfondisce la relazione tra il concetto di o.p. e quello di "motivi imperativi interesse generale", elaborato dalla Corte di Giustizia e applicato in materia di libertà fondamentali.

⁵¹ C. Giust. 20 febbraio 1979, C-120/78, *Rewe Zentral (Cassis de Dijon)*. Su tale principio, per la dottrina giuslavoristica, cfr. *ex plurimis* SANTAGATA, *La nuova direttiva sui servizi*, in questa rivista, 2006, 3, p. 599 ss.

ternativa alla previsione di discipline europee di diretta armonizzazione affinché, quando non fosse possibile giungere a norme sovranazionali comuni, per le insanabili diversità nei principi ispiratori delle leggi nazionali, si potesse comunque pervenire a normative nazionali omogenee, capaci, da un lato, di favorire l'esercizio nel mercato interno delle libertà fondamentali previste nei Trattati e, dall'altro, di tutelare le tradizioni culturali e legislative di ciascuno Stato membro⁵².

Nel caso sottoposte, invece, la Corte esclude il diritto dei lavoratori distaccati alle maggiori tutele previste (e giudicate di o.p.) dal legislatore lussemburghese, in tema di contratti a tempo determinato e parziale, nonché di obblighi di forma, evidenziando che per tali istituti è applicabile una disciplina di livello europeo: si precisa, in particolare, che lo Stato membro di origine di tali lavoratori è competente a imporre e controllare l'applicazione delle direttive 91/533/CE, 99/70/CE e 97/81/CE, e che gli stessi obblighi, se imposti anche dallo Stato di destinazione, sarebbero di ostacolo all'esercizio della libertà di prestare servizi da parte delle imprese distaccanti⁵³.

In questa maniera, la sentenza contribuisce a fornire una definizione "europea" del concetto di o.p., aggiungendo a esso un nuovo parametro di valutazione, legato al controllo degli obblighi del diritto europeo derivato.

⁵² La Corte di Giustizia consente che tale principio sia derogato quando le restrizioni alle libertà fondamentali dei Trattati, previste dalle normative nazionali, sono giustificate da "ragioni imperative di interesse generale". La verifica che la Corte richiede in tali casi ai giudici nazionali è comunque molto rigorosa: affinché una misura interna possa derogare al principio di mutuo riconoscimento, limitando così l'esercizio delle libertà fondamentali, si richiede che essa sia obiettivamente necessaria a raggiungere l'obiettivo perseguito (principio di necessità) – da qui la verifica del fatto che nel Paese di origine non esista già una norma uguale o sostanzialmente analoga a quella richiesta dal Paese di destinazione, v. C. Giust., sentenza 28 febbraio 1996, C-272/94, *Guiot*; sentenza 23 novembre 1999, riuniti C-369/96 e C-376/96, *Arblade*, punti 48 e 51; sentenza 25 ottobre 2001, C-49/98, *Finalarte*, punto 44; sentenza del 28 gennaio 2016, *Laezza*, C-375/14, punto 31; sentenza 9 marzo 2017, C-342/15, *Gertraud*, punto 53; sentenza 19 dicembre 2018, C-375/17, *Stanley* – e, inoltre, che l'obiettivo posto non sia perseguibile con una misura meno restrittiva per l'esercizio della libertà fondamentale derogata (principio di proporzionalità) – v. C. Giust., sentenza 24 gennaio 2002, *Portugaia Construções*, punti 29-30; *Arblade*, cit., punto 39; *Finalarte*, cit., punto 51; sentenza 7 febbraio 2002, C-279/00, *Commissione c. Repubblica Italiana*, punto 20; sentenza del 17 marzo 2011, *Peñarroja Fa*, C-372/09 e C-373/09, punto 54.

⁵³ V. *Commissione c. Lussemburgo*, cit., punto 41. L'interpretazione della sentenza data nel testo è generalmente condivisa. Oltre ai commenti di Orlandini, Traversa e de Mozzi citati alle note 48 e 55, cfr. PALLINI, *op. cit.*, p. 156; anche per l'analisi della giurisprudenza della Corte di Giustizia precedente alla sentenza, cfr. FALLON, *L'exception d'ordre public face à l'exception de reconnaissance mutuelle*, in VENTURINI, BARIATTI, *op. cit.*, p. 341.

È chiaro che, in tal modo, la Corte si tiene nei gangli dell'indirizzo del legislatore europeo, secondo cui le regole sulla legge applicabile non possono contrastare coll'applicazione delle norme dell'ordinamento eurounitario⁵⁴: a tale risultato si giunge, però, con una tecnica eccentrica rispetto al modo con cui, di regola, la giurisprudenza europea applica il principio del mutuo riconoscimento, dal momento che la disciplina europea diviene anche parametro per valutare se le norme del Paese di origine sono “sostanzialmente analoghe” a quelle del Paese del distacco⁵⁵.

Questa maniera di operare, intendendo il vaglio sull'equivalenza delle discipline interne incentrato sul rispetto delle sole norme europee, ha suggerito così di rappresentare l'o.p., nella sua particolare versione “europea”⁵⁶, come un concetto monco della sua funzione tipica, di essere valvola di sicurezza di valori e regole *prima di tutto statali*. L'analisi dell'o.p. europeo, nel distacco transnazionale dei lavoratori tra Stati membri, ha condotto, infatti, a risultati molto diversi da quelli evidenziati prima per i Paesi terzi. Se per questi, esso ha permesso di estendere le regole basilari del diritto eurounitario, *aggiungendole* a quelle interne, di pari rango, appartenenti all'ordinamento del foro, il suo uso nei rapporti in distacco intraeuropei, proprio al fine di preservare una regola basilare del diritto eurounitario, qual è la libertà di prestazione di servizi dell'impresa distaccante – di cui non godono le imprese di Paesi terzi –, ha portato, invece, a *sottrarre* dai suoi contenuti i valori interni allo Stato del distacco incompatibili con tale libertà.

⁵⁴ Vedi l'art. 23 del Regolamento. Per il coordinamento tra le norme del Regolamento e quelle della direttiva 96/71/CE si condivide l'affermazione secondo cui, con la direttiva, il legislatore europeo ha previsto una tutela distinta e aggiuntiva, seguendo un obiettivo “specifico, ma complementare rispetto a quello del regolamento”, v. TRAVERSA, *Il rapporto di lavoro con elementi di transnazionalità*, cit., p. 391.

⁵⁵ In senso conforme ORLANDINI, *Ordine pubblico e dumping sociale*, cit., pp. 668–669, precisa che: “La Corte non fonda però un simile giudizio di «necessità» [...] sul fatto che tale normativa garantisca una tutela «sostanzialmente analoga» a quella prevista dalla legislazione dello Stato ospitante, ma sul fatto che essa rispetti gli standard minimi imposti dalle direttive di armonizzazione. Per effetto di tale impostazione i termini del confronto tra le due normative (dello Stato d'origine e ospitante) cambiano radicalmente”; cfr. *etiam* DE MOZZI, *La tutela dei lavoratori nell'appalto transnazionale*, in CARINCI M.T., CESTER, MATTAROLO, SCARPELLI (a cura di), *Tutela e sicurezza del lavoro negli appalti privati e pubblici*, Utet, 2011, p. 49.

⁵⁶ Parla di nozione sottratta alla sovranità statale, LOFFREDO, *Democrazia aziendale imprese transnazionali e dumping sociale*, Editoriale Scientifica, 2018, p. 117; giudica, invece, “ultrariduttiva” l'interpretazione dell'art. 3.10 proposta della sentenza Commissione c. Lussemburgo, IZZI, *Lavoro negli appalti e dumping salariale*, Giappichelli, 2018, p. 138. In senso critico rispetto alla sentenza, PALLINI, *op. cit.*, p. 197 ss.; v. *etiam* CARABELLI, *op. cit.*, p. 68 ss.; NADALET, *op. cit.*, p. 41.

Questa prospettiva non convince prima di tutto perché riconosce all'o.p. europeo una funzione di garanzia per l'applicazione del diritto eurounitario che, nel contesto in cui è posta in risalto, cede gran parte della sua utilità applicativa. L'uso dell'o.p. europeo è reso in tal modo una mera duplicazione del principio del primato del diritto eurounitario⁵⁷: le fonti europee sono infatti originariamente vincolanti non solo nel Paese del distacco, ma anche in quello di origine, ove ha sede l'impresa straniera distaccante, cosicché, anche in questo, in base al primato del diritto eurounitario, è già possibile disapplicare il diritto interno incompatibile⁵⁸. In tale contesto di regole, l'o.p. europeo non avrebbe alcun concreto "effetto utile"⁵⁹, se non di escludere dal riferimento dell'art. 3.10 le diversità valoriali dei singoli Stati membri, che invece andrebbero preservate alla luce dell'art. 67 Tfu⁶⁰. Per queste ragioni, allora, anche nel distacco transnazionale tra gli Stati membri, l'o.p. previsto nella direttiva 96/71 deve ritenersi abbia una connotazione internazionalistica – coincidendo con l'o.p. del foro dell'art. 21, Regolamento⁶¹ –, in base alla quale esso si qualificherà come strumento di garanzia per la coerenza interna *dei singoli ordinamenti*, (ma) nei limiti di compatibilità coi principi del mercato unico europeo.

⁵⁷ V. C. Giust. sentenza 9 marzo 1978, C-106/77, *Simmenthal*; C. Cost. 8 giugno 1984 n. 170, *Granital*.

⁵⁸ Anche quando lo Stato in cui ha sede l'impresa distaccante non ha recepito – o non ha recepito correttamente – una norma di diritto derivato eurounitario, posta a tutela del lavoratore, non sarà necessario invocare l'o.p. europeo (*contra* ORLANDINI, *Ordine pubblico e dumping sociale*, cit., p. 669), ma si terrà conto dell'efficacia diretta o meno della disposizione: se questa è direttamente applicabile, il giudice del caso evocherà il principio del primato e della diretta applicabilità della norma europea, disapplicando quella straniera incompatibile; al contrario, ove la norma europea non fosse incondizionata e sufficientemente chiara e precisa, da essere applicabile nei rapporti tra privati – priva cioè di efficacia diretta orizzontale –, il giudice potrà dare un'interpretazione del diritto straniero *conforme* a quello eurounitario – v. C. Giust. 22 novembre 2005, C-144/04, *Mangold*, in cui la Corte aggira il problema della disapplicazione della direttiva in un rapporto orizzontale, affermando che la legge tedesca si poneva in contrasto con il principio di non discriminazione in ragione dell'età; v. *etiam* C. Giust. 19 gennaio 2010, C-555/07, *Kücükdeveci* –, disapplicando il diritto interno in base a norme superiori – direttamente applicabili – poste a tutela dei medesimi obiettivi.

⁵⁹ Vedi, da ultimo, sull'effetto utile nel diritto eurounitario, anche da una prospettiva storico-dogmatica, RATTI, *L'argomento dell'effetto utile nell'espansione del diritto del lavoro europeo*, in *DLRI*, 2017, p. 499.

⁶⁰ Sul punto, già in questo senso, sia consentito rinviare a CORDELLA, *Transnational posting of workers between public policy and collective bargaining*, in PERULLI (a cura di), *New industrial relations in the era of globalization: a multilevel analysis*, Cedam, 2018, p. 129.

⁶¹ In senso conforme DEFOSSEZ, *op. cit.*, p. 660; DE MOZZI, *op. cit.*, p. 52.

Il passaggio ulteriore di cui tener conto, allora, riguarda il fatto che le norme di o.p. introdotte dagli Stati membri debbono pur sempre essere compatibili con il Trattato, e in particolare con la libertà di prestare servizi nell'Unione. Tale profilo, che è centrale e, non a caso, è stato valorizzato in profondità, dagli studiosi italiani e non, ha oscurato alcuni aspetti accessori, ma comunque non marginali, nell'ottica di chiarire le modalità applicative dell'istituto.

Premesso che, per tutelare la libertà dell'art. 56 Tfu, la giurisprudenza europea ha applicato il principio del mutuo riconoscimento secondo tecniche di bilanciamento risultate, spesso, poco condivisibili – specie, per le tematiche lavoristiche, nel *Laval Quartet*⁶² –, il discorso scientifico sull'uso dell'o.p. nel distacco transnazionale evidenzia che non sempre i contenuti di questo concetto contrastano o sono da bilanciare con gli interessi eurounitari legati alla libertà di prestare servizi transnazionali e che, in tali casi, i contenuti nazionali dell'o.p. sono ancora attuali e applicabili.

Una serie di tutele, infatti, sono acquisite dal lavoratore distaccato per il fatto di operare nel territorio del Paese del distacco, al servizio del destinatario della prestazione, il quale, salvo casi specifici⁶³, è un'impresa che ha stipulato un contratto con la distaccante. L'effettiva esecuzione della prestazione

⁶² In particolare sulle sentenze Viking e Laval – rispettivamente 11 dicembre 2008, C-438/05 e 18 dicembre 2007, C-341/05 – v. *ex plurimis*, ZOPPOLI A., Viking e Laval: la singolare andatura della Corte di giustizia (ovvero, l'autonomia collettiva negata), in questa rivista, 2008, I, p. 153 ss.; ESPOSITO M., Prestazione transnazionale di servizi e distacco dei lavoratori nel nuovo contesto comunitario, in questa rivista, 2006, 3, p. 571 ss.; LO FARO, Diritti sociali e libertà economiche del mercato interno: considerazioni minime in margine ai casi Laval e Viking, in LD, 2008, 1, p. 63. Tra la copiosa dottrina straniera v. DASHWOOD, Viking and Laval: issues of horizontal direct effect, in CYE, 2008, pp. 525-540; DAVIES, One step forward, two steps back? The Viking and Laval cases in the ECJ, in ILJ, 2008, 2, pp. 126-148; DEAKIN, Regulatory competition after Laval, in CYE, 2007, p. 581 ss.

⁶³ Da questo punto di vista si segnala che non sempre nel Paese del distacco la prestazione è svolta a beneficio di un soggetto dotato delle caratteristiche dell'impresa. L'ampia formula di “destinatario della prestazione”, prevista alla lett. a), dell'art. 1, comma 3, dir. 96/71/CE, apre alle ipotesi in cui la prestazione di servizi è svolta a favore di un committente-persona fisica (è il caso della *trasferta*, che ad esempio può essere necessaria per compiere un servizio di assistenza alla vendita presso il consumatore finale del prodotto; cfr. ORLANDINI, Mercato unico dei servizi e tutela del lavoro, Franco Angeli, 2013, p. 66). Ovvero, in relazione alla successiva lett. b), il caso dell'esecuzione dell'attività in distacco presso una succursale o un ufficio della distaccante, privi dei requisiti essenziali per acquisire la titolarità di un'attività economica complessa. Sulla nozione di impresa nel diritto comunitario v. BANO, La circolazione comunitaria di servizi labour intensive, in LD, 2008, 1, p. 12 ss. Ma, di recente, vedi nota INL n. 5398 del 10 giugno 2019.

a favore dell'impresa beneficiaria conferisce al lavoratore posizioni giuridiche nei confronti di questa, che non sono sottoposte ai limiti derivanti dalla libertà di prestazione di servizi; in tale relazione – che potremmo definire da contatto “sociale”⁶⁴ – l'impresa beneficiaria della prestazione opera nei confini del suo Stato di appartenenza, senza esercitare tale libertà economica e senza, pertanto, poter invocare a suo vantaggio le prerogative che da essa derivano. Il rapporto tra lavoratore distaccato e impresa destinataria della prestazione entra nel campo applicativo della direttiva perché si realizza secondo una delle ipotesi di distacco ammesse all'art. 1, par. 3, dir. 96/71/CE, ma rappresenta la parte della fattispecie complessa della quale l'ordinamento eurounitario si occupa meno. Il principale destinatario delle norme della direttiva è infatti il prestatore di servizi transnazionali (art. 1), il quale è estraneo all'applicazione delle regole nazionali che lo Stato del distacco pone a carico dell'impresa destinataria della prestazione.

Salve le specificità di casi singoli, quest'ultimo rapporto si pone in termini neutri rispetto alle finalità di tutela della libertà del prestatore di servizi, rientrando tra gli obiettivi della direttiva 96/71/CE allo scopo diverso di garantire un clima di leale concorrenza e misure che preservino i diritti dei lavoratori (considerando 5). Non a caso, le regole della direttiva 96/71/CE si applicano alle imprese che, distaccando lavoratori in un altro Stato membro, godono della libertà dell'art. 56 Tfu⁶⁵, ma le imprese nazionali – che ricevono la prestazione del lavoratore distaccato, ma non esercitano tale libertà – sono menzionate all'art. 3.10, ove si stabilisce che, in pari misura, a esse e a quelle di altri Stati membri, è imposto di applicare le condizioni di lavoro e di occupazione “laddove si tratti di disposizioni di ordine pubblico”. Nel rapporto tra lavoratore e impresa destinataria della prestazione, pertanto, si applicheranno a favore dei lavoratori le tutele di o.p. stabilite nello Stato del distacco e queste potranno operare senza i limiti legati al bilanciamento con l'interesse economico del prestatore di servizi.

Proprio perché riferito al diritto del lavoro, il discorso si fa molto interessante per il nostro Paese – e per gli altri come il nostro –, in cui vige

⁶⁴ Con specifico riferimento al rapporto tra lavoratore e utilizzatore, nell'ambito della somministrazione di lavoro, cfr. FERRARA M.D., *La tutela dei lavoratori somministrati: responsabilità ed obblighi in materia di salute e sicurezza*, in *DSL*, 2018, 1, p. 34 ss.

⁶⁵ In base all'art. 1, dir. 96/71/CE: “La presente direttiva si applica alle imprese stabilite in uno Stato membro che, nel quadro di una prestazione di servizi *transnazionale* (corsivo mio), distacchino lavoratori [...] in uno Stato membro”.

vincoli costituzionali a forte connotazione sociale e in cui, quindi, il ragionamento si addensa di contenuti: il criterio di designazione della legge in caso di distacco transnazionale, riconoscendo l'applicazione della legge dello Stato di origine, fa in modo, infatti, di imporre regole che possono essere molto diverse da quelle interne, sino al punto da intaccare diritti dei lavoratori che trovano fondamento e ragione nei principi generale dell'ordinamento.

8. *Alcune applicazioni dell'ordine pubblico nazionale ai lavoratori distaccati in Italia*

Un'elencazione perspicua dei diritti sul lavoro che sono parte del novero di quelli irrinunciabili – e perciò di o.p. – per il nostro Paese non è nei fini di questo scritto, né può dirsi auspicabile sotto il profilo metodologico; vi osta, in primo luogo, il significato che l'o.p. esprime, di concetto *indeterminato*, che ha la propria ragion d'essere nella capacità di risolvere antinomie che si rivelano nel caso concreto⁶⁶.

Tuttavia, nell'ottica di sviluppare un'analisi che trovi dimostrazione nel dato applicativo, è utile fornire qualche esempio dei contenuti nazionali dell'o.p., di cui potrebbero godere i lavoratori distaccati in Italia. Questo passaggio della ricerca si lega, sotto il profilo teorico, alle considerazioni già svolte quando si è sottolineato che, accanto ai contenuti del diritto europeo, nel concetto di o.p. rientrano i valori fondamentali del diritto nazionale; d'altronde, tale prospettiva è la stessa che in Italia è stata confermata di recente, da un importante arresto del giudice di legittimità, con la sentenza della Cassazione Sezioni Unite del 5 luglio 2017 n. 16601⁶⁷, nella quale è stato evidenziato come il recepimento del diritto sovranazionale non riduce l'ambito del controllo sulle norme straniere contrarie ai principi fondamentali interni all'ordinamento, ma *affianca* alla funzione storica dell'o.p. nazionale quella di promozione dei valori tutelati nell'Unione⁶⁸.

⁶⁶ *Ex plurimis*, BARBA, *op. cit.*, p. 408; LOTTI, *op. cit.*, p. 43 ss. Inoltre, la sua connotazione assiologica richiede sia rispettato anche il suo carattere *relativo*, cioè la mutevolezza dei valori che si propone di proteggere, che, a seconda del contesto storico, sono o no inclusi tra gli elementi identitari di un ordinamento giuridico, cfr. DI FABIO, SBORDONE, VILLANI, *op. cit.*, p. 58; QUADRI R., *op. cit.*, p. 400 ss.

⁶⁷ V. Cass. sez. un. 5 luglio 2017 n. 16601, con nota di ZARRA, *L'ordine pubblico attraverso la lente del giudice di legittimità: in margine a Sezioni Unite 16601/17*, in DCI, 2017, p. 722 ss.

⁶⁸ Le Sezioni Unite dopo aver evidenziato la profonda evoluzione che il concetto di o.p.

Più in particolare, allora, è utile proporre due esempi per tutti, di ipotesi in cui l'o.p. interno dovrebbe applicarsi ai lavoratori distaccati in Italia, nei confronti dell'impresa beneficiaria della prestazione: il richiamo al concetto di o.p. con connotazioni nazionali può acquisire particolare significato, prima di tutto, per i diritti di autonomia collettiva e di autodeterminazione sindacale. La garanzia costituzionale della libertà sindacale, espressa all'art. 39 Cost., si impone infatti quale fondamento del lavoro salariato in tutte le sue forme⁶⁹, senza ammettere limitazioni legate al tipo di rapporto e attribuendo così anche ai lavoratori distaccati per la durata della missione in Italia, i diritti di libertà e attività sindacale, tra cui la garanzia di partecipare alle assemblee dei dipendenti dell'impresa destinataria della prestazione. Poiché al lavoratore straniero distaccato in Italia spetterebbero, quindi, i diritti sindacali previsti

ha subito, da “complesso dei principi fondamentali che caratterizzano la struttura etico-sociale della comunità nazionale in un determinato periodo storico” (Cass. 1680/84) a filtro del “sistema di tutele approntate a livello sovraordinato rispetto a quello della legislazione primaria” (Cass. 1302/13), hanno confermato che il recepimento del diritto sovranazionale non comporta “la riduzione del controllo avverso l'ingresso di norme o sentenze straniere che possano minare la coerenza interna dell'ordinamento giuridico” e, anche qualora un istituto appartenente alla legge (o sentenza) straniera non trovi ostacoli nella disciplina europea, prima di poter essere applicato dovrà “misurarsi con il portato della Costituzione e di quelle leggi che, come nervature sensibili, fibre dell'apparato sensoriale e delle parti vitali di un organismo, inverano l'ordinamento costituzionale”. Si è così ribadito che il rapporto tra l'o.p. dell'Unione e quello di fonte nazionale non è di sostituzione, ma di autonomia e coesistenza (v. punto 6 della decisione): in particolare, nel caso esaminato, le Sezioni Unite si confrontano con un istituto non regolato dal diritto eurounitario – i danni punitivi – e, ciononostante, ritengono che alla legge straniera affermativa di tale forma di risarcimento sia opponibile l'o.p. in base ai (soli) principi costituzionali degli articoli da 23 a 25 (spiegando, poi, che ogni condanna a risarcimenti punitivi richiede di verificare se l'ordinamento straniero abbia o meno stabilito una espressa previsione sanzionatoria in tal senso). In materia di rapporti internazionali di lavoro, nel senso di considerare di o.p. i principi fondamentali del diritto interno, a prescindere dall'esistenza di una conforme normativa sovranazionale, si veda Cass. 26 aprile 2013 n. 10070, che applica il principio secondo cui l'accesso al pubblico impiego deve avvenire, di regola, mediante concorso pubblico. Nel senso, poi, di ritenere di o.p. solo i principi peculiari dell'ordinamento nazionale, che questo ha in comune con la generalità degli altri ordinamenti statali, si veda Cass. 26 novembre 2004 n. 22332, la quale però utilizza tale argomento per escludere alcuni diritti sul lavoro dal novero di quelli fondamentali (tfr e indennità accessorie), senza interrogarsi sul caso diverso in cui si tratti di regole che, seppur riconosciute solo dal diritto nazionale, siano ritenute fondamentali perché, ad esempio, presenti in Costituzione. Più in generale, per altre sentenze sul tema dell'o.p. nei rapporti di lavoro internazionali si vedano Cass. 22 febbraio 2013 n. 4545 e Cass. 19 luglio 2007 n. 16017.

⁶⁹ Sul punto, in relazione ai rapporti di lavoro con profili internazionali, già BRINO, GRANOLI, *Le imprese multinazionali*, cit., p. 212.

dalla l. 20 maggio 1970 n. 300, e successive modificazioni, le norme interne troverebbero immediata applicazione – come n.a.n. – e il loro significato non potrebbe che assumere la veste dell'o.p. interno, in base al rapporto tra n.a.n. e o.p. già spiegato prima⁷⁰.

Ulteriore caso di applicazione dei contenuti nazionali dell'o.p. potrebbe riguardare, inoltre, i lavoratori distaccati in Italia da prestatori di servizi stranieri *diversi* dalle agenzie interinali (per i quali, invece, è già previsto all'art. 3 dir. 96/71/CE si applichino le condizioni di fornitura del Paese ospitante); in tali ipotesi, valorizzando la connotazione nazionale dell'o.p., è possibile sottoporre le imprese italiane, che beneficiano delle prestazioni di lavoratori distaccati, ai divieti previsti per l'utilizzatore di lavoro somministrato dall'art. 32, d.lgs. 15 giugno 2015 n. 81 (operanti anche in caso di appalto o distacco non genuini⁷¹). Si tratta, in particolare, dei divieti di assunzione della manodopera da utilizzare in “sostituzione di lavoratori in sciopero” ovvero in “unità produttive nelle quali si è proceduto [...] a licenziamenti collettivi...” o, ancora, in “unità produttive nelle quali sono operanti una sospensione del lavoro [...] in regime di cassa integrazione guadagni” (art. 32 lett. a, b, c)⁷², per i quali l'ordinamento si propone, rispettivamente, di evitare che siano mitigati in maniera illegittima gli effetti del diritto di sciopero *ex art. 40 Cost.* e, nelle altre ipotesi, di scongiurare la realizzazione di un ricambio di personale contrario alla garanzia costituzionale dell'art. 4 Cost. e in frode al sistema di protezione sociale affermato all'art. 38 Cost.

Il fatto che in tali casi non si applichino le regole del lavoro somministrato – e degli altri modelli contrattuali di lavoro temporaneo, come quello intermittente o a termine –, crea le condizioni per un immediato pregiudizio

⁷⁰ V. *supra*, § 6.

⁷¹ La violazione dei limiti entro i quali il legislatore ammette ipotesi di interposizione della manodopera – come l'appalto e il distacco –, come noto, comporta l'applicazione in tali casi delle sanzioni stabilite per la somministrazione di lavoro irregolare cfr. *ex plurimis* DEL PUNTA, *Le molte vite del divieto di interposizione nel rapporto di lavoro*, in RIDL, 2008, 2, I, p. 142; CHIECO, *Somministrazione, comando, appalto. Le nuove forme di prestazione di lavoro a favore del terzo*, in CURZIO (a cura di), *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo 276/2003*, Cacucci, 2004, p. 147. Più di recente, sia consentito il rinvio a CORDELLA, *Appalti: nozione lavoristica e tutela dei crediti retributivi dei lavoratori*, in DRI, 2016, 2, p. 524. Di recente, sulla somministrazione transnazionale vedi l'attento contributo di SITZIA, *Contratto a termine, somministrazione e diritto europeo*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”. IT - 391/2019.

⁷² La lettera d) dell'art. 32 cit., relativa alla valutazione dei rischi per la sicurezza e la salute, si applica già ai lavoratori distaccati in Italia, essendo tra le materie indicate all'art. 3.1 della direttiva 96/71/CE, per le quali si adottano le norme dello Stato del distacco.

al buon funzionamento del mercato, perché consente tramite il distacco transnazionale di soddisfare esigenze di impiego ritenute non meritevoli di tutela dall'ordinamento interno; il rilievo di o.p. di questo divieto è insito innanzitutto nella sua estensione applicativa, includente non solo le assunzioni tramite lavoro somministrato, ma anche quelle disposte con altri strumenti contrattuali temporanei; inoltre, sotto il profilo qualitativo, esso intende preservare finalità di rilievo costituzionale, come il diritto al lavoro e allo sciopero, essenziali per la coerenza del sistema e incompressibili, in assenza di ragioni di bilanciamento con interessi di pari rango.

Abstract

Dopo una breve premessa sulle regole relative ai rapporti di lavoro con profili internazionali, il saggio si occupa di analizzare il significato del concetto di ordine pubblico nel distacco transnazionale, tenendo conto del suo ruolo anche nei rapporti con le imprese non appartenenti all'Unione europea. Nella parte finale, poi, l'Autore verifica se sia compatibile con il diritto eurounitario un'applicazione dell'ordine pubblico, che consenta di preservare valori fondamentali appartenenti al diritto del lavoro dei singoli Stati membri.

After a brief introduction on the rules concerning labor relations with international profiles, the essay deals with the concept of public policy in transnational posting, also taking into account its role in relationships with companies not belonging to the European Union. In the final part, therefore, the Author checks whether or not it is compatible with EU law, an application of the concept of public policy, which allows to protect the labor law's fundamental values provided by the single Member States.

Key words

Distacco dei lavoratori, ordine pubblico, lavoro transnazionale, diritto internazionale privato.

Posting of workers, public policy, transnational labor, private international law.

Federico Fusco

La *privacy* del lavoratore tra riforma dell'art. 4 St. lav. e regolamento generale sulla protezione dei dati personali

Sommario: 1. Introduzione. 2. La normativa sulla protezione dei dati personali letta in relazione al nuovo art. 4 St. lav. 3. ... *continua*: sull'idoneità della normativa sulla protezione dei dati personali a garantire il lavoratore contro un controllo eccessivamente pervasivo. 4. Il sistema sanzionatorio: inutilizzabilità (relativa) dei dati raccolti e repressione penale. 5. Conclusioni.

1. *Introduzione*

Come noto l'art. 23, co. 1, del d.lgs. 151/15 ha modificato l'art. 4 dello Statuto dei lavoratori e ha disegnato un assetto di interessi che, se da un lato mira indubbiamente ad ammodernare un testo normativo che, risalendo al 1970, stentava ad adattarsi agli attuali modelli produttivi (e, più in generale, di vita) oramai pervasi dall'uso di internet e di tecnologie digitali¹, dall'altro

¹ La bibliografia in tema di controlli a distanza è sterminata. Senza pretesa di esaustività v. AIMO, *Privacy, libertà di espressione e rapporto di lavoro*, Jovene, 2003; BELLAVISTA, *Il controllo sui lavoratori*, Giappichelli, 1995; BELLAVISTA, *Controlli elettronici e art. 4 Statuto dei lavoratori*, in *RGL*, 2005, II, p. 772 ss.; CALCATERRA, *Controllo sul lavoratore e agenzie investigative: compatibilità con lo Statuto dei lavoratori e tutela della privacy*, in *MGL*, 1999, p. 404 ss.; CARINCI F., *Rivoluzione tecnologica e diritto del lavoro*, in *DLRI*, 1985, p. 224 ss.; DEL'OLIO, *Art. 4 St. lav. ed elaboratori elettronici*, in *DL*, 1986, I, p. 487 ss.; DESSÌ, *Il controllo a distanza sui lavoratori. Il nuovo art. 4 Stat. lav.*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2017; GHEZZI, LISO, *Computer e controllo dei lavoratori*, in *DLRI*, 1986, 30, p. 353 ss.; INGRAO, *Il controllo a distanza sui lavoratori e la nuova disciplina privacy: una lettura integrata*, Cacucci Editore, 2018; NUZZO, *La protezione del lavoratore dai controlli impersonali*, Editoriale Scientifica, 2018; PERA, *Innovazioni tecnologiche e Statuto dei lavoratori*, in *QDLRI*, I, 1989; SANTORO PASSARELLI G., *Osservazioni in tema di artt. 3 e 4 St. lav.*, in *DL*, 1986, I, p. 460 ss.; TROISI, *Il diritto del lavoratore alla protezione dei dati personali*, Giappichelli, 2013; TULLINI, *Videosorveglianza a scopi difensivi e utilizzo delle prove di reato commesso dal dipendente*, nt. Cass. pen. 1 giugno 2010 n. 20722,

modifica gli equilibri in tema di controlli a distanza a vantaggio dei datori di lavoro.

Se, dunque, appare chiaro il fine perseguito dal legislatore, una simile conclusione non può essere raggiunta in ordine alla concreta portata della riforma. La novella, infatti, assoggetta il potere di controllo a distanza a un duplice ordine di limiti, i primi di natura procedurale, i secondi di natura sostanziale. Mentre quelli di matrice procedurale sono analiticamente specificati dall'art. 4 (che ai commi 1 e 3 individua in modo puntuale gli adempimenti necessari all'installazione degli strumenti dai quali possa discendere un controllo, nonché quelli per l'utilizzo, in relazione al rapporto di lavoro, delle informazioni raccolte), lo stesso non può dirsi per i limiti di natura sostanziale. Almeno per il più importante di essi, infatti, la norma, al comma 3, si limita a rinviare al Codice in materia di protezione dei dati personali (come, ovviamente, modificato, *ratione temporis*, dal Reg. UE2016/679 – o *GDPR* – cui nel prosieguo appare più opportuno fare riferimento)².

in *RIDL*, 2011, II, p. 86 ss.; VENEZIANI, *L'art. 4 legge 20 maggio 1970 n. 300: una norma da riformare?*, in *RGL*, 1991, I, p. 79 ss.; ZOLI, *Il controllo a distanza del datore di lavoro: l'art. 4, l. n. 300/1970 tra attualità ed esigenze di riforma*, in *RIDL*, 2009, I, p. 485 ss. Circa gli ostacoli che il vecchio art. 4 poneva all'introduzione di nuovi schemi organizzativi dell'attività di impresa v., per tutti, DE LUCA TAMAJO, *Presentazione della ricerca*, in DE LUCA TAMAJO, IMPERIALI D'AFFLITTO, PISANI, ROMEI, *Nuove tecnologie e tutela della riservatezza dei lavoratori*, FrancoAngeli, 1988, p. 9 ss. adde FUSCO, *Il pomo della discordia: il badge come strumento di controllo a distanza?*, in *RIDL*, 2011, II, p. 31 ss. Per un'analisi comparata v. FUSCO, *Employee privacy in the context of EU Regulation n. 2016/679: some comparative remarks*, in AA.Vv., *Performance Appraisal in Modern Employment Relations. An Interdisciplinary Approach*, Palgrave Macmillan, 2019.

² Detta circostanza ha spinto parte della dottrina a parlare di “inediti livelli di penetrazione del diritto della *privacy* nell'ambito del rapporto di lavoro” (MARAZZA, *Dei poteri (del datore di lavoro), dei controlli (a distanza) e del trattamento dei dati (del lavoratore)*, in *WP C.S.D.L.E.* “Massimo D'Antona”. *IT - 300/2016*, p. 5). Tale affermazione non pare, tuttavia, condivisibile in quanto, come dimostrato dai numerosi interventi del Garante per la protezione dei dati personali che si sono avuti già prima della novella *de qua*, la normativa sulla *privacy* pervade fin dalle sue origini la materia oggetto del presente studio. Al riguardo basti ricordare la deliberazione del 23 novembre 2006 n. 53 che detta linee guida in materia di trattamento dei dati personali del dipendente; il provvedimento dell'8 aprile 2010 in materia di videosorveglianza; la deliberazione del 1 marzo 2007 n. 13 che detta linee guida sull'uso della posta elettronica e internet; l'interpello del 28 novembre 2006 n. 6585 in tema di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori attraverso sistema informatico; la *newsletter* del 2 marzo 2009 n. 320 in tema di controllo delle impronte digitali per l'accesso ai luoghi di lavoro e la *newsletter* del 22 settembre 2009 n. 328 in tema di controllo datoriale sulla navigazione in internet del dipendente. La riforma dell'art. 4, dunque, piuttosto che rendere più pervasiva l'influenza della normativa sulla protezione dei dati in seno al rapporto di lavoro si limita a esplicitare un obbligo preesistente, ossia quello del datore di

Tale rinvio appare, *prima facie*, rassicurante e ciò sia perché la normativa sulla *privacy* costituisce un *corpus* altamente pervasivo e dotato di un alto grado di specificità, sia perché, proprio a causa di queste sue caratteristiche, essa rassomiglia a una mitica chimera la cui fama è nota a tutti, ma la cui portata rimane ai più misteriosa. Lungi dal poter ritenere sufficiente il richiamo in esame occorre, dunque, procedere a un'analisi della cennata normativa, onde accertare quale ne sia l'effettiva portata e quali effetti produca sul nuovo sistema di controlli a distanza.

Il punto di partenza di tale studio risiede nella constatazione che pure il *GDPR* detta essenzialmente obblighi *lato sensu* procedurali e, quando, invece, pone limiti sostanziali al trattamento dei dati in molti casi rinvia per l'individuazione della loro esatta portata alla finalità del trattamento stesso³. I confini di liceità posti dalla normativa in tema di *data protection* sono, dunque, costituiti da barriere mobili il cui esatto posizionamento dipende dalla finalità perseguita. Ciò comporta che l'ampliamento delle tipologie di trattamento ammesse, nelle quali oggi si annovera anche quello teso (a talune condizioni) a controllare a distanza il prestatore di lavoro⁴, produce l'effetto di spostare in avanti tali barriere, rendendo probabilmente leciti comportamenti che fino a ieri inevitabilmente cadevano sotto la scure del vaglio giurisdizionale.

Per tali motivi oggi ancor più che in passato si rende necessaria un'indagine sulle tutele apprestate dal Codice della *privacy*, nella consapevolezza che esse integrano il principale baluardo a difesa del lavoratore contro un eccessivo controllo datoriale.

trattare le informazioni personali del dipendente nel rispetto del *GDPR*. Proprio detta circostanza costituisce, come si vedrà nei paragrafi che seguono, uno dei limiti della riforma in quanto dall'imperetto coordinamento tra normativa statutaria e quella in materia di *privacy* paiono residuare margini per un eccessivo controllo datoriale.

³ In tal senso si è affermato che: “il nocciolo duro dei diritti della persona si coagula non sul sé, ma sul come va operato il trattamento dei propri dati personali, segnando così uno stacco estremamente rilevante rispetto a una concezione “proprietaria” degli stessi” CHIECO, *Privacy e lavoro. La disciplina del trattamento dei dati personali del lavoratore*, Cacucci, 2000, p. 26.

⁴ In tal senso v. MARAZZA, *Dei poteri*, cit., p. 26.

2. *La normativa sulla protezione dei dati personali letta in relazione al nuovo art. 4 St. lav.*

Nonostante il legislatore della riforma si limiti a richiamare il rispetto della normativa sulla *privacy* unicamente al terzo comma del nuovo art. 4 St. lav. non pare a chi scrive revocabile in dubbio che detta normativa vada rispettata in tutte le ipotesi in cui il datore abbia a trattare dati personali dei dipendenti e, dunque, non solamente qualora egli intenda utilizzarli per “tutti i fini connessi al rapporto di lavoro”; sicché il rispetto della normativa a tutela della riservatezza dovrà essere comunque assicurato indipendentemente da tale eventuale e futuro utilizzo del dato⁵.

Ciò premesso, tralasciando gli obblighi *lato sensu* procedurali (quali informativa e consenso)⁶ e prescindendo dagli specifici divieti posti per alcune categorie di dati (quali ad esempio quelli riguardanti lo stato di salute del

⁵ In tal senso v. il combinato disposto dagli artt. 2, co. 1, e 4, co. 1, nn. 1 e 2, Reg. Ue 27 aprile 2016 n. 679 i quali dispongono che la citata normativa trova applicazione per qualunque operazione che coinvolga una qualsivoglia informazione relativa a una persona fisica, anche se solo potenzialmente identificabile. Peraltro anche in costanza del vecchio testo dell'art. 4 St. lav., il quale non rinviava alle norme a tutela dei dati personali, detta normativa era ritenuta pacificamente applicabile. Sul punto v. DEL PUNTA, *La nuova disciplina dei controlli a distanza sul lavoro* (art. 23, d.lgs. n. 151/2015), in *RIDL*, 2016, I, p. 90 ss.; SALIMBENI, *La riforma dell'articolo 4 dello Statuto dei lavoratori: l'ambigua risolutezza del legislatore*, in *RIDL*, 2015, I, p. 597, ss.; TEBANO, *Ragionevolezza e potere di controllo del datore di lavoro*, in questa rivista, 2011, p. 440 ss.

⁶ Nonostante a stretto rigor di termini il consenso sia un requisito sostanziale e non procedurale pare a chi scrive che esso ricopra un ruolo secondario in seno al rapporto di lavoro in quanto molte sono le ipotesi in cui il datore può procedere al trattamento anche in assenza dello stesso: ai sensi dell'art. 6, co. 1, lett. b) e c) *GDPR*, infatti, esso non è necessario ogniqualvolta il trattamento è finalizzato a eseguire obblighi derivanti dal contratto o imposti dalla legge. Si potrebbe, ovviamente, obiettare che detta norma vada letta in senso restrittivo, sicché il consenso sarebbe, invece, necessario allorquando il datore intendesse far valere un suo diritto scaturente dal contratto di lavoro. Tuttavia tale tesi non pare convincente in quanto è pacifico che il datore che intenda contestare un illecito disciplinare al dipendente o, ancora, voglia controllarne lo stato di malattia può trattare il dato personale inerente alla sua residenza – ai fini dell'invio di una lettera di contestazione o della visita fiscale – senza alcun consenso al trattamento da parte del lavoratore. In ogni caso si può prescindere dal consenso pure in tutte le ipotesi in cui (come avviene per la videosorveglianza) possa invocarsi il bilanciamento di interessi (art. 6, co. 1, lett. f) del Regolamento), ipotesi nella quale va ricompresa peraltro la necessità di far valere o difendere un diritto in sede giudiziaria. Inoltre un'analisi assistita da una giusta dose di realismo non può obliterare il rilievo che il lavoratore a cui venga richiesto di rilasciare il consenso al trattamento dei dati non è sovente posto in condizione di operare una libera scelta. Per tale motivo, anche in ossequio agli orientamenti formatisi nella vigenza della pregressa norma-

dipendente o le sue opinioni politiche e sindacali)⁷, dalla veloce lettura dell'art. 5 Reg. UE n. 2016/679 (in precedenza artt. 3 e 11 d.lgs. 196/03) si evince che qualsiasi trattamento dei dati personali (dunque anche quello effettuato dal datore) è retto dai seguenti principi: finalità, necessità, proporzionalità, pertinenza, non eccedenza, liceità e correttezza.

Nonostante la norma ponga questi principi sul medesimo piano è facile rilevare che l'unico dotato di una propria autonomia, tale da farlo assurgere a chiave di volta dell'intero sistema, è quello di finalità, cui gli altri rimandano per la determinazione della loro esatta portata. Esso, infatti, stabilisce che ogni operazione riguardante i dati personali può avvenire unicamente se inerente al perseguimento della finalità in relazione alla quale è stato ottenuto il consenso (o altra forma di autorizzazione al trattamento). Com'è stato acutamente osservato, dunque, "il perno della *facultas agendi* del titolare (...) risiede nella scelta iniziale delle finalità da perseguire. È da tale scelta iniziale (...) che scaturisce e viene definito l'ambito del legittimo svolgimento dell'attività di trattamento (...)”⁸.

I rimanenti principi, per contro, si riempiono di contenuti unicamente in rapporto a quello di finalità: il principio di necessità impone di raccogliere e utilizzare unicamente i dati indispensabili al perseguimento della finalità cui l'operazione mira; quello di proporzionalità statuisce che il trattamento dei dati già raccolti deve essere commisurato alla concreta finalità da perseguire con quel determinato atto (ed esempio preferendo, ove possibile, dati aggregati); quelli di pertinenza e non eccedenza, infine, vietano tutte le operazioni che non attengano alle finalità del trattamento⁹.

tiva, l'art. 7 del Regolamento, letto alla luce del considerando n. 43, dovrebbe far dubitare della genuinità del consenso rilasciato dal lavoratore. La materia è peraltro affrontata dal considerando n. 155 il quale autorizza le normative nazionali a prevedere le condizioni in base alle quali i dati dei dipendenti possono essere trattati sulla base del consenso. Ciononostante né l'art. 88 del Regolamento, che pure disciplina il trattamento dei dati nell'ambito dei rapporti di lavoro, né la sua norma "attuativa" interna, ossia il nuovo art. 111 Cod. *Privacy*, non ricomprendono espressamente la materia del consenso tra quelle devolute al potere di specificazione dell'autonomia collettiva.

⁷ Dati che, peraltro, godono di una specifica protezione da parte della normativa lavoristica, attesi i divieti di cui agli artt. 5 e 8 l. 300/70, nonché art. 10 d.lgs. 276/03, ambo richiamati dall'art. 113 d.lgs. 196/03.

⁸ BARRACO, SITZIA, *La tutela della privacy nei rapporti di lavoro*, Ipsoa, 2012, p. 119.

⁹ Discorso a parte può essere fatto per i principi di liceità e correttezza i quali, costituendo forse una superflua ripetizione di principi generali del nostro ordinamento, non apportano, ad

È dunque chiaro che è la finalità del trattamento a determinare i tratti fondamentali dello stesso, ampliando o comprimendo le facoltà del titolare, sicché un'attenta iniziale calibrazione della finalità da perseguire consente di penetrare in modo anche molto invadente nella sfera di riservatezza del soggetto interessato.

Alla luce di questa considerazione si impone, dunque, una riflessione sui mutamenti che la novella dell'art. 4 dello Statuto ha introdotto nella materia in esame, precisando che la riforma esplica i propri effetti non sulla normativa in tema di *privacy* in sé, quanto, piuttosto, sui limiti entro i quali deve rimanere confinata la facoltà del datore di lavoro di trattare i dati personali dei dipendenti in tutte le ipotesi correlate all'esercizio del potere di controllo a distanza.

Come si è già ricordato nell'introduzione del presente lavoro, infatti, il controllo a distanza dell'attività dei lavoratori, che fino a ieri era rigidamente vietato (salvo essere, entro certi limiti, ammesso dalla giurisprudenza)¹⁰, viene oggi, come si vedrà, in una certa misura sdoganato, dimodoché il trattamento di dati personali finalizzato a tale tipologia di controllo diviene una forma di trattamento lecita. In altri termini, dunque, in tutti i casi in cui la normativa statutaria consente al datore di controllare a distanza il dipendente, il trattamento dei dati personali finalizzato a tale controllo dovrebbe considerarsi ammesso.

L'assunto appena enunciato, pur semplice e coerente nella sua formulazione astratta, rischia, tuttavia, di scontrarsi con il precetto di cui all'art. 4 St. lav. La norma restituita dalla riforma, infatti, contiene un'indubbia antinomia laddove al comma 1 pare consentire il ricorso agli strumenti da cui possa discendere un controllo a distanza unicamente per perseguire finalità produttive, organizzative, di sicurezza del lavoro e tutela del patrimonio aziendale, mentre al comma 3 dichiara che le informazioni raccolte sono, invece, "utilizzabili a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro"¹¹.

avviso di chi scrive, alcun significativo incremento agli standard di tutela, concretizzandosi nel divieto di trattare i dati personali in violazione delle norme di legge o con modalità occulte e/o ingannevoli (e, dunque, in violazione dell'obbligo all'informativa di cui agli artt. 12 ss. del Regolamento).

¹⁰ Sul punto v., da ultimo, in senso critico, SALIMBENI, *La riforma*, cit., p. 593 ss.

¹¹ Tale antinomia viene, poi, acuita dal diritto vivente che, in costanza della vecchia normativa, aveva enucleato le categorie del controllo difensivo e di quello preterintenzionale le quali stentano a trovare una precisa collocazione in seno al nuovo disposto statutario.

Nonostante parte minoritaria della dottrina tenda ad arginare la portata della riforma, subordinando l'utilizzabilità del dato ai sensi del terzo comma al perseguimento anche mediante detto utilizzo delle esigenze di cui al primo comma¹², l'opinione maggioritaria pare orientata nel senso di consentire un impiego più ampio delle informazioni raccolte.

Nessun dubbio al riguardo è, infatti, avanzato da chi si limita a precisare che l'utilizzabilità in esame è subordinata a un triplice condizione, ossia non solo al rispetto delle norme del codice della *privacy* e alla preventiva esaustiva informativa data al lavoratore, ma anche al rispetto delle prescrizioni di cui ai commi 1 e 2 del nuovo articolo 4 (e, dunque, alla precipua osservanza delle prescrizioni sostanziali e procedurali di cui al comma 1)¹³. Le medesime conclusioni sono condivise da chi, pur critico verso la formulazione letterale della novella, osserva che il terzo comma del nuovo art. 4 neutralizza e smentisce il limite posto dal primo comma, sicché i dati acquisiti con strumenti che dovrebbero essere impiegati unicamente per perseguire le note esigenze organizzative, produttive etc. finiscono per essere, invece, utilizzabili anche per altri fini, quali quelli disciplinari¹⁴. Favorevole alla piena utilizzabilità delle

¹² In tal senso DAGNINO, *Tecnologie e controlli a distanza*, in *DRI*, 2015, p. 1000 ss. ove l'A. afferma che le uniche finalità perseguibili mediante il trattamento dei dati previsto dal terzo comma restano sempre e comunque quelle tassativamente indicate dal comma 1 (esigenze organizzative e produttive, di sicurezza del lavoro e di tutela del patrimonio aziendale), sicché le informazioni raccolte sarebbero utilizzabili per tutti i fini connessi al rapporto di lavoro solo qualora ciò risponda a dette citate esigenze. Ad avviso di chi scrive tale impostazione omette di considerare che il comma 3 dell'art. 4 St. lav. introduce, in realtà, una nuova e invero ampia finalità di trattamento, ossia quella relativa a "tutti i fini connessi al rapporto di lavoro", sicché il rispetto dell'art. 5, co. 1, let. b) del Regolamento è assicurato proprio da detto terzo comma. In ogni caso si rileva che anche abbracciando la tesi ora criticata si dovrebbe comunque concludere per l'utilizzabilità del dato per quella che sembra essere l'ipotesi principe della norma, ossia il fine disciplinare. La repressione dell'illecito disciplinare, specie se di particolare gravità, pare, infatti, legittimamente ascrivere alle categorie delle esigenze organizzative o produttive, se non addirittura in quella, finora assente dall'articolo 4, della tutela del patrimonio aziendale (in tal senso v. MARAZZA, *Dei poteri*, cit., p. 17, nt. 40 e ove l'A. afferma "non v'è ragione di non comprendere nelle esigenze di tutela del patrimonio aziendale anche l'esigenza di accertare il corretto adempimento della prestazione di lavoro" la quale "concorre alla valorizzazione del patrimonio aziendale" p. 16).

¹³ In tal senso v. DEL PUNTA, *op. ult. cit.*, pp. 104 e 105.

¹⁴ V. SALIMBENI, *La riforma*, cit., p. 611 ss. ove l'A. acutamente sottolinea che la formulazione letterale del testo *ante* riforma, vietando "l'uso" delle apparecchiature se finalizzate al controllo a distanza, ma consentendone, invece, "l'installazione" quando essa fosse richiesta per esigenze produttive etc., generava un certa qual ambiguità tale da permettere alla giurisprudenza, anche

informazioni è, infine, chi osserva che la novella è forse addirittura troppo restrittiva laddove, in relazione alla vecchia categoria dei controlli difensivi, rischia oggi di richiedere per la loro legittimità adempimenti prima non necessari, quali il rispetto della procedura sindacale o amministrativa per l'installazione delle apparecchiature a essi deputate¹⁵.

A chi scrive pare che le opinioni da ultimo riportate siano da condividere e ciò sia in quanto il terzo comma dell'art. 4, facendo espresso riferimento alle "informazioni raccolte ai sensi dei commi 1 e 2", si pone in rapporto di specialità rispetto a quest'ultimi, sia poiché, come si è già fatto cenno, esso introduce una nuova finalità di trattamento dei dati personali dei dipendenti, ossia quella relativa all'utilizzo per "tutti i fini connessi al rapporto di lavoro".

3. ...continua: *sull' idoneità della normativa sulla protezione dei dati personali a garantire il lavoratore contro un controllo eccessivamente pervasivo*

Un quesito importante che sorge alla luce delle nuove possibilità di controllo offerte dalla riforma è quello inerente all'idoneità dell'attuale normativa a tutelare il lavoratore contro un controllo a distanza eccessivo da parte del datore. Tale problema non pare tanto porsi con riguardo ai controlli effettuati ai sensi del comma 1 in quanto i vincoli imposti dal legislatore in relazione all'utilizzo degli strumenti in esame e alla loro installazione paiono idonei a scongiurare un rischio siffatto: all'obbligo di finalizzare lo strumento di controllo al perseguimento degli scopi tassativamente indicati consegue, infatti, che un qualsivoglia controllo del dipendente sia, per utilizzare una fortunata terminologia, di tipo "preterintenzionale" sicché difficilmente potrà raggiungere una pervasività tale da renderlo eccessivamente invasivo. Inoltre la procedura sindacale-amministrativa necessaria all'installazione dettando, come insegna la prassi, specifici requisiti sia in ordine alle caratteristiche degli strumenti da installare, sia alla loro ubicazione e modalità di funzionamento, sia infine alla possibilità di accesso alle informazioni raccolte (accesso che non

se in maniera forse non condivisibile, di "far "rientrare dalla finestra" un controllo che era stato "cacciato dalla porta". La nuova formulazione dell'articolo, per contro, distinguendo nettamente tra installazione e impiego, non pare dare adito a tale possibilità, rendendo ancora più stridente il contrasto tra primo e terzo comma.

¹⁵ In tal senso v. MARAZZA, *op. ult. cit.*, pp. 16 e 18.

viene mai lasciato alla discrezionalità del datore, ma deve di norma essere effettuato in accordo con un rappresentante dei lavoratori) costituisce un altro importante baluardo a difesa del dipendente¹⁶.

Maggiori dubbi sorgono, invece, in relazione a quanto previsto dal secondo comma dell'art. 4 il quale sottrae ai limiti ora velocemente ricordati sia gli "strumenti utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa", sia gli "strumenti di registrazione degli accessi e delle presenze".

Vista la natura eccezionale della norma la dottrina si è subito adoperata per specificare, in maniera restrittiva, tanto la nozione di "strumento di lavoro", quanto quella di "strumento di registrazione di accessi e presenze", chiarendo che il primo consiste in un mezzo necessario al lavoratore per rendere la prestazione lavorativa e che viene, dunque, volontariamente attivato da quest'ultimo, mentre i secondi sono quelli che consentono al datore di controllare il rispetto dell'orario di lavoro¹⁷.

¹⁶ Si rileva, peraltro, che a seguito della novella dell'art. 4 St. lav. il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali ha provveduto a standardizzare su tutto il territorio nazionale la procedura e la documentazione necessarie al rilascio del nulla osta amministrativo che, in passato, erano rimesse alla discrezionalità delle singole DTL, presentando, dunque, rilevanti differenze tra loro.

¹⁷ Sul punto v. SALIMBENI, *La riforma*, cit., pp. 605 e 609; DEL PUNTA, *op. ult. cit.*, pp. 100 e 101, ove l'A. specifica, in relazione a computer e altre apparecchiature elettroniche che rientrano nella nozione di strumento di lavoro unicamente gli applicativi necessari a rendere la prestazione di lavoro, con conseguente esclusione di *software* ulteriori e, magari, specificamente finalizzati al controllo; adde MARAZZA, *op. cit.*, p. 11 ss. Più controversa appare, invece, la nozione di "strumento di registrazione di accessi e presenze" in relazione alla possibilità di controllare anche gli spostamenti effettuati dal dipendente all'interno dell'azienda. Al riguardo, fermo restando il divieto di introdurre una sorta di "braccialetto elettronico" che consenta di monitorare in maniera costante la posizione del lavoratore all'interno dello stabilimento (MARAZZA, *op. cit.*, p. 24), mentre parte della dottrina ritiene tale tipo di controllo pacificamente consentito dalla norma in esame (sul punto MARAZZA, *op. ult. cit.*; adde DEL PUNTA, *op. ult. cit.*, p. 103), di particolare interesse appare la posizione di chi, invece, ipotizza una disapplicazione solo parziale del comma 1 dell'art. 4: il controllo degli spostamenti intraziendali sarebbe, infatti, lecito solo se motivato da specifiche esigenze, coincidenti con quelle elencate al comma 1, sicché l'effetto pratico della riforma sarebbe quello di escludere per tale tipo di controllo la procedura di autorizzazione preventiva (in tal senso v. SALIMBENI, *op. cit.*, p. 605). A parere di chi scrive tale ultima interpretazione appare particolarmente condivisibile in quanto consente di conciliare il diritto del lavoratore a non essere sottoposto a un controllo eccessivamente pervasivo con le legittime esigenze organizzative dell'azienda. Un esempio potrebbe, infatti, essere dato dall'esigenza datoriale di controllare che i lavoratori addetti ai videoterminali osservino la pausa di 15 minuti ogni 2 ore di lavoro prescritta dal d.lgs. 81/08 o, ancora, dall'introduzione di un nuovo regime di orario di lavoro che faccia coincidere l'inizio della giornata lavorativa non con l'ingresso del lavoratore all'interno dei locali aziendali, bensì con il momento in cui il dipendente

Nonostante queste importanti precisazioni, però, a chi scrive non pare del tutto escluso il rischio che il dipendente possa essere sottoposto a un controllo eccessivamente pervasivo e ciò soprattutto in relazione all'utilizzo degli strumenti di lavoro. Il riferimento è, come è intuitivo, alle apparecchiature, oramai onnipresenti, di tipo elettronico o informatico le quali, anche prescindendo dall'uso di specifici *software* "spia" finalizzati a rilevare momento per momento il comportamento dell'utente, consentono comunque di tenere traccia delle operazioni effettuate. Al riguardo, senza nemmeno aver bisogno di scomodare il vasto universo di *smartphone*, *tablet* e *app* varie, basti pensare a una comune stampante che permetta di tenere il conto delle stampe eseguite o, ancora, ad un qualsivoglia programma di scrittura elettronica che consente di tenere traccia delle singole battute effettuate¹⁸. In queste ipotesi, non certo fantascientifiche, ma, anzi, di comune esperienza nell'ordinaria vita lavorativa, la deroga al generale divieto di controllo a distanza introdotta dal comma 2 dell'art. 4 consente al datore di lavoro di verificare in modo invero pregnante e puntuale l'attività posta in essere dal dipendente, permettendogli finanche di rilevare quanti e quali tasti ha digitato sulla tastiera del computer e con quale cadenza! Il tutto, è bene precisarlo, senza ricorrere a nessun tipo di *software* esterno, ma utilizzando unicamente i dati raccolti da uno strumento, quale un comunissimo programma di scrittura elettronica, la cui riconducibilità alla categoria degli strumenti di lavoro non pare a chi scrive possa essere revocata in dubbio¹⁹.

In un'ipotesi siffatta, quindi, mentre in passato si poteva ragionevolmente ancorare la tutela del dipendente al vecchio disposto dell'articolo 4 che, in assenza delle note causali e della prescritta procedura autorizzativa, bollava (salvo la famosa deroga giurisprudenziale dei controlli difensivi che,

si trova al suo posto di lavoro e pronto a cominciare l'attività (in tal senso v. il titolo II, art. 1 comma 2 del contratto collettivo specifico di lavoro del Gruppo Fiat del 7 luglio 2015). Infine altra accezione puntualmente analizzata dalla dottrina (MARAZZA, *op. ult. cit.*) e che può in parte trovare applicazione anche agli esempi pratici ora portati riguarda la nozione di "accesso digitale", ossia quello a banche dati e reti informatiche dell'azienda e che secondo l'Autore deve essere fatto rientrare nell'esenzione di cui al comma 2 dell'art. 4.

¹⁸ Si pensi al riguardo al diffusissimo *Microsoft Word* che con la funzione "revisioni" permette di tracciare minuto per minuto i tasti digitati dall'utente. Peraltro dalla versione 2013 è possibile impedire la disattivazione del tracciamento delle revisioni mediante l'uso di una *password*.

¹⁹ Per una puntuale analisi circa la natura degli strumenti in esame v. NUZZO, *La protezione del lavoratore*, cit., p. 142 ss.

però, non pare rivestire alcun rilievo nel caso qui in esame) il controllo come illecito, viene, oggi, da chiedersi, essendo venuti meno i due importanti baluardi di tutela ora richiamati, dove risieda la disciplina a tutela del lavoratore.

Come si è già accennato essa è racchiusa nell'ultimo comma dell'art. 4 il quale, però, a una più attenta analisi appare inidoneo a proteggere il dipendente dal rischio di un'eccessiva aggressione da parte del potere di controllo datoriale. Nel nostro caso, infatti, l'utilizzabilità delle informazioni per qualsivoglia fine riconnesso al rapporto di lavoro è subordinata alla preventiva informativa in ordine alla "modalità d'uso degli strumenti e di effettuazione dei controlli" (requisito procedimentale idoneo a rendere edotto il dipendente circa l'*an* del controllo, ma non certo funzionale a metterlo al riparo dalle potenzialità lesive dello stesso), nonché al rispetto delle norme a tutela dei dati personali. L'analisi condotta al paragrafo che precede ha, però, evidenziato come gran parte delle garanzie ivi previste siano di natura procedimentale e che gli unici limiti di tipo sostanziale provengano dai principi enunciati all'art. 5 del Regolamento i quali, a loro volta, sono riconducibili al principio di finalità²⁰.

Posto ora che, stando alla lettera del terzo comma dell'art. 4, una finalità fino a ieri vietata, ossia quella di utilizzare le informazioni raccolte con gli strumenti di controllo a distanza per verificare l'attività dei dipendenti e farne derivare conseguenze relative al rapporto di lavoro, è oggi in una certa misura sdoganata dal legislatore (qualora l'informazione sia "involontariamente" acquisita tramite uno strumento legittimamente installato)²¹, ne discende che il principio di finalità e i suoi diversi corollari saranno inidonei a impedire che il datore utilizzi le informazioni raccolte in relazione a detto rapporto di lavoro. Infatti se l'unico limite alla facoltà del datore di utilizzare

²⁰ Sottolinea la natura "procedimentale" delle tutele approntate dal Codice della *privacy* anche TEBANO, *La nuova disciplina dei controlli a distanza: quali ricadute sui controlli conoscitivi?*, in *RIDL*, 2016, I, p. 363.

²¹ In tal senso Trib. Roma 13 luglio 2018: "Il controllo a distanza sui dipendenti non è più vietato in assoluto, ma qualora esercitato tramite strumenti di lavoro deve sempre essere oggetto di adeguata informativa pena l'inutilizzabilità delle risultanze" (in *GC*, 23 novembre 2018, nt. OGRISEG). *Adde* Trib. Roma 24 marzo 2017: "I dati raccolti nel rispetto di quanto prescritto dalla norma possono, quindi, essere utilizzati dal datore di lavoro a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro, ivi compreso quello diretto al controllo sull'esatto adempimento della prestazione lavorativa così come quello disciplinare". In dottrina v. PROIA, *Trattamento dei dati personali, rapporto di lavoro e l'“impatto” della nuova disciplina dei controlli a distanza*, in *RIDL*, 2016, I, p. 563.

il dato raccolto tramite lo strumento di lavoro deriva dalla normativa sulla *privacy*, la quale rimanda al fine perseguito dal trattamento per individuare i confini delle operazioni legittimamente eseguibili, ne consegue che un trattamento mirante all'esercizio del potere disciplinare rinverrà la linea di demarcazione tra lecito e illecito unicamente in relazione a quanto necessario per l'esercizio di detto potere. Pertanto, considerato che l'art. 7 dello Statuto dei lavoratori impone che la contestazione dell'addebito sia chiara e precisa, apparirà giustificato alla luce del principio di proporzionalità di cui all'art. 5 *GDPR* (da riempire di contenuto in relazione al fine perseguito) un trattamento del dato personale del dipendente che vada a indagare in modo molto minuzioso la condotta dallo stesso posta in essere. Inoltre, atteso che altro requisito indispensabile dell'azione disciplinare è la sua tempestività, il datore potrà agevolmente giustificare frequenti accessi alle informazioni raccolte dagli strumenti di lavoro con l'esigenza di non decadere dal potere sanzionatorio²².

Quanto fin qui esposto in relazione ai principi di cui all'art. 5 del Regolamento vale a maggior ragione per le prescrizioni contenute nelle varie linee guida emanate dal Garante per disciplinare diverse ipotesi di trattamento di dati personali del lavoratore e che di tali principi costituiscono applicazione pratica. Così, ad esempio, in relazione alle linee guida in materia di trattamento dei dati personali dei lavoratori²³, posto che i principi di liceità,

²² In tale ottica va, peraltro, considerata la recente giurisprudenza della Corte EDU che, nello specificare la portata dell'art. 8 della Convenzione (rispetto della vita privata e familiare) in relazione ai controlli datoriali, ha ancorato la tutela del lavoratore a limiti di natura essenzialmente procedimentale. In tal senso si vedano le decisioni *B rbulescu v. Romania* del 5 settembre 2017 (ove si censura la natura occulta del controllo e, dunque, il difetto di informativa), *López Ribalda v. Spagna* del 9 gennaio 2018 (che ritiene illegittima per difetto di informativa una telecamera nascosta installata al seguito del ripetuto verificarsi di ammanchi di cassa in un supermercato. Il caso è, tuttavia, ora pendente innanzi alla Grande Camera) e *Libert v. Francia* del 22 febbraio 2018 (che ripercorre il percorso argomentativo del caso *B rbulescu*). È, tuttavia, interessante notare che qui si ritiene esente da vizi la condotta datoriale consistita nell'accesso, in assenza e all'insaputa del dipendente, a dati sensibili dallo stesso archiviati nel computer aziendale (nella specie materiale pornografico). Difatti, da un lato il datore aveva fornito un'esauriva informativa in merito all'uso delle apparecchiature informatiche ed alla possibilità di controlli, mentre dall'altro il dipendente aveva omesso di indicare il carattere personale dei documenti incriminati, avendoli generalmente archiviati in una cartella denominata "*fun*".

²³ Linee guida in materia di trattamento di dati personali di lavoratori per finalità di gestione del rapporto di lavoro alle dipendenze di datori di lavoro privati, deliberazione del Ga-

pertinenza e trasparenza vengono declinati nel senso di imporre che “le informazioni di carattere personale possono essere trattate dal datore di lavoro nella misura in cui siano necessarie per dare corretta esecuzione al rapporto di lavoro²⁴ – “e che “in ogni caso, deve trattarsi di informazioni pertinenti e non eccedenti²⁵ – “ risulta evidente che nel momento in cui il fine legittimamente perseguito dal datore è quello di utilizzare per fini disciplinari le informazioni raccolte l’unico limite desumibile dalle norme in esame è quello che impedisce al datore di sviare il potere stesso per perseguire una diversa finalità. Ciò, tuttavia, non mette assolutamente al riparo il dipendente dal rischio di un controllo invero pregnante e continuativo²⁶.

Obblighi apparentemente più stringenti si rinvencono, invece, nelle Linee guida sull’utilizzo della posta elettronica e internet²⁷ ove il Garante solennemente “vieta ai datori di lavoro privati e pubblici, ai sensi dell’art. 154, co. 1, let. d), del Codice, di effettuare trattamenti di dati personali mediante sistemi *hardware* e *software* che mirano al controllo a distanza di lavoratori (...)”²⁸. A una più attenta lettura, tuttavia, tale divieto deve essere ritenuto almeno parzialmente stemperato in quanto il Garante lo ha formulato muovendo dal rilievo che l’articolo 4 St. lav. all’epoca vietava di installare “apparecchiature per finalità di controllo a distanza dell’attività dei lavoratori”²⁹, con la conseguenza che “il trattamento dei dati che ne consegue è illecito...”³⁰.

Come si è visto, però, la novella dell’art. 4 non solo ha calmierato il di-

rante per la protezione dei dati personali n. 53 del 23 novembre 2006, www.garanteprivacy.it, doc. web. n. 1364939.

²⁴ *Ibidem*, p. 4, punto 2.1.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ A risultato non dissimile si perviene dall’analisi della declinazione del principio di finalità contenuta in dette linee guida che recitano “il trattamento di dati personali riferibili a singoli lavoratori, anche sensibili, è lecito, se finalizzato ad assolvere obblighi derivanti dal contratto individuale (ad esempio per verificare l’esatto adempimento della prestazione...)”. Pertanto, lungi dal porre limiti al potere datoriale di utilizzare i dati personali per sanzionare il dipendente (funzione, questa, che in passato era svolta, almeno in relazione ai controlli a distanza, dal vecchio testo dell’art. 4 dello Statuto) la norma in tema di *data protection* prevede espressamente tale tipo di trattamento. Sul punto v. linee guida, cit., p. 4, punto 2.2.

²⁷ Linee guida del Garante per posta elettronica e internet, deliberazione del Garante per la protezione dei dati personali n. 13 del 1 marzo 2007, www.garanteprivacy.it, doc. web. n. 1387522.

²⁸ *Ibidem*, p. 8.

²⁹ In tal senso v. linee guida cit., punto 4.

³⁰ *Ibidem*.

vieto in esame, ma al terzo comma ha addirittura tipizzato “una specifica finalità di trattamento dei dati personali dei lavoratori”³¹. È dunque evidente che il provvedimento del Garante, affondando le sue radici in una norma oggi novellata, dovrà necessariamente essere riletto alla luce del nuovo pre-cetto, sicché laddove le informazioni provenienti da varie tipologie di *hardware* e *software* sono acquisite dal datore in modo lecito (perché, ad esempio, provenienti da strumenti di lavoro) esso datore potrà legittimamente trattare tali dati per tutti i fini relativi al rapporto di lavoro, anche disciplinare. È ora evidente che, al di là del dato puramente letterario, un uso siffatto legittimo o comunque presuppone in un certo qual modo una forma di controllo (a distanza) dei dipendenti³².

4. *Il sistema sanzionatorio: inutilizzabilità (relativa) dei dati raccolti e repressione penale*

Analizzate le tipologie di controllo lecite resta da studiare quale sia la norma di chiusura del sistema, ossia la sanzione applicabile in caso di violazione delle prescrizioni di legge. Come noto in caso di illecito controllo del dipendente gli esiti dello stesso sono inutilizzabili, sicché saranno inidonei a far discendere qualsivoglia conseguenza sul rapporto di lavoro. Tale approccio non è stato modificato a seguito della riforma, ma purtuttavia l'attuale formulazione del terzo comma dell'art. 4 St. lav. impone qualche riflessione. Il testo normativo, infatti, stabilisce che le informazioni raccolte sono utilizzabili se si soddisfano tre condizioni ossia l'osservanza delle prescrizioni dei primi due commi dell'articolo stesso, la preventiva informazione al dipendente circa modalità d'uso degli strumenti ed effettuazione dei controlli e il rispetto della normativa sulla *privacy*³³.

³¹ MARAZZA, *op. ult. cit.*, p. 8 ove detta finalità viene identificata con l'utilizzo per “tutti i fini connessi al rapporto di lavoro”.

³² Si tralascia in questa sede l'analisi di un altro importante provvedimento del Garante, ossia quello in materia di videosorveglianza del 29 aprile 2004 (www.garanteprivacy.it, doc. web. n. 1003482), in quanto, essendo difficile ipotizzare (differentemente da quanto avviene per le caselle di posta elettronica o i programmi per la navigazione in internet) che un'apparecchiatura di videosorveglianza possa essere qualificata come strumento di lavoro, la tutela del lavoratore appare garantita (oggi come ieri) dai vincoli imposti dal primo comma dell'art. 4 dello Statuto.

³³ La classificazione riportata è di DEL PUNTA, *op. ult. cit.*, pp. 104 e 105, cui si rinvia per

Visto, però, che la normativa a tutela dei dati personali viene richiamata nella sua interezza ciò comporta che, trattandosi di un *corpus* normativo completo e dotato delle sue norme di chiusura, per stabilire se essa sia rispettata la si deve necessariamente considerare nel suo complesso, senza limitarsi all'analisi di singole porzioni³⁴. Detta considerazione forse banale assume fondamentale rilievo in relazione all'art. 160-*bis* del d.lgs. 196/03 (e dall'art. 2-*decies*) il quale, derogando al generale principio di inutilizzabilità dei dati trattati in violazione del Codice, dispone che è sempre ammesso l'utilizzo degli stessi in sede processuale se consentito dalle conferenti norme del codice di rito³⁵. Dal combinato disposto dall'art. 4 St. lav. e dall'art. 160-*bis* del codice discende, dunque, che il primo subordina l'utilizzabilità delle informazioni al rispetto delle norme sulla *privacy*, ma tali norme, mediante l'art. 160-*bis*, sanciscono che eventuali violazioni di tale normativa sulla *privacy* non sono idonee a impedire l'uso delle informazioni in sede processuale, qualora tale uso sia consentito dal codice di rito³⁶.

Orbene, considerato che la materia che ci occupa vede nel momento processuale la chiave di volta dell'intero sistema in quanto il ricorso al giudice

un maggiore approfondimento. Sul punto v. anche MARESCA, *Controlli tecnologici e tutele del lavoratore nel nuovo art. 4 dello Statuto dei lavoratori*, in *RIDL*, 2016, I, p. 538 il quale acutamente osserva che la norma oggi nettamente distingue due diversi momenti: quello del "controllo", che per essere lecito deve informarsi alle prescrizioni dei primi due commi e quello "dell'utilizzo" delle informazioni raccolte al quale solo si applicano le prescrizioni del terzo comma.

³⁴ Sembra propendere in tal senso anche MARESCA, *op. ult. cit.*, p. 542 secondo il quale il legislatore ha inteso individuare il confine tra il dominio dell'art. 4 e quello del Codice, al fine di ottenere l'integrazione delle due discipline, senza sovrapposizioni.

³⁵ Art. 160-*bis* d.lgs. 196/03 (inserito dall'art. 14, co 1, let. m) del d.lgs. 10 agosto 2018 n. 101): "La validità, l'efficacia e l'utilizzabilità di atti, documenti e provvedimenti nel procedimento giudiziario basati sul trattamento di dati personali non conforme a disposizioni di legge o di regolamento restano disciplinate dalle pertinenti disposizioni processuali nella materia civile e penale". Anteriormente alla riforma un'identica formulazione era contenuta al co. 6 dell'art. 160 del Codice della *privacy*. La natura cedevole della normativa a tutela dei dati personali nei confronti di quella processuale è peraltro chiaramente affermata dalle Sezioni Unite per le quali "deve ritenersi che la disciplina generale in tema di trattamento dei dati personali subisca deroghe ed eccezioni quando si tratti di far valere in giudizio il diritto di difesa, le cui modalità di attuazione risultano disciplinate dal codice di rito" (Cass. Sez. Un. 8 febbraio 2011 n. 3034).

³⁶ In tal senso v. PINORI, *Privacy e processo civile. I limiti di utilizzabilità nel giudizio civile di prove illecite: il difficile bilanciamento tra diritto alla protezione dei dati personali e il diritto alla difesa*, in *CI*, 2014, I, p. 61; *add* RESTA, *Privacy e processo civile: il problema della litigation "anonima"*, in *DII*, 2005, 4-5, p. 690 per il quale la norma *de qua* ha carattere di specialità rispetto all'art. 11; PECORA, STAGLIANÒ, *Commento all'art. 47, in Codice della privacy*, diretto da ITALIA, Giuffrè, 2004, p. 724.

è il principale strumento di difesa del lavoratore che abbia subito un pregiudizio (tipicamente un provvedimento disciplinare) a seguito di una forma di controllo illecita, da quanto ora esposto deriva una grave falla del sistema: la normativa sulla *privacy* cui il legislatore rinvia al fine di assicurare la tutela del dipendente contro forme illecite di controllo (almeno per la parte attinente alla violazione delle norme a tutela dei dati personali) consente, infatti, l'utilizzo in processo dei dati illecitamente raccolti³⁷.

L'onere della tutela del lavoratore contro forme illegittime di controllo viene, dunque, ulteriormente traslato sulle disposizioni del codice di rito il quale, tuttavia, non pare del tutto idoneo a tale scopo. Infatti, diversamente dal codice di procedura penale, che all'art. 191 statuisce che la prova non è utilizzabile se acquisita in violazione dei divieti di legge, le norme sul processo civile tacciono sul punto, ponendo la delicata questione della prova illecita³⁸. Senza che in questa sede sia possibile anche solo accennare a un'indagine circa la dimensione epistemica del processo³⁹, sia sufficiente rilevare come la dottrina maggioritaria abbia affrontato la problematica rilevando che nel processo civile le prove precostituite fanno il loro ingresso

³⁷ L'utilizzabilità in sede giudiziaria dei dati trattati in violazione delle norme sulla *privacy* costituisce, peraltro, un tema ricorrente nella prassi giudiziale del Garante in quale, nel dichiarare illecite talune forme di trattamento e, di conseguenza, inutilizzabili i relativi dati, fa, però, espressamente salva la facoltà del loro futuro utilizzo processuale. In tal senso v. parere del 30/07/2015, n. 4298277, www.deiure.it; provvedimento 07/06/2006, www.garanteprivacy.it, doc. web. n. 1322812. Identica previsione è, contenuta, poi, nel recente regolamento UE 2016/679 che novella la normativa in tema di *data protection* e ove l'esigenza di consentire la difesa di un diritto in sede giudiziaria costituisce un vero e proprio *fil rouge* che legittima l'utilizzo dei dati illecitamente raccolti in una pluralità di ipotesi (v. in tal senso, artt. 17, 18, co. 1, let. c) e co. 2, 21 e 49, co. 1, let. e). In dottrina v. VOZZA, *Privacy e difesa: una questione di bilanciamento di interessi*, nt. Cass. 3 aprile 2014 n. 7783, in *DR*, 2014, 10, p. 907 ss. la quale ricostruisce il rapporto tra diritto alla difesa e diritto alla riservatezza a tutto vantaggio del primo. In senso parzialmente difforme FERRARI, *La sanzione dell'inutilizzabilità nel codice della privacy e nel processo civile*, in *RDP*, 2013, 2, p. 348 ss., spec. p. 369 ove l'A., pur riconoscendo che la tutela della riservatezza trova ridimensionamento innanzi alle esigenze processuali, auspica però che il giudice, accanto a un criterio prettamente giuridico, ricorra anche a uno etico che tenga conto delle modalità con cui la prova è stata acquisita.

³⁸ Sul punto, in relazione alla specifica ipotesi di prova precostituita acquisita in violazione dei divieti dei cui al d.lgs. 196/03, v. MESSINA, Sub *artt. 46-57*, in SICA, STANZIONE (a cura di), *La nuova disciplina della privacy*, Zanichelli, 2004, p. 232. Nega l'esistenza in seno al processo civile del divieto probatorio sancito per la materia penale Cass. 25 marzo 2013 n. 7466.

³⁹ Sul punto, anche per ulteriori approfondimenti, v. TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Laterza, 2009.

per il semplice fatto della loro tempestiva produzione, senza che vi sia alcun potere autorizzatorio da parte del giudice il quale, al contrario, deve fondare la decisione sulle prove proposte dalle parti (art. 115 c.p.c.)⁴⁰. Per tale motivo esse possono avvalersi anche di prove illecitamente acquisite⁴¹.

La normativa cui si è ora accennato ha trovato tradizionalmente applicazione in riferimento all'art. 4 St. lav. mediante le due note categorie giurisprudenziali dei controlli difensivi e di quelli preterintenzionali, col risultato di ritenere i primi sempre utilizzabili (in quanto sottratti alla – vecchia – norma statutaria), mentre i secondi legittimi solo in caso di previo esperimento della procedura autorizzativa⁴².

A seguito della riforma, però, la questione si pone in termini diversi, non tanto in ordine all'effettiva sopravvivenza della categoria dei controlli difensivi⁴³, quanto, piuttosto, in relazione al circolo vizioso che si è venuto a

⁴⁰ V. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile: Volume III. Il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze*, Giappichelli, 2010, p. 141. *Adde* Cass. 7 dicembre 2004 n. 22923.

⁴¹ In tal senso v. VILLECCO, BETTELLI, *Il trattamento dei dati in ambito giudiziario*, in MONDUCCI, SARTOR (a cura di), *Il Codice in materia di protezione dei dati personali. Commentario sistematico al d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196*, Cedam, 2004, p. 193 ss.; PECORA, STAGLIANÒ, *Commento all'art.47, cit.*, p. 724. *Adde* GRAMANO, *La rinnovata (ed ingiustificata) vitalità della giurisprudenza in materia di controlli difensivi*, in *DLRI*, 2018, 1, par. 4. Quanto alla scarsa giurisprudenza sul punto si veda Trib. Roma 24 marzo 2017; Trib. Bari 16 febbraio 2007, in *Il Merito*, 2007, 4, p. 22, nt. ANTEZZA, secondo cui la violazione di divieti extraprocessuali non influenza in nessun modo l'efficacia probatoria, salva comunque l'applicabilità delle sanzioni di legge avverso l'illecito sostanziale perpetrato. *Adde* Trib. Torino ord. 8 maggio 2013, in *www.ilcaso.it*, che ammette la produzione in giudizio di e-mail e sms illecitamente acquisiti. In senso contrario, anche se in via solamente incidentale, Trib. Santa Maria Capua Vetere 13 giugno 2013, in *www.ilcaso.it*, che nel sancire l'utilizzabilità delle fotografie pubblicate su un *social network*, afferma che sarebbe stato applicabile un regime diverso qualora si fosse trattato di messaggi inviati tramite *chat* privata. Per una pronuncia più risalente v. Pret. Trapani 20 marzo 1193 in *FI*, 1994, I, p. 2575 che ammette la produzione in giudizio di un diario. Dopo una analitica ricostruzione della materia, conclude per l'utilizzabilità della prova illecitamente acquisita anche Trib. Milano 27 luglio 2016 n. 9431, salva la proponibilità di un'autonoma azione civile o penale volta alla repressione dell'illecito mediante il quale il documento è stato acquisito.

⁴² Per la ricostruzione del dibattito sul punto v. SALIMBENI, *op. ult. cit.*, p. 593 ss., nonché DOSSI, *Controlli a distanza e legalità della prova: tra esigenze difensive del datore di lavoro e tutela della dignità del lavoratore*, in *DRI*, 2010, 4, p. 1153 ss., spec. p. 1160.

⁴³ Categoria che parrebbe aver perso la propria autonomia a seguito dell'inserimento della "tutela del patrimonio aziendale" tra le esigenze di cui al comma 1 dell'art. 4. In tal senso v. DEL PUNTA, *op. ult. cit.*, p. 105. *Contra* MARAZZA, *op. ult. cit.*, pp. 18 e 19 il quale invoca la codificazione di una nuova tipologia di "controlli a distanza difensivi che – facendo leva sulla peculiare rilevanza (penale) anti-giuridica del comportamento controllato (...), esulano dal campo

creare. Posto, infatti, che oggi è espressamente lecito utilizzare le informazioni raccolte per tutti i fini connessi al rapporto di lavoro, ne consegue che gli esiti di un controllo (magari effettuato con gli strumenti di lavoro) rispettoso dei primi due commi del nuovo art. 4, ma, purtuttavia, contrastante con una qualche norma in tema di trattamento dei dati personali, saranno legittimamente utilizzabili per tutti fini di cui al terzo comma. Quella stessa normativa sulla *privacy* contenente i precetti violati dispone, infatti, che dette violazioni non ostano all'utilizzo in giudizio del dato illegittimamente trattato, rimettendo alle norme processuali l'individuazione di eventuali limiti che, però, in seno al rito civile paiono essere assenti⁴⁴.

Siffatte conclusioni paiono confermate anche dal ragionamento *a contrario*: nel silenzio della normativa processuale il legislatore, laddove ha inteso limitare la possibilità di un soggetto di avvalersi di determinate modalità di conoscenza (e prova) della realtà empirica, lo ha sempre fatto mediante specifiche disposizioni⁴⁵, sicché, in assenza di un apposito divieto, il mezzo di prova deve ritenersi pienamente utilizzabile.

di applicazione dell'art. 4 della legge n. 300/1970". In tal senso v. anche MARESCA, *Controlli tecnologici*, cit., p. 525 il quale però non pare delimitare la categoria alla sola repressione delle condotte penalmente illecite. Sul punto v. anche MAIO, *La nuova disciplina dei controlli a distanza sull'attività dei lavoratori e la modernità post panottica*, in *ADL*, 2015, 6, p. 1186 ss.; SANTONI, *Controlli difensivi e tutela della privacy dei lavoratori*, nt. a Trib. Roma 23 maggio 2015 n. 4009, in *GI*, 2016, 1, p. 145 ss. In senso critico avverso il perdurante utilizzo giurisprudenziale della categoria in esame v. GRAMANO, *La rinnovata (e ingiustificata)*, cit. Sul punto sia solo dato notare come qualsivoglia dibattito inerente questa forma di controllo rischi di dover essere almeno in parte rimeditato qualora la Grande Camera della Corte EDU dovesse confermare la sentenza emessa dalla terza sezione nel caso López Ribalda v. Spagna.

⁴⁴ Sembra propendere per la piena utilizzabilità del dato trattato in violazione delle norme del Codice anche MARESCA, *Controlli tecnologici*, cit., p. 543 il quale, però, fonda siffatta conclusione sul rilievo che il comma 3 del nuovo art. 4 St. lav. (che autorizza tale uso) costituisce norma speciale rispetto all'allora art. 11, co. 2 d.lgs. 196/03 (il quale sanziona con l'inutilizzabilità i trattamenti non conformi al dettame del Codice).

⁴⁵ Tra queste si può menzionare l'art. 9 d.l. 132/14 (convertito con modificazioni dalla l. 162/14) che nel disciplinare la c.d. "negoiazione assistita" sancisce che "le dichiarazioni rese e le informazioni acquisite nel corso del procedimento non possono essere utilizzate nel giudizio avente in tutto o in parte il medesimo oggetto" (comma 2) e che "i difensori delle parti e coloro che partecipano al procedimento non possono essere tenuti a deporre sul contenuto delle dichiarazioni rese e delle informazioni acquisite (comma 3)" e anzi estende a tutti costoro le tutele previste per il segreto professionale (art. 200 c.p.p.) e per la libertà del difensore (art. 103 c.p.p.). Altri esempi sono costituiti dall'art. 38 commi 2 e 3 del Codice deontologico forense che fa divieto all'avvocato di registrare conversazioni telefoniche con i colleghi e di al-

In sintesi a chi scrive pare dunque doversi concludere che le informazioni raccolte nel rispetto dei primi due commi dell'art. 4 St. lav., ma in violazione di una qualche norma sulla *privacy*, possono validamente essere utilizzate in giudizio in quanto in un'ottica complessiva sono assunte senza contravvenire a nessun divieto inderogabile di legge. Gli unici precetti violati sono, infatti, quelli sulla tutela dei dati personali i quali, però, espressamente decretano che la loro mancata osservanza non osta all'utilizzabilità processuale delle informazioni raccolte⁴⁶.

Sotto questo aspetto, dunque, l'apparato sanzionatorio restituito all'indomani della riforma deve dirsi senza dubbio insoddisfacente in quanto prima si rinvia (come visto nei paragrafi che precedono) al Codice della *privacy* (e al *GDPR*) per l'individuazione di importanti limiti al potere di con-

legare comunque in giudizio il contenuto dei colloqui riservati intercorsi con essi, nonché dall'art. 48 che estende lo stesso divieto alla corrispondenza riservata tra difensori. In ambito lavoristico possono, invece, richiamarsi gli artt. 2 e 3 St. lav. che, come noto, vietano al datore di accertare l'esatto adempimento della prestazione lavorativa mediante guardie giurate o personale occulto. In particolare proprio il divieto di ricorrere alle guardie particolari giurate, stante la fede privilegiata dei verbali da esse redatti (art. 255 r.d. n. 635/40), palesa la volontà del legislatore di escludere un particolare tipo di prova nella materia *de qua*. È giusto il caso di sottolineare che prima della novella del 2015 uno specifico divieto probatorio era previsto anche per gli strumenti di controllo a distanza; divieto oggi chiaramente eliminato dal 3° comma del testo novellato. È infine interessante evidenziare che l'art. 1, co. 912, l. 205/17 (legge di bilancio 2018) all'ultimo periodo statuisce che “la firma apposta dal lavoratore sulla busta paga non costituisce prova dell'avvenuto pagamento della retribuzione”, avvalorando ulteriormente la tesi dell'utilizzabilità probatoria delle fonti documentali qualora manchi uno specifico divieto. Va, infine, sottolineato che le recenti “regole deontologiche relative ai trattamenti di dati personali effettuati per svolgere investigazioni difensive o per fare valere o difendere un diritto in sede giudiziaria” del 19 dicembre 2018 non proibiscono l'utilizzo da parte dell'avvocato di prove illecite ove ciò sia concesso dall'ordinamento processuale. Inoltre in riferimento ai dati di cui non è certo l'impiego lecito (dovendo, invece, essere ritenuto tale l'utilizzo ammesso dalle norme processuali) l'art. 2, co. 4, let. d) ne vieta il trattamento solo ove appaia “in-giustificato”.

⁴⁶ Siffatto disposto della normativa sulla protezione dei dati personali costituisce uno degli elementi che induce a ritenere utilizzabili le prove illecite nella già menzionata sentenza del Trib. Bari 16 febbraio 2007. *Contra* MARAZZA, *op. cit.*, 7 ove, però, l'A. non spiega quale sia il fondamento giuridico della sostenuta inutilizzabilità del dato. Peraltro già prima della novella si pronunzia favorevolmente all'utilizzo processuale di dati acquisiti in violazione del d.lgs. 196/03, disattendendo sul punto lo specifico provvedimento del Garante, Trib. Torino 8 gennaio 2008 che argomenta anche in base all'assenza nel codice di procedura civile di uno specifico divieto in tal senso e alla espressa previsione contenuta nel citato art. 160, co. 6, d.lgs. 196/03 (ora art. 160-bis).

trollo a distanza, ma poi si esclude che la violazione degli stessi comportamenti inutilizzabilità delle informazioni acquisite⁴⁷.

⁴⁷ Le criticità ora analizzate appaiono, poi, accresciute da un approccio della giurisprudenza che denota una certa qual “insofferenza” (...) verso il sistema della *privacy*” (così IMPERIALI, *Privacy e controllo sull'utilizzo di cellulare e computer aziendali a fini personali: un difficile equilibrio*, in *RIDL*, 2008, II, p. 862); insofferenza che, in una fattispecie di licenziamento fondato su illeciti disciplinari scoperti dal datore mediante controlli condotti in violazione del d.lgs. 196/2003, porta il giudice a bollare come “illegittimo” e “da disapplicare” il provvedimento del Garante che, accertando l'illiceità del trattamento, disponeva l'inutilizzabilità dei relativi dati (così T. Torino 8 gennaio 2008 in *RIDL*, 2008, II, p. 845, nt. IMPERIALI). Pongono l'accento sulla tendenza da parte della magistratura lavoristica a dare un minor peso alle doglianze relative alle violazioni datoriali della normativa a tutela dei dati personali commesse nell'esercizio del potere di controllo anche DEL PUNTA, *op. ult. cit.*, pp. 91 e 92 e TEBANO, *op. cit.*, p. 440. In senso critico avverso il vaglio giurisdizionale circa il rispetto della normativa *de qua* v. anche NUZZO, *I software che registrano la durata delle telefonate nei call center sono strumenti di lavoro?*, nt. Trib. Pescara 25 ottobre 2017 in *RIDL*, 2018, II, p. 307 ss. Va, infine, segnalato il rischio di un radicale contrasto “giurisprudenziale” tra gli arresti della magistratura e le decisioni rese dal Garante in sede di definizione dei ricorsi amministrativi (artt. 77 ss. *GDPR*). Infatti, in relazione alla qualità dei dati cui il datore può accedere per controllare il corretto utilizzo del computer aziendale in uso al dipendente, il Garante ha più volte adottato un'interpretazione alquanto restrittiva. Così, riguardo alla (vietata) memorizzazione sul pc di *file* di natura personale si è affermato che ci si deve limitare a constatare la presenza sul computer di documenti che per loro natura, nome e dimensioni appaiano difforni da quelli propri dell'attività lavorativa del dipendente (compiendo, quindi, un controllo unicamente sui metadati), senza che sia, invece, possibile accedere ai relativi contenuti (così provvedimento del Garante del 18 maggio 2006, www.garanteprivacy.it, doc. web n. 1299082). Analogamente in relazione a un abusivo utilizzo della connessione a internet aziendale per finalità personali l'*Autorità* ha sancito l'illiceità del comportamento datoriale che, invece di limitarsi a contestare la collocazione temporale e la durata delle connessioni, si era concretizzato altresì nel controllo del contenuto dei diversi siti web visitati (v. provvedimento del Garante del 2 febbraio 2006, www.garanteprivacy.it, doc. web n. 1229854). Queste decisioni, però, si pongono in radicale contrasto con quella giurisprudenza che, attenendosi a un'interpretazione rigorosa dell'art. 7 St. lav., esige, pena l'insufficiente specificità dell'addebito e la conseguente illegittimità del provvedimento disciplinare, che il datore contesti altresì il tipo di sito internet illecitamente visitato (così Trib. Milano 30 settembre 2005 in *RCDL*, 2006, 3, 899, nt. CHIUSOLO). In un contesto siffatto è facile immaginare che il datore troverà più conveniente tenere un comportamento illegittimo secondo i crismi del Garante, ma poi giovare dell'utilizzabilità processuale dei dati illecitamente trattati, piuttosto che rischiare di vedere stigmatizzato il provvedimento disciplinare da parte del giudice del lavoro, con tutti i costi che da ciò derivano. Ulteriori e più stringenti limiti al potere datoriale non paiono di fatto potersi rinvenire nemmeno nella autorevole sentenza resa dalla Gran Camera della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (B. Rubescu contro Romania, pubblicata il 5 settembre 2017). Nella fattispecie i giudici di Strasburgo hanno accertato la violazione dell'art. 8 della Convenzione (che garantisce il rispetto della vita privata e familiare) a carico dello Stato rumeno per non aver predisposto rimedi interni atti a impedire al datore di lavoro di monitorare le comunicazioni elettroniche, acce-

Altro aspetto che lascia perplessi è, infine, l'apparato sanzionatorio penale a tutela dell'art. 4 l. 300/70. Senza voler qui analizzare gli inutili barocchismi del legislatore⁴⁸, basti ricordare che il comma 2 dell'art. 23 d.lgs. 151/15 aveva novellato l'art. 171 del Codice della *privacy* limitando la sanzione penale alla sola violazione dei primi due commi del neonato art. 4 l. 300/70. L'inutile richiamo al comma 2, norma unicamente permissiva e dunque non suscettibile di violazione, è stato eliminato dall'art. 15, co. 1 let. f) del d.lgs. 10 agosto 2018 n. 101, sicché il presidio penale avverso illeciti controlli a distanza

dando anche al relativo contenuto a carattere intimo, intrattenute dal dipendente (poi licenziato) utilizzando il computer aziendale, ma un *account* di messaggistica personale. La decisione, pur elencando una serie di requisiti ai quali si deve informare il potere di controllo datoriale e che costituiscono corollari del principio di proporzionalità già conosciuto dal nostro ordinamento, si fonda essenzialmente sulla circostanza che il lavoratore, pur essendo stato informato del divieto di utilizzo personale delle apparecchiature aziendali, non era stato tempestivamente reso edotto della possibilità del datore di compiere controlli in merito e sulla loro effettiva portata. Considerato, quindi, che sono questi requisiti di tipo procedimentale già previsti dal nostro art. 4 e, come si è visto, inadeguati a porsi come saldo baluardo a tutela del lavoratore, non pare a chi scrive che efficaci limiti a un troppo pervasivo ricorso al potere di controllo possano essere rinvenuti nemmeno nella pur autorevole giurisprudenza della Corte Edu. Ciò, peraltro, è a maggior ragione valido se si considera che è ben più utile al datore creare un clima di controllo costante al fine di "spronare" la produttività dei dipendenti, piuttosto che "ficcanasare" nei loro affari privati una volta che sia palese l'inadempimento dell'obbligo lavorativo (in tal senso v. MARESCA, *Controlli tecnologici*, cit., p. 542, nonché NUZZO, *La protezione del lavoratore*, cit., p. 100). Anche un assiduo controllo limitato ai soli metadati e che non indaghi il preciso contenuto delle comunicazioni vietate, pur essendo rispettoso della vita privata del soggetto, può però rivelarsi eccessivamente pervasivo. Infine pure sotto il profilo dell'effettività della tutela la sentenza ora accennata pare inidonea a ristorare il pregiudizio subito dal lavoratore. Pur accertando l'illiceità del controllo datoriale in quanto contrario a un fondamentale diritto dell'uomo (e, come logica conseguenza, l'illegittimità del licenziamento scaturitone) la Corte nulla liquida a titolo di danno patrimoniale (che il ricorrente calcolava in base a parte delle retribuzioni perse) e, quanto ai pregiudizi non patrimoniali, afferma che l'avvenuto accertamento dell'illecito costituisce di per sé un adeguato ristoro. Per tali motivi il lavoratore, all'esito di una vicenda giudiziaria durata circa 10 anni, ottiene la sola (misera) somma di € 1.365,00 a titolo di rimborso delle spese di lite! Per l'analisi della decisione della Corte nel precedente grado del medesimo giudizio v. CRISCUOLO, *Il controllo sugli account di posta elettronica e di messaging aziendale*, nt. C. Eur. Dir. Uomo 12 gennaio 2016, in *RIDL*, 2016, II, p. 284 ss. ove l'A. sottolinea come per la Corte elemento dirimente per la liceità del controllo è la preventiva informazione al lavoratore.

⁴⁸ Con l'introduzione del Codice della *privacy* il legislatore da un lato ha abrogato l'inciso dell'art. 38 dello Statuto dei lavoratori che sanzionava penalmente la violazione dell'art. 4, ma dall'altro ha disposto all'art. 171 del Codice che la violazione dell'art. 4 in esame è punita con le sanzioni dell'art. 38 dello Statuto...il tutto con buona pace dell'esigenza di semplicità e chiarezza (e, quindi, di effettiva conoscibilità) della normativa penale!

permane unicamente in riferimento al comma 1⁴⁹. Nessun reato si avrà, quindi, in caso di violazione del terzo comma dell'art. 4, sicché rimane nell'area del penalmente lecito un uso delle informazioni raccolte ai sensi dei commi 1 e 2 che avvenga senza la preventiva adeguata informazione al lavoratore o, ancora, in violazione delle norme sulla *privacy* (salvo, ovviamente, altre specifiche figure di reato da esse previste).

Ancora una volta, quindi, la norma che pone i maggiori vincoli contro un eccessivo controllo da parte del datore (soprattutto se attuato mediante gli strumenti di lavoro i quali sfuggono ai limiti di cui al primo comma) è sprovvista di un idoneo apparato sanzionatorio⁵⁰.

5. Conclusioni

Con l'analisi fin qui condotta si è tentato di dimostrare che la riforma dell'art. 4 St. lav. ha restituito una norma connotata da rilevanti criticità per lo meno sotto due importanti profili, ossia la definizione di precisi limiti al potere datoriale di controllo e la predisposizione di sanzioni contro la violazione degli stessi.

Quanto ai limiti, soprattutto a fronte di controlli effettuati attraverso strumenti di lavoro, da un lato essi si risolvono in obblighi in massima parte procedurali, mentre dall'altro il rinvio alla normativa sulla *privacy*, vista dal legislatore come norma di chiusura del sistema, si rileva inadeguato in quanto la stessa affida la demarcazione tra lecito e illecito alla finalità perseguita dal trattamento e, pertanto, la tutela da essa offerta risulta pesantemente influenzata dalla legalizzazione (entro i confini specificati) della finalità di controllo a distanza del dipendente.

⁴⁹ In tal senso v. DAGNINO, *op. cit.*, p. 1004.

⁵⁰ Altra problematica cui si può qui solo accennare riguarda, poi, la non chiara tipizzazione della condotta vietata dovuta alla già cennata antinomia tra i commi 1 e 3 dell'art. 4. Un'interpretazione restrittiva del terzo comma volta a consentire l'uso delle informazioni raccolte con gli strumenti di cui al primo comma solo se funzionale al perseguimento degli scopi dallo stesso tipizzati (sul punto DAGNINO, *op. cit.*, p. 1000) farebbe discendere, infatti, che ogni altra forma di impiego, non essendo giustificabile ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 4, si risolverebbe in un utilizzo difforme rispetto a quello permesso dal comma 1 e andrebbe, dunque, penalmente sanzionata. Ciò comporterebbe, però, un'inammissibile dilatazione della fattispecie penale, resa ancor più insidiosa dal fatto di essere fondata sull'ambiguità del testo normativo.

Quanto, infine, all'apparato sanzionatorio, anche volendo tralasciare la, forse non opportuna, delimitazione delle condotte penalmente rilevanti, esso rischia di rivelarsi ineffettivo a causa del possibile utilizzo processuale dei dati raccolti in spregio dei vincoli sopra analizzati.

Muovendo da tali rilievi a chi scrive pare, dunque, necessario un forte richiamo ai precetti costituzionali in un'ottica di contenimento di forme di controllo a distanza eccessivamente pervasive, ma che purtuttavia paiono poter sfuggire alle maglie della rete di tutele prevista dall'art. 4 St. lav. Ricordando, dunque, la *ratio* del titolo I dello Statuto dei lavoratori (significativamente rubricato "della libertà e dignità del lavoratore"), quella dello stesso art. 4⁵¹, nonché i fini definiti dal legislatore delegante⁵², devono assurgere quali criteri ermeneutici fondamentali della norma in esame i principi di cui agli artt. 2 e 41, co. 2 della Costituzione.

Senza voler far professione di passatismo, ma anzi riconoscendo l'opportunità di un intervento che ha l'indubbio merito di aver adeguato al mutato contesto tecnologico e sociale una norma per certi versi non più attuale, va, quindi, fermamente sottolineato che qualsivoglia forma di controllo, che pure possa apparire lecita rispetto alla lettera del solo articolo 4, deve essere improntata alla (e limitata dalla) tutela della dignità del lavoratore, anche, com'è stato lucidamente scritto, mediante la riduzione dell'"impegno di lavoro nei limiti di una certa tollerabilità o lassismo, senza esasperazioni di tipo stakanovistico"⁵³.

⁵¹ La cui relazione ministeriale di accompagnamento del 1970 chiarisce che il controllo deve rimanere in una "dimensione umana cioè non esasperata dall'uso di tecnologie che possono rendere la vigilanza stessa continua e anelastica eliminando ogni zona di riservatezza e di autonomia nello svolgimento del lavoro".

⁵² Art. I, co. 7, let. f), l. 183/14 che impone di contemperare esigenze dell'impresa e tutela della dignità e riservatezza del lavoratore.

⁵³ PERA, *Sub art. 4*, in ASSANTI, PERA, *Commento allo Statuto dei lavoratori*, Cedam, 1972, p. 25.

Abstract

Il saggio analizza la riforma dell'art. 4 St. lav. e della normativa sulla tutela dei dati personali, indagandone i reciproci rinvii e legami. L'A. procede, poi, con lo studio delle sanzioni applicabili in caso di violazione di detta normativa e ne vaglia l'idoneità in relazione al bene giuridico tutelato, con particolare attenzione all'utilizzabilità processuale dei dati personali raccolti mediante forme di controllo a distanza che integrino una violazione della normativa sulla privacy.

The essay focuses on the workers' privacy, as regulated in art. 4 of the Italian labour protection act (St. lav.) and in the new EU *GDPR*. The A. analyses the links between the two sets of rules and their combined effect. A specific attention is dedicated to the sanctions against the infringement of the provisions of the abovementioned art. 4. This topic is especially studied with regard to the possibility to use in a trial documents based on an illegal processing of personal data.

Key words

Controlli a distanza, art. 4 St. lav., privacy, prove illecite, sanzioni.

Remote control, art. 4 St. lav., privacy, unlawful evidences, sanctions.

Corte di Giustizia 25 ottobre 2018, C 331/17 – Pres. Lenaerts, Rel. Biltgen – Martina Sciotto c. Fondazione Teatro dell’Opera di Roma

Rinvio pregiudiziale – Politica sociale – Direttiva 1999/70/CE – Accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato – Clausola 5 – Misure volte a prevenire l’utilizzo abusivo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato – Normativa nazionale che esclude l’applicazione di tali misure nel settore di attività delle Fondazioni lirico-sinfoniche.

La clausola 5 dell’accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, concluso il 18 marzo 1999, che figura in allegato alla direttiva 1999/70/CE del Consiglio, del 28 giugno 1999, relativa all’accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, deve essere interpretata nel senso che essa osta ad una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, in forza della quale le norme di diritto comune disciplinanti i rapporti di lavoro, e intese a sanzionare il ricorso abusivo a una successione di contratti a tempo determinato tramite la conversione automatica del contratto a tempo determinato in un contratto a tempo indeterminato se il rapporto di lavoro perdura oltre una data precisa, non sono applicabili al settore di attività delle fondazioni lirico-sinfoniche, qualora non esista nessun’altra misura effettiva nell’ordinamento giuridico interno che sanzioni gli abusi constatati in tale settore.

★ ★ ★

Gaetano Natullo

La (in)stabile precarietà del lavoro a termine nelle Fondazioni lirico-sinfoniche*

Sommario: **1.** La Corte Europea “chiude” la vicenda del precariato nelle Fondazioni lirico-sinfoniche. **2.** L’annosa questione del lavoro a termine nel settore dello spettacolo e l’evoluzione della giurisprudenza. **3.** La (precedente) giurisprudenza della Corte Europea sul lavoro a termine nello spettacolo. **4.** Il rinvio pregiudiziale della Corte di Appello di Roma tra forma e sostanza. **5.** Le inevitabili censure della Corte Europea. **6.** Dopo la Corte Europea: il contratto a termine nelle fondazioni lirico-sinfoniche tra legge e contrattazione collettiva.

1. *La Corte Europea “chiude” la vicenda del precariato nelle Fondazioni lirico-sinfoniche*

Eravamo stati facili profeti, in occasione di un recente saggio sulla disciplina dei contratti a tempo determinato nel settore dello spettacolo¹, a preconizzare una censura di incompatibilità, da parte della Corte di Giustizia, della normativa italiana rispetto a quella europea. Censura puntualmente avvenuta con la decisione che qui si commenta.

Orientavano in questo senso sia il proliferare di giurisprudenza di merito e di legittimità sempre più propensa a rilevare l’illegittimità di contratti a termine stipulati con le fondazioni liriche², sia, soprattutto, le pronunce, nel 2015, della Corte di Giustizia Europea e della Corte costituzionale (su cui v. *infra* par. 2-3).

In siffatto contesto, e in considerazione di tali precedenti, non parevano esservi dubbi sulla assoluta incompatibilità della normativa italiana con la direttiva europea, ancora più dopo la recente evoluzione normativa che, con la riforma Fornero, prima (l. 92/12) ed il *job act* poi (d.lgs. 81/15) avevano eliminato anche i limiti “causali” all’apposizione del termine (fino alla reintroduzione ad opera del c.d. “decreto dignità”: d.l. 87/18).

Ebbene, la Corte di Appello di Roma ha, per certi versi, anticipato i

* Il contributo è destinato agli Studi in onore di Francesco Santoni.

¹ NATULLO, “Usi” e “abusi” del contratto a termine nel settore dello spettacolo, in SARACINI, ZOPPOLI L., *Riforme del lavoro e contratti a termine*, Editoriale Scientifica, 2017, p. 167 ss.

² Tra le tante, v. Cass. 12 marzo 2014 n. 5748; Cass. 28 settembre 2016 n. 19189; Cass. 16 ottobre 2018 n. 25800; Cass. 7 marzo 2019 n. 6680, tutte in *iusexplorer.it*.

tempi, sollevando dinanzi alla Magistratura Europea una questione pregiudiziale con riguardo alla disciplina precedente alle cennate riforme, quindi ancora in presenza dei limiti causali di cui al d.lgs. 368/01, versione pre-riforma Fornero, ottenendo dalla Corte Europea, nella sentenza che qui si commenta, il riconoscimento della incompatibilità della specifica normativa sui contratti a termine nel settore delle Fondazioni lirico-sinfoniche.

In questa sede, dunque, si coglie l'occasione per fare nuovamente il punto sulle complesse vicende del contratto a termine nel settore in questione.

2. *L'annosa questione del lavoro a termine nel settore dello spettacolo in Italia*

Prima di esaminare in dettaglio le argomentazioni della Corte Europea, è opportuno ripercorrere brevemente gli antefatti normativi e giurisprudenziali.

Il settore delle Fondazioni lirico-sinfoniche, e più in generale quello artistico e dello spettacolo³ è stato sempre contraddistinto, quanto ai rapporti di lavoro a termine, da un ossimoro: quello del lavoro subordinato “stabilmente a termine”. In quel settore, infatti, si è assistito, pur a fronte di radicali cambiamenti di assetto istituzionale dei “datori di lavoro” (in estrema sintesi da enti pubblici ad aziende private), al tentativo di consolidare, anche sul piano legislativo, un sistema di totale legittimazione del precariato, con prassi di perpetuazione indiscriminata di successivi rapporti a termine, al di fuori di qualsivoglia limite qualitativo (“ragioni” delle assunzioni a termine piuttosto che a tempo indeterminato), quantitativo (durata), sanzionatorio (conversione del contratto). In tal senso, con notevoli analogie con il settore della Scuola.

Sistema, quello in commento, le cui origini vanno certamente rinvenute nella carattere effettivamente e fisiologicamente “temporaneo”, in determinati casi, delle esigenze aziendali sottese alle prestazioni di lavoro, specie artistico; carattere fisiologico, però, patologicamente miscelato con esigenze strutturalmente permanenti, con inevitabili sconfinamenti nell'abuso dell'istituto del contratto a tempo determinato, e conseguente dunque contra-

³ Su cui, in generale, v. di recente CONTALDO, PELUSO, *L'evoluzione normativa in materia di fondazioni liriche, di istituzioni assimilate (concertistiche orchestrali e sinfoniche) anche alla luce delle recenti riforme legislative e degli interventi giurisprudenziali*, in *DdA*, 2018, p. 1.

sto/conflitto con le regole, dapprima solo nazionali poi europee, volte ad evitare “abusi”⁴.

In ragione delle peculiarità del settore, già la normativa del 1962 (art. 1, comma 2 lett. e), della l. 230/62), così come modificato dalla l. 266/77, inseriva, tra le ipotesi tassativamente previste in cui era consentita l'apposizione del termine: “le assunzioni di personale riferite a specifici spettacoli ovvero a specifici programmi radiofonici o televisivi”.

Pertanto, la normativa autorizzava la stipula di contratti di lavoro subordinato a termine, ma allo stesso tempo ne specificava i limiti, per l'appunto consistenti nella sussistenza della relazione di tali rapporti (“assunzioni”), a *specifici spettacoli ovvero programmi radiofonici o televisivi*.

Dottrina e giurisprudenza hanno poi meglio articolato e definito i termini di quella relazione⁵, in sintesi ritenendo necessaria la coesistenza dei seguenti requisiti:

- a) la *temporaneità* dell'occasione lavorativa rappresentata dalla trasmissione o dallo spettacolo⁶;
- b) la *specificità* del programma⁷;
- c) la connessione reciproca tra specificità dell'apporto del lavoratore e specificità del programma o spettacolo (il cd. *vincolo di necessità diretta*).

Ne viene di immediata conseguenza, che l'assunzione a termine deve

⁴ In particolare, come noto, la clausola 5 dell'Accordo recepito nella dir. 99/70, che individua le tre alternative condizioni che devono essere previste, dalle normative nazionali, per evitare l'abuso dell'utilizzo dei contratti a termine “[...] Per prevenire gli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato, gli Stati membri, [...] dovranno introdurre [...] una o più misure relative a: a) ragioni obiettive per la giustificazione del rinnovo dei suddetti contratti o rapporti; b) la durata massima totale dei contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato successivi; c) il numero dei rinnovi dei suddetti contratti o rapporti”). Sulla disciplina europea, per tutti e da ultimo, v. AIMO, *Il lavoro a termine tra modello europeo e regole nazionali*, Giappichelli, 2017, *passim*; ALESSI, *Flessibilità del lavoro e potere organizzativo*, Giappichelli, 2012; SARACINI, *Contratto a termine e stabilità del lavoro*, Editoriale Scientifica, 2013, p. 75 ss.

⁵ Cfr. *ex pluribus*, Cass. 10 novembre 2009 n. 23760; Cass. 25 settembre 2008 n. 24049, con nota di NAIMOLI, in *RGL*, II, p. 388 ss. Quest'ultima sentenza si riferisce in particolare all'attività di programmatista regista alle dipendenze della RAI.

⁶ che devono cioè essere di durata limitata all'arco di tempo della programmazione complessiva e quindi destinati ad esaurirsi; dunque tali da non consentire l'utilizzazione di un lavoratore a tempo indeterminato (tra quelli costituenti la dotazione organica dell'azienda/ente) o comunque da non giustificare l'assunzione di un (altro) lavoratore a tempo indeterminato.

⁷ Ossia unico, anche se articolato in più puntate o ripetuto nel tempo, e con una connotazione sua particolare.

riguardare un lavoratore il cui apporto lavorativo si inserisca, con vincolo di necessità diretta, nello specifico spettacolo, in quanto non è sufficiente la mera qualifica artistica del personale, ma è indispensabile che l'apporto medesimo non sia sostituibile con le prestazioni del personale di ruolo dell'azienda⁸.

Tale assetto, sostanzialmente consolidato, viene "complicato", nel settore degli Enti lirici, dalla loro natura pubblicistica, all'epoca⁹, che ha giustificato, anche nella logica della salvaguardia di una virtuosa gestione finanziaria degli enti lirici, l'emanazione di norme volte ad evitare l'applicazione nel settore della sanzione generalmente prevista, ai sensi della legge del 1962, in caso di violazione dei limiti legislativi: la conversione del rapporto (nullità del termine e costituzione di rapporto di lavoro a tempo indeterminato)¹⁰.

Ad ulteriore complicazione, negli anni 90, si è avuta la trasformazione degli enti lirici in Fondazioni di diritto privato¹¹. "Privatizzazione" che, però, non ha impedito al legislatore di perpetuare per via legislativa, con riguardo ai contratti a termine, la conservazione di un regime "speciale", derogatorio a quello generale previsto nel settore privato (ma anche, in parte, pubblico).

Infatti, già in occasione della trasformazione degli Enti pubblici non economici che operavano nel settore musicale in Fondazioni di diritto privato, il legislatore all'art. 22, co. 2, ha confermato le deroghe in tema di proroghe e rinnovi previste dalla disciplina generale all'epoca vigente (l.

⁸ Cass. 24 gennaio 2006 n. 1291, in *www.iusexplorer.it*; Cass. 24 gennaio 2000 n. 774, in *www.iusexplorer.it*; Cass. 9 novembre 2005 n. 2107, in *www.iusexplorer.it*.

⁹ La l. 14 agosto 1967 n. 800 (recante il nuovo ordinamento degli enti lirici e delle attività musicali), dopo aver affermato che "Lo Stato considera l'attività lirica e concertistica di rilevante interesse generale, in quanto intesa a favorire la formazione musicale, culturale e sociale della collettività nazionale" (art. 1, comma 1) e previsto che "Per la tutela e lo sviluppo di tali attività lo Stato interviene con idonee provvidenze" (art. 1, comma 2), sanciva che gli enti autonomi lirici e le istituzioni concertistiche assimilate avevano personalità giuridica di diritto pubblico.

¹⁰ L. 22 luglio 1977 n. 426, art. 3 come modificato dalla l. 6 marzo 1980 n. 54, art. 2 che, nella parte che qui interessa, così recita:

"Sono altresì, vietati i rinnovi dei rapporti di lavoro che, in base a disposizioni legislative o contrattuali, comporterebbero la trasformazione dei contratti a termine in contratti a tempo indeterminato. Le assunzioni attuate in violazione del divieto di cui al precedente comma sono nulle di diritto, ferma la responsabilità personale di chi le ha disposte" (commi 4 e 5).

¹¹ Dapprima il d.lgs. 29 giugno 1996 n. 367; di poi il d.l. 24 novembre 2000 n. 345 (recante disposizioni urgenti in tema di fondazioni lirico-sinfoniche), convertito in legge, con modificazioni, dalla l. 26 gennaio 2001 n. 6, art. 1.

230/1962), sancendo l'applicazione soltanto dell'art. 1, co. 2 (le causali tipiche) e andando ad identificare la sussistenza di esigenze temporanee «nelle assunzioni di personale riferite a specifici spettacoli ovvero a specifici programmi radiofonici o televisivi»¹².

Il già precario equilibrio del settore ha poi subito ulteriori colpi con la successiva evoluzione normativa sui contratti a termine. Ai nostri fini risulta opportuno solo ricordare:

a) la già richiamata clausola 5 dell'Accordo recepito nella dir. 99/70.

b) la conferma, nel d.lgs. 368/01, della disciplina derogatoria per i contratti a tempo determinato delle fondazioni lirico – sinfoniche¹³, restringendo l'apparato sanzionatorio alle sole ipotesi di violazioni legate alla mancanza di forma scritta ed alla mancanza delle “ragioni obiettive”, non rilevando quelle connesse alla successione dei contratti;

c) le riforme tra il 2012 ed il 2015 (l. 92/12; d.lgs. 81/15), con le quali, come noto, il legislatore è intervenuto ancora una volta sulla disciplina generale del contratto a termine, introducendo la previsione per cui è il contratto di lavoro a tempo indeterminato “la forma comune di rapporto di lavoro” (attuale art. 1 d.lgs. 81/15) e sancendo la a-causalità del contratto a termine¹⁴;

d) infine, l'ulteriore recente riforma nel 2018, con il d.l. 87, conv. con l.

¹² Cass. 20 marzo 2014 n. 6457, in *www.iusexplorer.it*: “Successivamente alla trasformazione degli enti lirici in fondazioni di diritto privato (a partire, dunque, dal 23 maggio 1998), e fino all'entrata in vigore del d.lgs. 368 del 2001, ai contratti di lavoro a termine stipulati con le fondazioni lirico sinfoniche si applica la disciplina prevista dalla l. 230 del 1962, con l'unica esclusione costituita dall'art. 2 legge cit., relativa alla proroghe, alla prosecuzione ed ai rinnovi dei contratti a tempo determinato, come stabilito dal d.lgs. 367 del 1996, art. 22”.

¹³ Così l'art. 11, co. 4, d.lgs. 368/01, per cui alle Fondazioni non si applica la disciplina della proroga, della scadenza del termine, della successione dei contratti e delle relative conseguenze sanzionatorie in termini di maggiorazione retributiva e conversione del rapporto a tempo indeterminato. Ad esse non trova applicazione nemmeno il limite complessivo di durata di trentasei mesi e le altre disposizioni introdotte successivamente negli artt. 4 e 5 del d.lgs. 6 settembre 2001 n. 368 da parte dell'art. 1, comma 40 della l. 24 dicembre 2007 n. 247 (cd. pacchetto welfare), compresi i diritti di precedenza nelle assunzioni.

¹⁴ AIMO, *Il lavoro a termine*, cit., p. 118 ss.; SARACINI, *Contratto a termine*, cit., p. 99 ss.; SPEZIALE, *La riforma del contratto a termine nella legge 28 giugno 2012, n. 92*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”*. IT - 153/2012, p. 1 ss.; VOZA, *Il contratto di lavoro a tempo determinato*, in CHIECO (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92*, Cacucci, 2013, p. 75 ss.; TIRABOSCHI, *Il lavoro a tempo determinato*, in TIRABOSCHI (a cura di), *Le nuove regole del lavoro dopo il Jobs Act*, Giuffrè, 2016, p. 155 ss.; ZOPPOLI L., *La disciplina post-vincolistica del lavoro a termine in Italia*, in SARACINI, ZOPPOLI L., *Riforme del lavoro*, cit., p. 13 ss.

96/18 (c.d. “decreto dignità”), che, come noto, con una parziale retromarcia, ha nuovamente ampliato i vincoli, sia qualitativi (causali), sia quantitativi (durata massima di 24 mesi)¹⁵.

Fatta questa premessa, anche nell’attuale disciplina il settore delle Fondazioni lirico-sinfoniche resta comunque escluso dall’applicazione sia del limite della durata del contratto (24 mesi), sia della soglia di lavoratori assunti a tempo indeterminato (cd. clausola di contingentamento), sia dei limiti a proroghe e rinnovi.

Al contempo, per far fronte al crescente contenzioso derivante dalle norme speciali in materia, il legislatore è intervenuto a rinforzare i sempre più deboli argini del sistema, dapprima con il cd. Decreto Bondi (decreto legge 30 aprile 2010 n. 64 – Disposizioni urgenti in materia di spettacolo e attività culturali)¹⁶; successivamente con l’art. 40, comma 1-bis, d. l. 21 giugno 2013 n. 69 (oggetto della pronuncia della Corte costituzionale del 2015)¹⁷, nel tentativo, non riuscito, di perpetuare il divieto di stabilizzazione dei rapporti risalente all’epoca della natura pubblica degli enti lirici e porre un freno al contenzioso giudiziale ed alla giurisprudenza che aveva inteso in senso restrittivo il divieto di stabilizzazione sancito nel 2010, limitandolo alle sole ipotesi di rinnovo¹⁸.

¹⁵ In virtù delle deroghe ex art. 29, co.3, d.lgs. 81/15. Sulla riforma del 2018 V. FIORILLO, PERULLI, «Decreto dignità» e Corte Costituzionale n. 194 del 2018. Come cambia il «Jobs act»; Giapichelli, 2019; ZOPPOLI L., *Il diritto del lavoro gialloverde: tra demagogia, cosmesi e paralisi regressiva*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT - 377/2018; PASSALACQUA, *Il contratto di lavoro subordinato a tempo determinato e la somministrazione di lavoro alla prova del decreto dignità*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT - 380/2018.

¹⁶ Disponendo che “alle fondazioni lirico-sinfoniche, fin dalla loro trasformazione in soggetti di diritto privato, continua ad applicarsi l’art. 3, quarto e quinto comma, della legge 22 luglio 1977 n. 426 e successive modifiche, anche con riferimento ai rapporti di lavoro instaurati dopo la trasformazione in soggetti di diritto privato e al periodo anteriore alla data di entrata in vigore del d.lgs. 368/2001”.

¹⁷ L’art. 3, comma 6, primo periodo, del decreto-legge 30 aprile 2010 n. 64, si interpreta nel senso che alle fondazioni, fin dalla loro trasformazione in soggetti di diritto privato, non si applicano le disposizioni di legge che prevedono la stabilizzazione del rapporto di lavoro come conseguenza della violazione delle norme in materia di stipulazione di contratti di lavoro subordinato a termine, di proroga o di rinnovo dei medesimi contratti”.

¹⁸ Estremamente utile, per riassumere lo “stato dell’arte” normativo ed interpretativo a valle della complessa evoluzione normativa, la sintesi operata dalla Suprema Corte nella recente e già citata sentenza del 2014 (Cass. 20 marzo 2014 n. 6457):

a) ai contratti del personale artistico sottoscritti prima della trasformazione degli enti lirici

Ed invero, come ricordato la prevalente giurisprudenza ha continuato, anche dopo il 2010, ad accogliere in molti casi le istanze di accertamento della nullità del termine, ritenendo comunque decisiva la valutazione di nullità del termine apposto al primo contratto, indipendentemente dalla incidenza delle proroghe e/o dei rinnovi, nel momento in cui tale termine fosse insufficientemente “giustificato”¹⁹. Tale corposa giurisprudenza ha pertanto suggerito al legislatore, come ricordato, l’introduzione nel 2013 della norma

in fondazioni con personalità giuridica di diritto privato (ovvero prima del 23 maggio 1998) sono inapplicabili le disposizioni della l. 18 aprile 1962 n. 230, e in particolare le norme sui rinnovi dei rapporti di lavoro (l. 426 del 1977, art. 3, commi 4 e 5);

b) successivamente alla trasformazione (a partire, dunque, dal 23 maggio 1998), e fino all’entrata in vigore del d.lgs. 368 del 2001, ai contratti di lavoro a termine stipulati con le fondazioni lirico-sinfoniche si applica la disciplina prevista dalla l. 18 aprile 1962 n. 230, con l’unica esclusione costituita dall’art. 2 legge cit., relativa alla proroghe, alla prosecuzione ed ai rinnovi dei contratti a tempo determinato, come stabilito dal d.lgs. 29 giugno 1996 n. 367, art. 22;

c) dopo l’entrata in vigore del d. lgs. 6 settembre 2001 n. 368, ai contratti di lavoro a termine stipulati dal personale delle fondazioni lirico-sinfoniche previste dal d. lgs. 29 giugno 1996 n. 367, si applicano le disposizioni di cui al d. lgs. 368/2001, con le uniche esclusioni costituite dall’art. 4, relativo alle proroghe, e dall’art. 5, relativo alle prosecuzioni ed ai rinnovi, come stabilito dal d. lgs. 368/2001, art. 11, comma 4;

d) il d.l. 30 aprile 2010 n. 64, art. 3, comma 6, convertito in legge con modificazioni, con l. 29 giugno 2010 n. 100, nella parte in cui dispone che “alle fondazioni lirico-sinfoniche, fin dalla loro trasformazione soggetti di diritto privato, continua ad applicarsi la l. 22 luglio 1977 n. 426, art. 3, commi 4 e 5, e successive modificazioni, anche con riferimento ai rapporti di lavoro instaurati dopo la loro trasformazione in soggetti di diritto privato e al periodo anteriore alla data di entrata in vigore del d.lgs. 368/2001”, ha un valore meramente confermativo della inapplicabilità ai rapporti in esame delle norme in tema di rinnovi dei contratti a tempo determinato, dovendosi intendere tale termine riferito alla continuazione del rapporto di lavoro dopo la sua scadenza e per un periodo superiore a quello indicato dal legislatore, la riassunzione del lavoratore effettuata prima della scadenza del periodo minimo fissato dalla legge, nonché, infine, il fenomeno delle assunzioni successive alla scadenza del termine e senza soluzione di continuità. L’art. 3 non riguarda invece i vizi afferenti alla mancanza dell’atto scritto e alla insussistenza delle ipotesi tipiche ovvero delle ragioni di carattere produttivo che legittimano l’apposizione del termine.

¹⁹ Per la giurisprudenza di merito cfr. Trib. Napoli 2 dicembre 2012 n. 8424; Trib. Roma 17 febbraio 2012 n. 3105; sulla nullità del termine e la relativa conversione v. anche Trib. Milano 2 febbraio 2012 n. 564; Trib. Milano 15 dicembre 2011 n. 6189; Trib. Palermo 18 maggio 2007. Un orientamento minoritario ha invece adottato un approccio estensivo del divieto di stabilizzazione anche rispetto alle altre ipotesi di nullità del termine contemplate dalla disciplina generale. V. Trib. Roma 24 giugno 2011 n. 1190; C. App. Palermo 12 maggio 2011 n. 304. V., in dottrina, CONTE, *Fondazioni liriche, la Cassazione cala il sipario?*, in *Bollettino Diritti e lavoro*, 2014, n. 5, p. 2.

“esegetica”, su cui è intervenuto il Giudice delle leggi con la citata pronuncia del 2015²⁰.

La pronuncia del Giudice delle leggi censura severamente il tentativo del legislatore italiano di risolvere l'esistente contenzioso con una norma sostanzialmente di applicazione retroattiva, sebbene celata dietro un'apparente diversa veste, – nel nostro caso di norma di interpretazione –.

3. *La (precedente) giurisprudenza della Corte Europea sul lavoro a termine nello spettacolo*

La Corte Costituzionale ha trovato un importante supporto in una pronuncia della Corte di giustizia di poco precedente²¹, espressamente richiamata dal nostro Giudice delle leggi, intervenuta con riguardo alla normativa lussemburghese, ma su vicenda e fattispecie con decisive analogie a quella italiana²². In estrema sintesi, nella citata pronuncia, la Corte europea si è mossa in linea di continuità con la consolidata giurisprudenza comunitaria²³ che, chiamata a più riprese a pronunciarsi sulla questione dell'“obiettività”²⁴ delle

²⁰ Corte cost. 1 dicembre 2015 n. 260, in *GC*, 6, 2015, p. 2261, con nota di GHERA. V. anche il commento di NATULLO, *GIORNALE*, *Il contratto a termine nel settore dello spettacolo: peculiarità e abusi*, in *DLM*, 2016, I, p. 123 ss.

²¹ C. Giust. 26 febbraio 2015 C-238/14, commissione contro Granducato di Lussemburgo (che riprende le affermazioni della sentenza della C. Giust. 26 novembre 2014, nelle cause riunite C-22/13, da C-61/13 a C-63/13 e C-418/13), su cui v. AIMO, *op. cit.*, p. 181 ss.; MENGHINI, *Fondazioni lirico-sinfoniche e contratti di lavoro a termine*, in *RGL*, 2016, II, p. 172; NATULLO, *GIORNALE*, *op. cit.*

²² Il diritto lussemburghese prevede che la durata dei contratti a tempo determinato non può, per un medesimo dipendente, superare i 24 mesi, inclusi i rinnovi. Un'altra disposizione stabilisce, tuttavia, che i contratti a termine conclusi per i lavoratori saltuari dello spettacolo possono essere rinnovati più di due volte, anche per una durata totale superiore ai 24 mesi, senza essere considerati per questo come contratti a tempo indeterminato. A parere della Commissione il diritto lussemburghese non prevede alcuna ragione obiettiva che consenta di prevenire l'utilizzo abusivo di una successione di contratti a tempo determinato conclusi con i lavoratori saltuari dello spettacolo. Essa ha, dunque, proposto un ricorso per inadempimento contro il Lussemburgo dinanzi alla Corte di giustizia.

²³ Sulla quale, in generale e da ultimo, v. AIMO, *Il lavoro a termine*, cit.

²⁴ L'obiettività può ben essere ricostruita alla luce del carattere provvisorio delle esigenze poste alla base della stipulazione di un contratto a termine. V. C. Giust. C-378/07 *Angelidaki* punto 102.

ragioni giustificative dell'apposizione del termine, pur accogliendone una definizione alquanto estensiva²⁵, ha da sempre tenuto conto del rischio che il contratto a termine possa essere utilizzato non quale mezzo giuridico per far fronte a fabbisogni di carattere esclusivamente temporaneo, bensì per soddisfare di fatto esigenze permanenti e durevoli²⁶. Ebbene, condivisibilmente, la Corte, giudicando sulla normativa lussemburghese regolativa del lavoro a termine del settore dello spettacolo, caratterizzata da un complesso di deroghe assai simile a quella italiana, ne ha dovuto rilevare l'incompatibilità con la direttiva europea sul contratto a termine, constatando la mancata previsione di tutte e tre le "contromisure" previste dalla "clausola 5", come detto funzionalmente preposte ad evitare "abusi" ed un utilizzo indiscriminato, e come tale *contra legem*, del contratto a tempo determinato.

In particolare, la Corte ritiene che il rinnovo di contratti successivi con i lavoratori "saltuari" dello spettacolo non è giustificato, nel diritto lussemburghese, da una "ragione obiettiva": infatti, tale normativa, non chiarendo che la condizione di "lavoratori saltuari dello spettacolo" deve essere legata a progetti individuali e circoscritti nel tempo e non collegando la loro situazione ad esigenze di natura temporanea, risulta in contrasto con la Direttiva 99/70/CE.

A ciò consegue che i datori di lavoro possono concludere una succes-

²⁵ Sulla nozione di "ragioni obiettive" si è pronunciata dichiarando che quest'ultima deve essere riferita a circostanze precise e concrete che contraddistinguono una determinata attività e, pertanto, tali da giustificare, in tale peculiare contesto l'utilizzo di una successione di contratti di lavoro a tempo determinato. Dette circostanze possono risultare, segnatamente dalla particolare natura dei compiti per l'espletamento dei quali sono stati conclusi i contratti in questione, dalle caratteristiche ad essi inerenti o, eventualmente, dal perseguimento di una legittima finalità di politica sociale di uno Stato membro. V. C. Giust. 4 luglio 2006, C- 212/04 *Adelener*, ord. *Vassillakis* 12 giugno 2008 C 364/07, C. Giust. 13 settembre 2007, C-307/05 *Del Cerro Alonso*. Il giudice europeo, mediante un approccio teleologico, ha più volte ribadito che, indipendentemente dalla misura in concreto adottata dal singolo Stato membro, ciò che deve essere garantito è l'effettività della prevenzione in ordine all'utilizzo abusivo di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato successivi, trattandosi di misure alternative ma complementari tra loro. Ora, come si è detto, è evidente che uno Stato membro nel normare un settore particolare quale può considerarsi quello dello spettacolo, possa prevedere una disciplina che tenga conto delle peculiarità insite nell'attività oggetto del contratto o rapporto di lavoro. Parallelamente però tale facoltà non consente, a parere della Corte, di non rispettare l'obbligo di prevedere una misura adeguata a prevenire e, eventualmente, sanzionare il ricorso abusivo a una successione di contratti a termine.

²⁶ C. Giust. *Angelidaki*, cit.

sione di contratti con i lavoratori saltuari dello spettacolo per soddisfare non solo esigenze temporanee, ma anche esigenze permanenti e durevoli in materia di personale.

La stessa Corte Costituzionale del 2015, proprio attraverso il richiamo alla Corte Europea, pareva implicitamente esprimere un giudizio svalutativo non solo della norma sottoposta al suo vaglio, ma anche più in generale al complessivo assetto normativo nazionale che regola il contratto a termine nel settore delle Fondazioni lirico-sinfoniche²⁷.

4. *Il rinvio pregiudiziale della Corte d'Appello di Roma tra forma e sostanza*

La Corte Europea è stata sollecitata ad intervenire dalla Corte di Appello di Roma con un provvedimento che a dire il vero qualche perplessità la solleva²⁸.

In premessa va ricordato che alla vicenda oggetto del giudizio *de quo* si applica(va) *ratione temporis* ancora la disciplina del contratto a tempo determinato di cui al d.lgs. 368/01, nella versione precedente alle riforme *ex l.* 92/12 (“Fornero”) e d.lgs. 81/15 (“Jobs Act”).

Orbene, sulla scorta di quella disciplina, ma anche di quella successiva, ci si sarebbe attesi che al vaglio della Magistratura Europea la questione di compatibilità della specifica normativa sui contratti a termine nel settore delle Fondazioni lirico sinfoniche fosse esplicitamente posta in termini più generali e, per così dire, “complessivi”: con riguardo, cioè, all’intera disciplina come risultante dal combinato disposto delle “deroghe” di cui all’art. 11

²⁷ “...Nell’estendere il divieto di conversione del contratto a tempo determinato oltre i confini originariamente tracciati, includendo anche l’ipotesi di un vizio genetico del contratto a tempo determinato, la norma pregiudica un aspetto fondamentale delle tutele accordate dall’ordinamento ai rapporti di lavoro, in un contesto già connotato in senso marcatamente derogatorio rispetto al diritto comune. Del resto, con riguardo ai lavoratori dello spettacolo, la Corte di giustizia ha valorizzato il ruolo della “ragione obiettiva” come mezzo adeguato a prevenire gli abusi nella stipulazione dei contratti a tempo determinato e come punto di equilibrio tra il diritto dei lavoratori alla stabilità dell’impiego e le irriducibili peculiarità del settore (sentenza 26 febbraio 2015, nella causa C-238/14, Commissione contro Granducato di Lussemburgo, che riprende le affermazioni della sentenza della Corte di giustizia, 26 novembre 2014, nelle cause riunite C-22/13, da C-61/13 a C-63/13 e C-418/13, Mascolo ed altri)”.

²⁸ Cfr. DE MICHELE (*La sentenza sciotto della Corte UE e la conversione a tempo indeterminato nel pubblico impiego nel nuovo scontro con la consulta e nel recente dialogo con la cassazione*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT - 383/2019*) che addirittura lo definisce “pretestuoso”.

d.lgs. 368/01 e delle norme “speciali” per il settore (in particolare il d.l. 64/10, conv. con l. 100/10).

Ciò in quanto, per le ragioni anche sopra ricordate, sulla sola scorta delle deroghe alla disciplina generale del contratto a termine (in particolare agli artt. 4 e 5 d.lgs. 368/01), i rapporti dei lavoratori delle Fondazioni erano esclusi da qualsiasi limite relativamente a: motivi e numero di proroghe; motivi e numero di rinnovi; durata massima dei contratti o rapporti successivi. Con ciò, per tutta evidenza, non rispettando alcuna delle misure individuate dalla “clausola 5” della dir. 1999/70 ai fini della prevenzione degli abusi nell'utilizzo della tipologia contrattuale.

Ebbene, il Giudice *a quo* parte da premesse non del tutto corrette: ossia, dalla affermazione che nel settore in questione vige il divieto di stabilizzazione. Laddove, invece, la normativa dalla stessa Corte di Appello richiamata dispone, più esattamente, il divieto di “rinnovi dei rapporti di lavoro che, in base a disposizioni legislative o contrattuali, comporterebbero la trasformazione dei contratti a termine in contratti a tempo indeterminato...”, con previsione di nullità delle relative assunzioni (l. 426/77); dall'altro lato (d.l. 91/13, art. 11), obbliga al ricorso a procedure selettive pubbliche per le assunzioni.

Del resto, come ricordato, negli ultimi anni sono sempre più numerose le pronunce della giurisprudenza, sia di merito che di legittimità, che hanno condannato Fondazioni liriche alla conversione di rapporti di lavoro a termine, previa declaratoria della loro illegittimità²⁹.

Ancora, sempre in via di premessa, il Giudice *a quo* constata che, in ragione della sussistenza dei due principi sopra richiamati, si pone la questione della compatibilità con la normativa europea sotto il profilo della tutela del lavoratore nei casi di reiterazione oltre il triennio di rinnovi e proroghe dei contratti a tempo determinato. E, dunque, se ben si intende, la Corte di Appello sembra ritenere che la questione si ponga in caso di superamento del

²⁹ V. la giurisprudenza sopra citata (spec. in nota 2), tra cui Cass. 07 marzo 2019 n. 6680; prima sentenza, che ci risulti, che espressamente in motivazione fa riferimento anche alla decisione della CGUE che qui si commenta. Sul punto specifico della “stabilizzazione” e del limite alle assunzioni, v. Cass. 16 ottobre 2018 n. 25800, cit., ove chiarisce che: “[...] la circostanza che le assunzioni a tempo indeterminato di personale artistico avvengano di norma per concorso pubblico (disposizione ben diversa da quella di cui all'art. 97 Cost.) non pone limitazioni al giudice in caso di accertata sussistenza dei presupposti per la conversione del rapporto a tempo determinato in rapporto a tempo indeterminato [...]”.

limite temporale di durata massima di trentasei mesi; limite, però, come si è chiarito all'epoca non vigente per il settore in questione, in virtù dell'esplicita deroga prevista dall'art. 11 d.lgs. 368/01.

Sulla scorta di tali premesse, e dopo aver richiamato i precedenti giurisprudenziali in materia della Corte Europea e della Corte Costituzionale, il Giudice *a quo* pone poi la questione pregiudiziale, anche in questo caso in maniera non del tutto convincente, chiedendo alla Corte se la normativa europea osti a quella nazionale (art. 3 co. 6 d.l. 64/10) che, escludendo in via generale i rapporti di lavoro a tempo determinato nelle Fondazioni lirico-sinfoniche dalla regola secondo cui la forma normale di rapporto di lavoro è quella a tempo indeterminato, deve essere interpretata come una completa liberalizzazione di tali rapporti, senza previsione, anche in caso di reiterazione oltre il triennio, di misure di conversione del rapporto (stabilizzazione) e/o di risarcimento dei danni, formulando lo specifico quesito: “Se la normativa nazionale (in particolare di cui all'art. 3, comma 6, del decreto-legge 30 aprile 2010 n. 64, [recante disposizioni urgenti in materia di spettacolo e attività culturali], convertito, con modificazioni, nella legge 29 giugno 2010 n. 100, nella parte in cui stabilisce che: “Non si applicano, in ogni caso, alle fondazioni lirico-sinfoniche le disposizioni dell'articolo 1, commi 01 e 2, del decreto legislativo [n. 368/2001]”), sia contraria alla clausola 5 dell'[accordo quadro]...”.

Ed invero, la questione non è tanto, e comunque solo, che la normativa italiana non prevede alcuna misura di prevenzione degli abusi in situazione di illegittima apposizione del termine, perché non è prevista la conversione del rapporto, o comunque una stabilizzazione, né in alternativa il risarcimento del danno. Ciò che maggiormente rileva, invece, è che ai sensi della normativa all'epoca vigente, l'apposizione del termine poteva risultare illegittima solo nei casi di assenza di motivazione “temporanea” in occasione del primo contratto di lavoro; con esclusione, invece, a meno di particolari forzature interpretative, di ogni ipotesi di vizio di illegittimità per i contratti successivi (proroghe, rinnovi, durata massima). E dunque, è nell'assenza di qualsivoglia limite normativo per le ipotesi sopra richiamate che, a nostro parere, ma anche come si vedrà a parere della Corte Europea, vanno rinvenute le effettive e serie violazioni della direttiva europea ed in particolare della sua clausola n. 5.

Invero, per dare un senso pienamente compiuto alle argomentazioni del Giudice di rinvio, occorre esplicitare ciò che la Corte di Appello dice ma in

modo alquanto ermetico: laddove evidenza che la deroga legislativa ai commi 01 e 2 dell'art. 1 d.lgs. 368/01 (corrispondenti agli attuali art. 1 e 19, co. 3, d.lgs. 81/15) comporta il venire meno "...del principio imperativo generale del contratto di lavoro a tempo (in)determinato [l'errore materiale è palese] come genotipo dei contratti di lavoro".

Ed infatti, occorre considerare che l'argomento tradizionalmente consolidato in giurisprudenza per derivare dalla nullità del termine apposto al contratto non la nullità dell'intero contratto, bensì la conversione in un contratto a tempo indeterminato, poggia sull'art. 1419 co. 2 (anche in combinato disposto con art. 1339 c.c.), a norma del quale la nullità di singole clausole non importa la nullità del contratto, quando le clausole nulle sono sostituite di diritto da norme imperative³⁰. Orbene, l'applicabilità di tale meccanismo logico-giuridico si fonda, per un verso, proprio sul principio che è il contratto a tempo indeterminato la "regola" (tipologia) generale e "normale" del contratto di lavoro; ovvero, per altro verso, sulla sussistenza di specifiche disposizioni che espressamente dispongano la conversione (come nel caso degli artt. 2 e 4 d.lgs. 368/01, ed attuali artt. 19-22 d.lgs. 81/15).

Dunque, il venire meno, come nel settore in esame, sia del principio generale (il contratto "tipico" di lavoro subordinato è a tempo indeterminato), sia delle disposizioni specifiche, in ragione delle norme derogatorie sopra considerate, condurrebbe alla conseguenza della "equivalenza" tipologica del contratto a termine rispetto a quello a tempo indeterminato. E, sul piano delle regole civilistiche, alla impossibilità di applicare il meccanismo di cui al 1419 c.c. sopra ricordato; di conseguenza, alla "mera" nullità del contratto di lavoro come effetto della nullità della clausola del termine ad esso apposta. In buona sostanza, anche nel caso di violazione di eventuali limiti alla stipula di contratti a termine, non sarebbe giustificabile, ove non espressamente prevista dalla normativa speciale, la sanzione della "conversione" (né con ogni probabilità, salvo gravosi oneri probatori, anche quella risarcitoria).

³⁰ Chiarissima Cass. 21 maggio 2008 n. 12985 (in *DL*, 2008, 3, p. 889): "La mancanza di ragioni giustificatrici dell'apposizione del termine al contratto di lavoro non comporta la nullità dell'intero contratto ex art. 1419, comma 1, c.c., ma la mera sostituzione della clausola nulla ex art. 1419, comma 2, c.c. con conseguente trasformazione del rapporto a tempo indeterminato; ciò anche in mancanza di una norma che espressamente stabilisca le conseguenze di tale omissione, giacché la sanzione da applicarsi ben può essere ricavata dai principi generali e, comunque, interpretando la norma nel quadro delineato dalla direttiva 1999/70/Ce, della quale il d.lg. 6

5. *Le inevitabili censure della Corte Europea*

La Corte Europea, comunque, non si è lasciata portare fuori strada dal dispositivo di rinvio della Corte di Appello, in ciò agevolata, per un verso, dalle argomentazioni di quest'ultima, nella parte in cui si evidenzia, con riferimento alla complessiva disciplina del lavoro a termine nelle Fondazioni liriche (all'epoca vigente), la totale assenza di limiti necessari e sufficienti a garantire l'"effetto utile" di impedire l'abuso nel ricorso al contratto a tempo determinato, obiettivo della direttiva europea; per altro verso, anche dal suo precedente, sopra illustrato, relativo a questione analoga, pur se riferita alla disciplina lussemburghese.

Nella citata decisione del 2015 della Corte Europea, infatti, al di là del riferimento alla nozione di "*lavoratore saltuario dello spettacolo*", normativamente regolata dal diritto lussemburghese e non prevista nel nostro ordinamento, si prende atto che: "...è pacifico che la normativa nazionale in esame consente di assumere lavoratori saltuari dello spettacolo nell'ambito di una successione di contratti di lavoro a tempo determinato, senza prevedere alcuna misura che limiti la durata massima totale di tali contratti o il numero di rinnovi di questi ultimi, conformemente alla clausola 5, punto 1, lettere b) e c), dell'accordo quadro...[nonché che]... si deve constatare che la normativa lussemburghese di cui trattasi non impedisce ai datori di lavoro di concludere una successione di contratti di lavoro a tempo determinato con lavoratori saltuari dello spettacolo per soddisfare esigenze permanenti e duraturi relative al personale", con assenza, pertanto, dell'ulteriore limite delle "ragioni obiettive che giustificano il rinnovo di tali contratti o rapporti di lavoro", di cui alla clausola n. 5, punto 1, dell'Accordo Quadro recepito nella direttiva, ove per obiettive si intendono sostanzialmente, secondo l'interpretazione della stessa Corte Europea, ragioni "temporanee".

E, dunque, ha buon gioco la Corte Europea nell'estendere le argomentazioni all'analoga fattispecie del lavoro a termine (artistico, ma non solo) nelle Fondazioni lirico sinfoniche in Italia. Ciò, con riguardo alla parte, per così dire, "implicita" del rinvio pregiudiziale: quella cioè relativa all'assenza di almeno uno dei tre limiti di cui alla clausola 5, dal momento che la disciplina specifica per le Fondazioni, sopra illustrata, deroga a quella generale sia

sul piano “quantitativo” (proroghe, rinnovi, durata massima dei contratti o rapporti), sia su quello, per così dire, “qualitativo”, relativo alle “ragioni obiettive” dei rinnovi o proroghe.

Su quest’ultimo punto la Corte replica agevolmente, in applicazione dei suoi stessi consolidati orientamenti, alle argomentazioni, invero alquanto deboli, del governo italiano. La Corte parte dalla premessa che “per quanto riguarda la nozione di «ragioni obiettive», quest’ultima dev’essere intesa nel senso che si riferisce a circostanze precise e concrete che contraddistinguono una determinata attività e, pertanto, tali da giustificare, in tale peculiare contesto, l’utilizzo di una successione di contratti di lavoro a tempo determinato. Dette circostanze possono risultare, segnatamente, dalla particolare natura delle funzioni per l’espletamento delle quali sono stati conclusi i contratti in questione, dalle caratteristiche ad esse inerenti o, eventualmente, dal perseguimento di una legittima finalità di politica sociale di uno Stato membro”, sulla scorta di tali premesse così prosegue.

A) Con riguardo all’argomento della natura pubblica delle Fondazioni. Premesso che sul punto la Corte nemmeno considera che le Fondazioni lirico sinfoniche, come tali, non hanno natura giuridica di diritto pubblico, ma di diritto privato, sebbene soggette a controlli e finanziamenti statali, ad ogni modo ribatte agevolmente (riportando sua ampia giurisprudenza)³¹: “si deve sottolineare che un siffatto carattere non incide sulla tutela di cui beneficia un lavoratore in base alla clausola 5 dell’accordo quadro. Infatti, secondo una giurisprudenza costante, la direttiva 1999/70 e l’accordo quadro sono applicabili anche ai contratti di lavoro a tempo determinato conclusi con le amministrazioni e gli altri enti del settore pubblico...”.

B) Circa la “specificità” del settore delle Fondazioni, ove “tradizionalmente” si utilizzano lavoratori a termine, la Corte obietta che “...il fatto di consentire a uno Stato membro di invocare una continuità delle norme nel tempo al fine di potersi esimere dal rispetto dell’obbligo generale ad esso incombente in forza della clausola 5, punto 1, dell’accordo quadro...non solo non ha alcun fondamento legale nelle disposizioni di tale accordo quadro, ma per di più andrebbe chiaramente contro uno degli obiettivi perseguiti da quest’ultimo, ricordato al punto 31 della presente sentenza, ossia la stabilità

³¹ Sul lavoro a termine nel settore V, per tutti e da ultimo, AIMO, *op. cit.*, p. 162 ss. e p. 219 ss.; PINTO *Le assunzioni a termine nelle pubbliche amministrazioni. Specialità della disciplina e criticità irrisolte*, in SARACINI, ZOPPOLI L., *op. cit.*, p. 225 ss.

dell'impiego, intesa come un elemento portante della tutela dei lavoratori, e ridurrebbe pertanto considerevolmente le categorie di persone che possono beneficiare degli strumenti di tutela previsti in tale clausola". Inoltre, "non si può ammettere che contratti di lavoro a tempo determinato possano essere rinnovati per la realizzazione, in modo permanente e duraturo, di compiti nelle istituzioni culturali di cui trattasi che rientrano nella normale attività del settore di attività delle fondazioni lirico-sinfoniche"; in definitiva, la Corte rileva la mancata dimostrazione della "provvisorietà" e "specificità" delle esigenze datoriali, del resto in coerenza con la consolidata giurisprudenza nostrana sul lavoro nello spettacolo (v. *retro* par. 2).

C) Circa la prevalenza dell'interesse pubblico (costituzionale), "anche se lo sviluppo della cultura italiana nonché la salvaguardia del patrimonio storico e artistico italiano possono essere considerati come obiettivi degni di tutela costituzionale, il governo italiano non spiega come il perseguimento di tali obiettivi richieda che i datori di lavoro del settore culturale e artistico assumano esclusivamente personale a tempo determinato...".

Risolte le questioni che nel rinvio pregiudiziale sono, per così dire, "sottintese", la Corte passa ad esaminare quella relativa alla "conversione" dei rapporti di lavoro e, più in generale, al regime sanzionatorio. Anche sul punto specifico la Corte si limita in buona sostanza a riprendere i suoi consolidati orientamenti che, per l'Italia, come noto si sono formati con particolare riguardo alle vicende del precariato scolastico³². E dunque, in estrema sintesi: a) "...l'accordo quadro non enuncia un obbligo generale degli Stati membri di prevedere la trasformazione dei contratti di lavoro a tempo determinato in un contratto a tempo indeterminato..."; b) Tuttavia, "...l'ordinamento giuridico interno dello Stato membro interessato deve prevedere, in tale settore, un'altra misura effettiva per evitare, ed eventualmente sanzionare, l'utilizzo abusivo di una successione di contratti a tempo determinato...".

La Corte conclude pertanto dichiarando l'incompatibilità della normativa nazionale "...in forza della quale le norme di diritto comune disciplinanti i rapporti di lavoro, e intese a sanzionare il ricorso abusivo a una successione di contratti a tempo determinato tramite la conversione automatica del contratto a tempo determinato in un contratto a tempo indeterminato se il rapporto di lavoro perdura oltre una data precisa, non sono

³² Su cui v. RUSSO, *Il contratto di lavoro a tempo determinato nella scuola statale*, in SARACINI, ZOPPOLI L., *op. cit.*, p. 281 ss.

applicabili al settore di attività delle fondazioni lirico-sinfoniche, qualora non esista nessun'altra misura effettiva nell'ordinamento giuridico interno che sanzioni gli abusi constatati in tale settore”.

5. *Dopo la Corte Europea: il contratto a termine nelle fondazioni lirico-sinfoniche tra legge e contrattazione collettiva*

L'intervento della Corte Europea ha inevitabilmente suscitato panico nel settore, per il (fondato) timore dell'esplosione del contenzioso giudiziario e, comunque, di un sostanziale “blocco” delle assunzioni e dell'attività dei teatri lirici.

Tant'è che, ed in attesa di una soluzione normativa, le parti sociali, nel tentativo di prendere tempo, hanno sottoscritto un Accordo, nel quale si propone transitoriamente l'entrata in vigore dell'ultima riforma della disciplina normativa (cd. “decreto dignità”: d.lgs. 87/18, conv. con l. 96/18)³³.

Ed invero, premesso che la disciplina del lavoro a tempo determinato nel d.lgs. 81/15 (per quanto qui interessa artt. 19 ss.) esentava da qualsiasi limite, tra quelli rilevanti ai fini della compatibilità “europea”, i rapporti di lavoro a termine nelle fondazioni lirico sinfoniche³⁴, la situazione restava sostanzialmente invariata anche dopo le rilevanti modifiche del “decreto dignità”, come detto, ed in estrema sintesi, relative alla reintroduzione delle specifiche causali per l'apposizione del termine (oltre il periodo di “franchigia” di 12 mesi) e l'accorciamento della durata massima dei rapporti (da 36 a 24 mesi). Per il settore in esame, però, nulla cambiava in virtù della citata norma derogatoria di cui all'art. 29 co. 3, che liberava il settore sia dai limiti causali (art. 19 co. 1), sia dai limiti di durata massima (art. 19 co. 2), sia dai limiti a proroghe e rinnovi (art. 21).

Pertanto, nel dichiarato intento di evitare un sostanziale blocco della

³³ Accordo Quadro tra A.N.F.O.L.S., SLC-Cgil, FISTEL-Cisl, UILCOM-Uil e FIALS-Cisal del 6.12.2018, nel quale le parti, in attesa dell'intervento normativo, hanno concordato che “...il periodo di 12 mesi di cui all'art. 19, comma 1 primo periodo, del d.lg. 81/2015 decorre dal 25/10/2018 e tale previsione si applica anche ai casi di rinnovo o proroga avviati nel medesimo periodo”.

³⁴ Art. 29, co. 3. Al personale artistico e tecnico delle fondazioni di produzione musicale di cui al decreto legislativo 29 giugno 1996 n. 367, non si applicano le disposizioni di cui all'articolo 19, commi da 1 a 3, e 21.

programmazione e delle attività delle Fondazioni, nelle more della pubblicazione del presente lavoro, il Governo è intervenuto con alcune disposizioni contenute nel d.l. 59 del 28 giugno 2019³⁵, di cui è opportuno dare brevemente conto.

Il provvedimento adotta una duplice linea di intervento: da un lato, interviene sulla disciplina del contratto a termine (v. art. 1, co. 1); dall'altro lato, anche in un'ottica di compensazione e bilanciamento, interviene sul fronte degli assetti degli organici e delle tecniche (regole) e politiche delle assunzioni, anche in funzione di stabilizzazione del precariato nelle Fondazioni lirico-sinfoniche (v. art. 1, co. 2).

Limitandoci in questa sede alla prima parte dell'intervento, la norma inserisce i commi 3-*bis* e 3-*ter* nell'art. 29 d.lgs. 81/15³⁶, ferme restando le

³⁵ Misure urgenti in materia di personale delle fondazioni lirico sinfoniche, di sostegno del settore del cinema e audiovisivo e finanziamento delle attività del Ministero per i beni e le attività culturali e per lo svolgimento della manifestazione UEFA Euro 2020, in GU 29 giugno 2019 n. 151. Il d.l., è stato convertito con l. 8 agosto 2019 n. 81.

³⁶ «3-*bis*. Fermo restando quanto previsto dall'articolo 23, in presenza di esigenze contingenti o temporanee determinate dalla eterogeneità delle produzioni artistiche che rendono necessario l'impiego anche di ulteriore personale artistico e tecnico ovvero dalla sostituzione di lavoratori temporaneamente assenti, le fondazioni lirico sinfoniche di cui all'articolo 1 del decreto legislativo 29 giugno 1996 n. 367 e di cui alla legge 11 novembre 2003 n. 310, possono stipulare, con atto scritto a pena di nullità, uno o più contratti di lavoro a tempo determinato per lo svolgimento di mansioni di pari livello e categoria legale, per una durata che non può superare complessivamente, fatte salve le diverse disposizioni dei contratti collettivi, i quarantotto mesi, anche non continuativi, anche all'esito di successive proroghe o rinnovi. Al raggiungimento del predetto limite decade ogni diritto di precedenza nelle assunzioni a tempo determinato eventualmente maturato dal lavoratore in forza di disposizioni della contrattazione collettiva.

A pena di nullità, il contratto reca l'indicazione espressa della condizione che, ai sensi del presente comma, consente l'assunzione a tempo determinato, la proroga o il rinnovo. Detto incombente è assolto anche attraverso il riferimento alla realizzazione di uno o più spettacoli, di una o più produzioni artistiche cui sia destinato l'impiego del lavoratore assunto con contratto di lavoro a tempo determinato. Fatta salva l'obbligatorietà della forma scritta a pena di nullità, il presente comma non trova applicazione nei confronti dei lavoratori impiegati nelle attività stagionali individuate ai sensi dell'articolo 21, comma 2.

3-*ter*. La violazione di norme inderogabili riguardanti la costituzione, la durata, la proroga o i rinnovi di contratti di lavoro subordinato a tempo determinato non ne comporta la conversione in contratti a tempo indeterminato. Il lavoratore interessato ha diritto al risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative. Le fondazioni hanno l'obbligo di recuperare le somme pagate a tale titolo nei confronti dei dirigenti responsabili, qualora la violazione sia dovuta a dolo o colpa grave».

deroghe previste al comma 3 dell'art. 29³⁷. La *ratio* delle disposizioni è chiara: riformare la disciplina dei contratti a termine nel settore in questione, da un lato, introducendo specifici limiti, che consentano di superare le censure della giurisprudenza nazionale ed europea; dall'altro lato, e con riguardo al regime sanzionatorio, consacrando il principio della sostanziale equiparazione del settore delle Fondazioni lirico-sinfoniche alle pubbliche amministrazioni, con conseguente estensione del divieto di "conversione" dei rapporti di lavoro a termine illegittimi in rapporti di lavoro a tempo indeterminato.

Sul primo versante, la norma introduce due limiti: "qualitativo" il primo, "quantitativo/temporale" il secondo.

Quanto al primo, l'assunzione (così come proroghe e rinnovi), è possibile e, deve ritenersi, legittima, se "giustificata" da esigenze contingenti o temporanee determinate dalla eterogeneità delle produzioni artistiche che rendono necessario l'impiego anche di ulteriore personale artistico e tecnico ovvero dalla sostituzione di lavoratori temporaneamente assenti.

La norma prosegue disponendo l'obbligo di esplicitare nel contratto, in forma scritta, la "condizione che, ai sensi del presente comma, consente l'assunzione a tempo determinato, la proroga o il rinnovo", al contempo prevedendo che "Detto incombente è assolto anche attraverso il riferimento alla realizzazione di uno o più spettacoli, di una o più produzioni artistiche cui sia destinato l'impiego del lavoratore assunto con contratto di lavoro a tempo determinato".

Lasciando da parte le "solite" ipotesi delle assunzioni a termine "sostitutive", il disposto legislativo appare tutt'altro che chiaro e scevro da perplessità interpretative.

Infatti, premesso che le causali previste legittimano l'assunzione a termine di personale "ulteriore", e che tale locuzione va intesa nel senso che si debba trattare di personale "aggiuntivo" rispetto alla dotazione organica "normale" del personale stabile della Fondazione (cui si riferisce la disciplina del comma 2 art. 1 del decreto legge), come vanno intese le causali previste dalla disposizione? Sul punto, pare in primo luogo da escludere che le *esigenze contingenti o temporanee* possano ritenersi "ontologicamente" determinate dalla *eterogeneità delle produzioni artistiche*. Nel senso, cioè, che la seconda au-

³⁷ "Al personale artistico e tecnico delle fondazioni di produzione musicale di cui al d. lgs. 29 giugno 1996 n. 367, non si applicano le disposizioni di cui all'articolo 19, commi da 1 a 3, e 21".

automaticamente possa implicare la sussistenza delle prime: ciò vorrebbe infatti dire tutto ed il suo contrario, con totale assenza di ogni valenza specificativa della disposizione, anche in ragione della circostanza che l'eterogeneità delle produzioni è caratteristica del tutto fisiologica nell'ambito della programmazione (stagione) delle Fondazioni liriche.

E, pertanto, la sola interpretazione plausibile è che la eterogeneità delle produzioni possa determinare "specifiche" *esigenze contingenti o temporanee* che rendano "necessaria", e come tale legittima, l'assunzione a termine di altro personale. Necessità (esigenza) che può evidentemente essere di tipo sia "qualitativo-professionale" sia "quantitativo": nel senso cioè che, per una o più determinate produzioni artistiche la dotazione stabile della Fondazione può risultare insufficiente sia perché sono richieste particolari professionalità, assenti tra gli artisti stabili, sia perché è richiesto un numero di artisti (o tecnici) superiore a quello in dotazione stabile.

Premesso che non appare di immediata percezione la distinzione tra "contingenza" e "temporaneità" delle predette esigenze giustificative delle assunzioni a termine, ne consegue, a ben vedere, che paiono tuttora applicabili, i requisiti richiesti dalla giurisprudenza (italiana ed europea) consolidata (su cui v. *retro* par. 2): la temporaneità dell'occasione lavorativa; la specificità del programma/spettacolo; la connessione reciproca tra specificità dell'apporto del lavoratore e specificità del programma o spettacolo (il cd. "vincolo di necessità diretta").

Ne consegue, che particolare attenzione andrà posta al rapporto tra dotazione stabile dell'azienda e dotazione "temporanea". Nel senso, cioè, che una dotazione stabile molto limitata (come in generale accade oggi nelle Fondazioni) o comunque "tarata" sulle produzioni di minor impegno, determinerebbe ovviamente la "fisiologica" presenza di esigenze "contingenti" o "temporanee", agevolando la legittima (almeno in apparenza) possibilità di assunzione a termine.

Possibilità peraltro agevolata anche dalla previsione relativa all'obbligo di formale esplicitazione scritta delle ragioni (*esigenze*) giustificative nel contratto: la norma, infatti, dispone che tale obbligo possa essere soddisfatto, si potrebbe dire "semplicemente", anche attraverso il riferimento alla realizzazione di uno o più spettacoli, di una o più produzioni artistiche cui sia destinato l'impiego del lavoratore assunto con contratto di lavoro a tempo determinato.

Ciò detto, a maggior ragione risulta essenziale il secondo limite, tem-

porale, della durata massima dei contratti/rapporti, che il decreto aumenta al doppio, rispetto alla disciplina generale, portando il limite massimo di durata a ben 48 mesi (e, comunque, salvo possibili deroghe ad opera della contrattazione collettiva).

Infine, quanto al regime sanzionatorio, raggiungendo l'obiettivo che già tempo il legislatore perseguiva, ma sinora senza successo (v. *retro* par. 2) il decreto sancisce l'inapplicabilità al settore della conversione dei rapporti di lavoro a termine illegittimi in rapporti a tempo indeterminato, con previsione della sola sanzione risarcitoria. Sul punto, rinviando al dibattito sviluppatosi con riguardo al lavoro a termine nelle amministrazioni pubbliche, ed in particolar modo al lavoro a termine nelle istituzioni scolastiche³⁸, ci si limita in questa sede a sollevare due perplessità di fondo:

a) Le Fondazioni lirico-sinfoniche, come chiarito, non hanno natura pubblica ma privata: dunque non si giustifica l'estensione della disciplina in materia prevista per le amministrazioni pubbliche;

b) La mera previsione della sanzione alternativa del risarcimento del danno, senza quantificazione dello stesso né di alcun criterio utile allo scopo, non pare tale da mettere la norma al riparo da censure di incompatibilità con la disciplina europea, se si considera l'orientamento della Corte Europea in tema di idoneità delle sanzioni a garantire l'“effetto utile” dissuasivo dalla violazione dei limiti normativi.

Se poi, infine, si valuta l'assenza di una disciplina transitoria, è facilmente prevedibile la persistenza di problemi interpretativi ed applicativi.

³⁸ Per tutti, si rinvia ad AIMO, *Il lavoro a termine*, cit., spec. p. 219 ss.

Key words

Contratto a tempo determinato, Fondazioni lirico-sinfoniche, normativa nazionale ed europea, deroghe, illegittimità.

Fixed-term contract, lyrical-symphonic foundation, national and European legislation, derogation, illegality.

Corte di Cassazione 3 maggio 2018 n. 10528 – Pres. Napoletano, Rel. De Felice

Soppressione di enti pubblici – trasferimento di personale - art. 31 d.lgs. 165/01 – art. 2112 c.c. - selezione interna – progressione economica – anzianità di servizio.

In tema di personale dipendente dell'Ipsema transitato all'Inail, è legittima l'esclusione da una selezione indetta presso quest'ultimo Istituto, riservata a dipendenti in servizio ad una certa data con rapporto di lavoro a tempo indeterminato, poiché la prosecuzione giuridica del rapporto di lavoro non fa venir meno la diversità fra le due fasi di svolgimento del rapporto medesimo, sempre che il trattamento differenziato non implichi la mortificazione di un diritto già acquisito dal lavoratore. Pertanto, può risultare irrilevante, ai fini della progressione di carriera, l'anzianità maturata presso l'ente di provenienza, ove il nuovo datore di lavoro abbia inteso valorizzare, con il bando di selezione, l'esperienza professionale specifica maturata alle proprie dipendenze, differenziandola da quella riferibile alla pregressa fase del rapporto.

★ ★ ★

Carla Spinelli, Simona Sardaro

Trasferimento di attività di amministrazione soppressa e diritti dei lavoratori (anzianità e progressioni economiche)*

Sommario: 1. La questione. 2. Il passaggio dei dipendenti per effetto del trasferimento di attività. 3. Il mantenimento dei diritti del lavoratore ceduto. 4. La decisione della Cassazione.

1. *La questione*

La vicenda posta al vaglio della Suprema Corte di Cassazione riguarda gli effetti derivanti dal mutamento della titolarità del rapporto di lavoro, per parte datoriale, di due dipendenti pubblici, conseguente alla soppressione di un ente pubblico non economico. Con d.l. 31 maggio 2010 n. 78 convertito con l. 30 luglio 2010 n. 122 è stata disposta, infatti, la soppressione dell'Istituto previdenziale per il settore marittimo (da ora Ipsema), confluito nell'Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro (d'ora in poi Inail)¹.

Presso quest'ultimo istituto erano state espletate procedure selettive volte a ottenere una progressione nel trattamento economico, dalle quali erano risultati esclusi i dipendenti transitati dall'Ipsema all'Inail, in ragione del mancato possesso del requisito, richiesto dal bando di selezione, di trovarsi in servizio presso l'Inail alla data del 31 dicembre 2009.

A seguito di ricorso in giudizio, sia in primo che in secondo grado, ai lavoratori era stato riconosciuto il possesso del suddetto requisito, in ragione dell'incorporazione dell'ente pubblico soppresso nell'altra amministrazione e della conseguente successione in capo a quest'ultima dei rapporti di lavoro, ai sensi dell'art. 2112 c.c., che avrebbe implicato il mantenimento anche dell'anzianità di servizio. Contro la sentenza della Corte d'Appello di Trieste del 31 dicembre 2012 n. 325 proponeva ricorso per cassazione l'Inail.

La prima doglianza dell'Istituto, ai sensi dell'art. 360, co. 1, n. 3, c.p.c., si

* Il presente contributo, pur essendo frutto di una riflessione comune, è opera della dott.ssa Simona Sardaro per i parr. 1, 3, 4 e della prof.ssa Carla Spinelli per il par. 2.

¹ Le attività svolte dall'Ipsema, istituito dall'art. 2 del d.lgs. 30 giugno 1994 n. 479, concernevano sia l'erogazione di prestazioni previdenziali, sia la tutela antinfortunistica e relativa alle malattie professionali dei lavoratori del settore marittimo. V. anche art. 9, co. 7, del d.lgs. 9 aprile 2008 n. 81.

fondava sulla violazione dell'art. 7, d.l. 78/10 convertito in l. 122/10, e dell'art. 3, decreto interministeriale 27 luglio 2012, che avrebbe indotto il giudice di merito a determinare erroneamente la decorrenza del termine dell'incremento della dotazione organica dell'Inail, conseguente al trasferimento del personale dal soppresso Ipsema.

In secondo luogo, l'amministrazione ricorrente, ai sensi dell'art. 360, co. 1, n. 3, c.p.c., censurava la falsa applicazione dell'art. 2112 c.c., della direttiva 77/187/CEE del 14 febbraio 1977, modificata dalla direttiva 98/50/CE del 20 giugno 1998, abrogata e sostituita dalla direttiva del Consiglio 2001/23/CE del 12 marzo 2001, nonché la violazione dell'art. 7, co. 1, d.l. 78/10 convertito in l. 122/10. La Corte di merito avrebbe, infatti, erroneamente richiamato la pronuncia della Corte di Giustizia europea C-108/2010 *Scattolon* – riguardante un'ipotesi di trasferimento di attività economiche svolte da entità che avrebbero potuto organizzarsi in forma di impresa e non, come nel caso di specie, una riorganizzazione di amministrazioni pubbliche – in quanto non sarebbe stato lamentato dai lavoratori transitati in Inail il mancato riconoscimento dell'anzianità di servizio e il conseguente peggioramento del trattamento retributivo, ma esclusivamente la mancata inclusione nelle procedure selettive adottate in applicazione del bando attuativo del c.c.n.l. Enti pubblici non economici (Epne) 2006-2009, del contratto integrativo di ente 2006-2009 e delle intese con le organizzazioni sindacali.

L'Inail deduceva, inoltre, la violazione dell'art. 1362 c.c. rispetto all'art. 2, comma 1, dei bandi di selezione, degli artt. 12 e 13 del c.c.n.l. Epne 2006-2009 e degli artt. 7, 8, 9 e 11 del contratto integrativo 2006-2009, nonché la falsa applicazione degli artt. 10, c.c.n.l. Epne 2002-2005 e 15, c.c.n.l. Epne 1998-2001. L'approdo del giudice di secondo grado non avrebbe tenuto in considerazione il vincolo riveniente dalle norme contrattuali, che prevedevano le modalità di espletamento delle progressioni economiche nelle singole aree con decorrenza dal primo gennaio di ciascun anno, sulla base del numero dei dipendenti in servizio presso l'amministrazione al 31 dicembre dell'anno precedente.

Da ultimo, veniva censurata la violazione dell'art. 12, co. 1, e dell'art. 13, co. 3 e co. 1, del c.c.n.l. Epne 2006-2009 e la violazione dell'art. 7, co. 2, dell'art. 9, co. 2 e dell'art. 11, co. 2 del contratto collettivo integrativo 2006-2009, in quanto non sarebbe stata valorizzata adeguatamente, da parte della Corte d'Appello, la circostanza per cui i lavoratori dell'Ipsema avevano conseguito le progressioni economiche per l'anno 2009 prima della soppressione dell'ente.

2. Il passaggio dei dipendenti per effetto del trasferimento di attività

Al verificarsi di qualsiasi vicenda traslativa riguardante un'attività svolta originariamente da un soggetto pubblico, indipendentemente dallo strumento giuridico adottato e dalla natura pubblica o privata del cessionario, a meno che non si prevedano disposizioni speciali², trova applicazione l'art. 31, d.lgs. 165/01, che disciplina il "passaggio di dipendenti per effetto di trasferimento di attività"³. La norma dispone che, in questi casi, si debba osservare la procedura di informazione e consultazione prevista dall'art. 47, commi 1-4, l. 428/90, il cui mancato rispetto costituisce un'ipotesi tipizzata di condotta antisindacale, avverso la quale è possibile esperire ricorso in giudizio, ai sensi dell'art. 28 St. lav. Essa prevede, inoltre, che il personale che passa alle dipendenze del nuovo datore di lavoro debba beneficiare delle tutele predisposte dall'art. 2112 c.c. Pertanto, il rapporto di lavoro continua con il cessionario e si conservano i diritti derivanti dal rapporto di lavoro già entrati nel patrimonio individuale, rispetto ai quali sussiste un regime di solidarietà passiva tra l'amministrazione di provenienza e il soggetto privato o pubblico di destinazione⁴. Nell'ambito di applicazione di questa previsione ricadono i lavoratori direttamente addetti all'attività trasferita, per i quali il passaggio alle dipendenze del nuovo datore di lavoro è un effetto automatico del trasferimento, che si realizza, cioè, a prescindere dal loro consenso⁵.

² Si pensi, ad es., in tempi più risalenti, alle leggi che hanno disciplinato le "grandi" privatizzazioni, come quelle delle Ferrovie, delle Poste, dei servizi telefonici e degli enti creditizi (su cui v. MAINARDI, CASALE, *Trasferimento di attività a soggetti pubblici o privati e passaggio di personale*, in CARINCI F., ZOPPOLI L. (a cura di), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Utet, 2004, pp. 733-34) e, più di recente, alle misure di riordino di enti e organismi pubblici previste dal d.l. 6 luglio 2011 n. 98, conv. nella l. 15 luglio 2011 n. 111 (artt. 14 e 15) o, ancora, al trasferimento dei rapporti di lavoro alle Città metropolitane operato ai sensi dell'art. 1, co. 96, lett. a) della l. 7 aprile 2014 n. 56.

³ Cfr., BASENGHI, *La mobilità del dipendente pubblico*, in FIORILLO, PERULLI (a cura di), *Il lavoro alla dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, Giappichelli, 2013, p. 468; D'ONGHIA, *La mobilità del dipendente pubblico*, in AA.VV., *Lavoro pubblico*, Giuffrè, 2018, pp. 152-3; FIATA, *La mobilità dei pubblici dipendenti dopo le recenti riforme*, Giappichelli, 2018, p. 85 ss.

⁴ Più complessa la sorte della garanzia relativa al mantenimento dei trattamenti economici e normativi previsti dai contratti collettivi vigenti alla data del trasferimento, su cui v. BASENGHI, *Passaggio di dipendenti per effetto di trasferimento di attività - commento all'art. 31, d.lgs n. 165/2001*, in AMOROSO, DI CERBO, FIORILLO, MARESCA (a cura di), *Diritto del lavoro, III, Il lavoro pubblico*, Giuffrè, 2011, pp. 415-17 e CHIECO, *Privatizzazioni, esternalizzazioni e tutela dei lavoratori*, in CARABELLI, CARINCI M.T. (a cura di), *Il lavoro pubblico in Italia*, Cacucci, 2010, p. 274.

⁵ È questa l'opinione prevalente in dottrina, su cui v., per tutti, MAINARDI, CASALE, *op. cit.*, pp. 735-36 e BASENGHI, *op. ult. cit.*, pp. 413-15, ove ampi riferimenti bibliografici.

Nel regolare i passaggi del personale per effetto dei trasferimenti di attività, l'art. 31, d.lgs. 165/01 intende garantire ai pubblici dipendenti un'estensione delle tutele che, sul piano dei rapporti di lavoro, sono previste dall'art. 2112 c.c., che dà attuazione alla direttiva comunitaria in materia di trasferimento d'azienda (2001/23/CE). La disposizione del d.lgs. 165/01 costituisce disciplina speciale per i pubblici dipendenti, ai sensi dell'art. 2, comma 2 dello stesso decreto⁶, e norma di miglior favore per i lavoratori, i quali non potrebbero altrimenti beneficiare di tali tutele con riferimento a quelle operazioni che la direttiva comunitaria esclude dal suo ambito di applicazione, ovvero la "riorganizzazione di enti amministrativi pubblici" e il "trasferimento di funzioni amministrative tra enti amministrativi pubblici"⁷. L'art. 31, infatti, adottando una nozione assai ampia della fattispecie traslativa regolata⁸, da un lato, interseca solo in parte la sfera di efficacia della direttiva ma, per questa parte, ne costituisce diretta attuazione nel settore pubblico⁹ e,

⁶ L'art. 2, comma 2, d.lgs. 165/01, come modificato dal d.lgs. 150/09, prevede che ai rapporti individuali di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni si applichino le disposizioni del codice civile e delle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, "fatte salve le eventuali disposizioni contenute nel presente decreto, che costituiscono disposizioni a carattere imperativo".

⁷ Art. 1, co. 1, lett. c), direttiva n. 2001/23/CE.

⁸ È opinione condivisa in dottrina e giurisprudenza che la finalità di questa disposizione sia quella di definire una disciplina generale per ogni forma di riorganizzazione di apparati amministrativi che comporti una redistribuzione di compiti tra enti diversi. Cfr., tuttavia, le osservazioni critiche di CHIECO, *op. cit.*, p. 272.

⁹ Lo stesso art. 1, comma 1, lett. c) della direttiva dispone, infatti, che essa si applichi "alle imprese pubbliche e private che esercitano un'attività economica, che perseguano o meno uno scopo di lucro". Inoltre, la giurisprudenza della Corte di Giustizia, adottando un'interpretazione attenta alla sostanza del fenomeno e ai risultati concreti delle singole operazioni, ha escluso che la mera qualificazione giuridica pubblicistica degli enti che siano coinvolti nelle vicende traslative sia di per sé sufficiente a sottrarre queste ultime all'ambito di applicazione della normativa europea, occorrendo piuttosto che le attività trasferite siano "pubbliche" in quanto ricollegabili all'esercizio di prerogative dei pubblici poteri. La vicenda è complessa e non può essere approfondita in questa sede, ma si vedano almeno le sentenze C. Giust. 10 dicembre 1998, Hidalgo, cause riunite C-173/96 e C-247/96; 14 settembre 2000, Collino e Chiappero, causa C-343/98 e 4 giugno 2002, Beckmann, causa C-164/2000. Cfr., al riguardo, MAINARDI, CASALE, *Trasferimento di attività della pubblica amministrazione e passaggi di personale*, in *QDLRI*, n. 28, 2004, p. 172. Per le ipotesi di successione negli appalti stipulati dalla p.a. per l'esercizio della medesima attività economica, v. C. Giust., 25 gennaio 2001, Oy Liikenne, causa C-172-99; 24 gennaio 2002, Temco, causa C-51/00 e 20 novembre 2003, Ablor e a., C-340/2001. Più di recente, si veda C. Giust. 6 settembre 2011, Scattolon, causa C-108/10, relativa al trasferimento del personale ATA dal ruolo degli enti locali a quello dello Stato, ove ulteriori richiami giurisprudenziali. Da ultimo, la Corte

dall'altro, realizza così la massima estensione delle tutele giuslavoristiche.

Non è, tuttavia, così pacifico in dottrina che l'automaticità del passaggio¹⁰ dei dipendenti al verificarsi della vicenda traslativa implichi, altresì, la sua inderogabilità¹¹. Tanto più che nel settore pubblico non sussiste il rischio, come invece nel privato, di conservare rapporti di lavoro in capo ad un datore inconsistente¹². Ed in effetti, nella prassi attuativa, sovente i trasferimenti di attività sono stati gestiti, per quanto attiene alle conseguenze sui rapporti di lavoro, con il consenso di tutte le parti interessate, compresi i lavoratori, così da determinare il mantenimento di questi ultimi alle dipendenze dell'amministrazione cedente.

A favore della derogabilità dell'art. 31 milita anche quanto prevede l'art. 13, co. 1, l. 183/10, ovvero l'attivazione delle procedure di mobilità collettiva¹³ a seguito della rilevazione di esuberi connessi al trasferimento di attività, che dovrebbe riguardare proprio i lavoratori che restano alle dipendenze dell'amministrazione cedente¹⁴.

Al fine di evitare, tuttavia, ipotesi di conflitto tra norma interna e disciplina comunitaria, deve ritenersi che, a fronte di un trasferimento di attività

di Giustizia UE è tornata sull'argomento con le pronunce 20 luglio 2017, Piscarreta Ricardo, C-416/16 e 13 giugno 2019, Correia Moreira, C-317/18.

¹⁰ Così BASENGHI, *La mobilità del dipendente pubblico*, in FIORILLO, PERULLI, *op. cit.*, p. 468; FIORILLO, *Il trasferimento e la mobilità dei dipendenti*, in SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, Utet, 2010, p. 1578 e, ancora, NICOSIA, *Trasferire lavoratori e attività: riflessioni e questioni a margine dell'implementazione del modello di governance della Città metropolitana*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT - 279/2015, p. 8 ss., la quale, sugli effetti del trasferimento dei rapporti di lavoro alle Città metropolitane operato dalla l. 7 aprile 2014 n. 56 (ai sensi dell'art. 1, co. 96, lett. a), afferma: "il personale trasferito mantiene la posizione giuridica ed economica, con riferimento alle voci del trattamento economico fondamentale e accessorio, in godimento all'atto del trasferimento, nonché l'anzianità di servizio maturata".

¹¹ Cfr. la posizione critica di MEZZACAPO, *Spunti in tema di trasferimento di attività da parte delle pubbliche amministrazioni: l'art. 31 del D.Lgs. n. 165/2001 e l'art. 2112 c.c.*, in LG, 2010, p. 66, il quale afferma che l'art. 31, d.lgs. 165/01 sarebbe una "norma sussidiaria ad applicazione eventuale", in quanto applicabile solo ove risulti assente una disciplina ad hoc sugli effetti del trasferimento dei lavoratori da un'amministrazione cedente al cessionario, e comunque sul presupposto di un'ulteriore fonte recante l'effetto traslativo del rapporto di lavoro.

¹² V. MAINARDI, CASALE, *op. cit.*, p. 735.

¹³ Sulla mobilità collettiva nelle amministrazioni pubbliche v. più di recente RICCOBONO, *Organizzazione amministrativa e mobilità del personale nel lavoro pubblico privatizzato*, ESL, 2017, p. 245 ss.

¹⁴ Di diverso avviso NICOSIA, *op. cit.*, p. 7 ss.

che ricada nell'ambito di applicazione della direttiva, le amministrazioni dovranno trasferire anche il personale addetto, che in tal caso dovrà godere delle tutele dell'art. 2112 c.c., ai sensi dell'art. 31, d.lgs. 165/01; al di fuori di queste ipotesi, invece, le amministrazioni potranno anche trattenere il personale alle proprie dipendenze, sempre che non vi siano disposizioni speciali al riguardo¹⁵.

Nella pronuncia in commento la Cassazione, rilevata l'assenza di una normativa speciale e derogatoria¹⁶, afferma l'automatica applicabilità dell'art. 2112 c.c. e, di conseguenza, la continuazione del rapporto di lavoro con il cessionario e la conservazione dei diritti acquisiti dal lavoratore.

3. *Il mantenimento dei diritti del lavoratore ceduto*

Al fine di comprendere l'estensione della tutela rispetto alle vicende successorie della parte datoriale¹⁷, risulta opportuno perimetrare la nozione

¹⁵ Per approfondimenti, sia consentito il rinvio a SPINELLI, *Sub art. 13. Trasferimento di attività, eccedenza di personale delle pubbliche amministrazioni*, in NOGLER, MARINELLI (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro*, Utet, 2012, p. 77 ss.

¹⁶ L'art. 7 del d.l. 78/10, conv. con mod. con l. 122/10, si è infatti limitato a prevedere che "con effetto dalla data di entrata in vigore del presente decreto-legge, al fine di assicurare la piena integrazione delle funzioni assicurative e di ricerca connesse alla materia della tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori sui luoghi di lavoro e il coordinamento stabile delle attività previste dall'articolo 9, co. 2, del decreto legislativo 9 aprile 2008 n. 81, ottimizzando le risorse ed evitando duplicazioni di attività, l'IPSEMA e l'ISPEL sono soppressi e le relative funzioni sono attribuite all'INAIL, sottoposto alla vigilanza del Ministero del lavoro e delle politiche sociali e del Ministero della salute; l'INAIL succede in tutti i rapporti attivi e passivi".

¹⁷ Tra le vicende successorie merita una pur breve digressione l'ipotesi di subentro nel contratto di appalto di un nuovo appaltatore. In materia è intervenuto di recente il legislatore, modificando l'art. 29 del d.lgs. 10 settembre 2003 n. 276 mediante l'art. 30 della l. 7 luglio 2016 n. 122, a seguito della procedura preventiva di infrazione avviata dalla Commissione europea. Quest'ultima asseriva l'incompatibilità della disposizione italiana con la direttiva 2001/23/CE, dal momento che escludeva l'applicazione della disciplina in tema di trasferimento d'azienda all'ipotesi di subentro nell'esecuzione di un appalto. La norma modificata oggi subordina, invece, l'esclusione dell'applicazione del principio di continuità del rapporto di lavoro alla verifica della sussistenza di una separazione tra la struttura produttiva del precedente appaltatore e la struttura produttiva del nuovo. V. ALVINO, *La nozione di trasferimento di ramo di azienda alla prova del fenomeno dei "cambi di appalto": un cantiere ancora aperto?*, in *DRI*, 2018, p. 556 ss. Va, inoltre, ricordato che il citato art. 29, al comma 3 (secondo la cui formulazione originaria l'acquisizione dei lavoratori da parte del nuovo appaltatore non poteva comportare la conservazione dei diritti acquisiti precedentemente), era già stato oggetto di modifica ad opera dell'art. 7 del d.lgs. 23/15, in materia

di diritti “mantenuti” dal lavoratore trasferito. La questione che interessa in questa sede riguarda, in particolar modo, la possibile riconducibilità dell’anzianità di servizio nel nucleo dei diritti acquisiti da parte del lavoratore.

In dottrina¹⁸ è stato sostenuto che l’applicazione dell’art. 2112 c.c. determinerebbe il mantenimento dell’anzianità di servizio maturata presso l’amministrazione di provenienza e dei relativi diritti¹⁹. Questa è considerata come una “condizione fattuale”²⁰, prodromica al riconoscimento di alcune prerogative²¹, restando invece esclusa la possibilità che i lavoratori trasferiti possano godere di trattamenti acquisiti prima del trasferimento da parte dei lavoratori che già prestavano la loro attività presso il nuovo datore di lavoro²².

Sul tema offre un rilevante ausilio interpretativo la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell’Unione europea. Chiamata, infatti, a chiarire la portata della direttiva n. 2001/23/CE, la Corte si è pronunciata in più occasioni sul tema del mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento di

di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti, laddove è stato previsto che, sebbene la relativa disciplina sia applicabile ai lavoratori assunti dal nuovo appaltatore dopo il 7 marzo 2015, l’anzianità di servizio del lavoratore in caso di cambio appalto deve essere considerata ai fini del calcolo dell’indennità risarcitoria spettante in caso di licenziamento illegittimo. V. SITZIA, *Computo dell’anzianità negli appalti*, in CARINCI F., CESTER (a cura di), *Il licenziamento all’indomani del d.lgs. n. 23/2015*, Labour Studies e-Book series, n. 46, Adapt University Press, 2015, pp. 176-177. Quanto, infine, alla disciplina in tema di appalti pubblici, va considerato che il legislatore ha rivolto sempre maggiore attenzione al tema in esame. L’art. 50 del nuovo codice degli appalti pubblici – d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50 – ha previsto, infatti, che per gli affidamenti dei contratti di concessione e di appalto di lavori e servizi, specialmente ad alta intensità di manodopera, i bandi di gara possano inserire clausole sociali che siano volte a promuovere la stabilità occupazionale. Rafforzando questa finalità, il legislatore è intervenuto nuovamente a modificare la disposizione richiamata, mediante il correttivo del codice degli appalti – il d.lgs. 19 aprile 2017 n. 56 – che all’art. 33 ha tramutato la mera facoltà di far ricorso a tali clausole in obbligo di previsione delle stesse, nei casi di cui all’art. 50 del d.lgs. 50/16.

¹⁸ V. BASENGHI, *Passaggio di dipendenti per effetto di trasferimento di attività - commento all’art. 31, d.lgs. n. 165/2001*, in AMOROSO, DI CERBO, FIORILLO, MARESCA, *op. cit.*, p. 417 e riferimenti bibliografici ivi contenuti.

¹⁹ Si tratterebbe, secondo Ballestrero, *Servizi pubblici e trasferimento d’azienda. Il trattamento economico e normativo dei lavoratori*, in LD, 2001, p. 286, dei diritti perfetti e non, invece, dei diritti esauriti relativi a prestazioni già eseguite, rispetto ai quali i lavoratori sono titolari di un diritto di credito nei confronti del datore di lavoro cedente.

²⁰ Così BASENGHI, *op. ult. cit.*, p. 418.

²¹ Ci si riferisce, ad esempio, al libero esercizio dello *ius variandi* a seguito del trasferimento dei lavoratori. V. MAINARDI, CASALE, *op. cit.*, p. 176.

²² MAINARDI, CASALE, *op. cit.*, p. 177.

imprese²³. In particolar modo, con riferimento all'anzianità di servizio, la Corte di Lussemburgo ha ritenuto che questa possa essere opposta al cessionario nel caso in cui assuma rilevanza essenziale ai fini della quantificazione di diritti di natura pecuniaria dei lavoratori trasferiti²⁴. Con la pronuncia 6 settembre 2011, C-108/10, *Scattolon/Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca*²⁵, la Corte di Giustizia ha chiarito che "l'art. 3 della direttiva osta a che i lavoratori trasferiti subiscano, rispetto alla loro posizione immediatamente precedente al trasferimento, un peggioramento retributivo sostanziale per il mancato riconoscimento dell'anzianità da loro maturata presso il cedente". Più di recente, la decisione della Corte 6 aprile 2017, C-336/15, *Unionen*, ha ricondotto, nell'ambito dei diritti di natura pecuniaria per cui rileva l'anzianità di servizio maturata presso il cedente, anche la proroga del termine di preavviso, cui consegue l'obbligo per il datore di lavoro di corrispondere ai lavoratori licenziati il pagamento di un certo numero di mensilità. I giudici europei hanno affermato, nello specifico, la sussistenza dell'obbligo del cessionario di "includere, all'atto del licenziamento di un lavoratore ad oltre un anno dal trasferimento dell'impresa, nel calcolo dell'anzianità del lavoratore rilevante ai fini della determinazione del preavviso al medesimo spettante, l'anzianità da questi acquisita presso il cedente".

Con riferimento agli approdi giurisprudenziali nazionali rispetto al riconoscimento dell'anzianità di servizio in caso di trasferimento di lavoratori (anche in ipotesi diverse rispetto a quella disciplinata dall'art. 31, d.lgs. 165/01), va ricordato innanzitutto il *dictum* della Suprema Corte a Sezioni Unite²⁶ che, già nel 2010, ha affermato la progressiva diminuzione del valore dell'anzianità di servizio, di cui è stato escluso l'automatico riconoscimento presso il nuovo datore di lavoro a seguito di trasferimento dei lavoratori²⁷.

²³ Per una rassegna sul tema v., di recente, BRAICO, *I diritti dei lavoratori in caso di trasferimento di impresa nelle sentenze della Corte di Giustizia*, in *LG*, 2017, n. 7, p. 712 ss.

²⁴ Così, ad es., Corte di Giustizia 14 settembre 2000, causa C-343/98, Collino e Chiappero, secondo cui l'anzianità di servizio, pur non costituendo diritto autonomo, direttamente opponibile al nuovo datore di lavoro, "serve a determinare taluni diritti dei lavoratori di natura pecuniaria e sono questi che dovranno essere salvaguardati dal cessionario in modo identico al cedente" (punto 50).

²⁵ In *RIDL*, 2012, II, p. 104 ss., con nota di CESTER, *Il trasferimento del personale "ATA" dagli enti locali allo Stato davanti alla Corte di Giustizia*, p. 124 ss. e nota di MASSA, *Dopo Agrati il caso Scattolon: le leggi interpretative tra disapplicazione e prevalenza sulla CEDU*, in *QCos*, 2011, p. 957 ss.

²⁶ Cass. Sez. Un. 10 novembre 2010 n. 22800, in *DJ*.

²⁷ La vicenda riguardava, infatti, un'ipotesi di trasferimento di ex dipendenti delle Poste

Il Supremo consesso ha considerato, infatti, la diversa funzione ricoperta dall'anzianità di servizio – nel caso di specie nel comparto ministeri –, dapprima prodromica sia rispetto alle progressioni di carriera sia a quelle economiche per classi di stipendio e di anzianità²⁸, e, successivamente, sempre meno rilevante. In effetti, a parere dei giudici di legittimità, la privatizzazione del lavoro pubblico e la contrattazione collettiva hanno valorizzato, ai fini delle progressioni economiche all'interno delle aree basate su criteri diversi dall'anzianità di servizio, la valutazione dell'impegno, della prestazione e dell'arricchimento professionale (art. 17 c.c.n.l. Comparto ministeri 1998-2001). Nell'ipotesi di trasferimento considerata, la Corte ha, quindi, affermato che, avvenuta la continuazione del rapporto di lavoro con l'amministrazione di destinazione, i lavoratori vanno inquadrati sulla base della posizione ricoperta nella fase precedente del rapporto di lavoro, restando escluso tuttavia il riconoscimento del diritto all'anzianità di servizio, che assumerebbe rilievo ove previsto dalla disciplina vigente presso l'amministrazione di destinazione.

La giurisprudenza successiva ha confermato tale orientamento²⁹, escludendo l'esistenza di un principio di automatica conservazione dell'anzianità pregressa e affermando, invece, quella del principio di “salvezza dei livelli retributivi”³⁰. Con la sentenza n. 18220/15, la Cassazione si è espressa sul rilievo

e telecomunicazioni, in comando presso il Ministero degli Affari esteri, che, per effetto del d.l. 1 dicembre 1993 n. 487 convertito con mod. dalla l. 29 gennaio 1994 n. 71 (sulla trasformazione dell'amministrazione delle poste in ente pubblico economico), avevano esercitato la facoltà di essere definitivamente trasferiti presso il Ministero degli affari esteri.

²⁸ Tale mutamento si colloca in un periodo precedente alla privatizzazione del lavoro pubblico, con le modifiche introdotte dalla l. 312/80 e dal d.p.r. 266/87 sull'abolizione della progressione per classi di retribuzione e scatti di anzianità.

²⁹ Cass. 18 maggio 2011 n. 10933, in *DJ*; Cass. 3 novembre 2011 n. 22745, in *DJ*; Cass. 25 novembre 2014 n. 25021, in *DJ*. Si tratta di vicende riferite, rispettivamente, al mantenimento dell'anzianità di servizio in caso di trasferimento di ex dipendenti delle Poste e telecomunicazioni (disciplinato dal d.l. 1 dicembre 1993 n. 487 convertito con mod. dalla l. 29 gennaio 1994 n. 71), in caso di procedura selettiva per l'assegnazione di una posizione economica superiore e in caso di trasferimento dei lavoratori del sistema idrico integrato della Regione Toscana (disciplinato dalla l. r. Toscana 4 aprile 1997 n. 26 in attuazione degli artt. 11 e 12, l. 5 gennaio 1994 n. 36).

³⁰ Cass. 17 settembre 2015 n. 18220, in *DJ*. La vicenda al vaglio della Suprema Corte riguardava un'ipotesi di trasferimento dei dipendenti dell'Istituto per le telecomunicazioni e l'elettronica della Marina militare, inquadrati nel comparto ministeri e inseriti, poi, per effetto dell'art. 8, d.P.C.M. 30 dicembre 1993 n. 593, nel comparto ricerca.

dell'anzianità di servizio maturata da un lavoratore di un altro comparto. In questo caso la validità dell'anzianità di servizio nel comparto di destinazione è stata limitata alle conseguenze economiche del passaggio e, a parere della Corte, era stata quindi correttamente corrisposta la RIA maturata, nel rispetto del principio di salvezza dei livelli retributivi acquisiti precedentemente.

4. *La decisione della Corte di Cassazione*

Nella sentenza che si annota, il Supremo consesso ha fondato le proprie argomentazioni sugli approdi della giurisprudenza europea e nazionale di legittimità, appena richiamate. Innanzitutto, ha assunto in premessa che il mantenimento del trattamento economico e normativo da parte dei lavoratori trasferiti non determina una “totale parificazione” dei dipendenti già in servizio con quelli transitati nell'ente incorporante, a seguito di trasferimento. L'anzianità di servizio sarebbe considerata diritto meritevole di tutela, quindi, solo ove al riconoscimento della stessa conseguisse la corresponsione di benefici economici.

Viceversa – prosegue il giudice di legittimità – l'anzianità di servizio pregressa non può essere fatta valere né per ricostruzioni di carriera, in virtù di una differente disciplina applicabile al cessionario, né per un miglioramento della posizione giuridica ed economica. Si configurerebbe, in questi casi, una mera aspettativa, che non gode della medesima tutela apprestata ai diritti vantati dai lavoratori e da questi già acquisiti nella propria sfera giuridica.

Per tale ragione, è stata considerata legittima la scelta del nuovo datore di lavoro di valorizzare l'esperienza maturata dai lavoratori con maggiore anzianità di servizio all'interno dell'ente, a discapito di quelli trasferiti.

Ciò posto, a parere della Corte, non sussistendo un principio di necessaria parificazione e non venendo meno, peraltro, la distinzione tra le due fasi del rapporto di lavoro, alla procedura selettiva avrebbero correttamente partecipato i soli dipendenti effettivamente in servizio presso l'amministrazione “incorporante” alla data del 31 dicembre 2009.

Nelle sue argomentazioni la Suprema Corte dà, inoltre, rilievo alla circostanza per cui i lavoratori dell'ente soppresso avevano precedentemente partecipato alle procedure per la progressione economica nell'area presso

l'amministrazione di provenienza. Il conseguimento della progressione economica a seguito di procedure bandite dall'amministrazione incorporante sarebbe stata, infatti, anche contraria alla finalità delle norme sulle progressioni economiche del c.c.n.l. Epne 2006-2009. Gli artt. 12 e 13 della fonte collettiva disciplinano, rispettivamente, la materia degli sviluppi economici all'interno delle aree e l'applicazione dei criteri e delle procedure per gli sviluppi economici stessi. Mentre il primo dispone che il sistema di sviluppo economico sia correlato al maggior grado di capacità professionale progressivamente acquisito dai dipendenti nello svolgimento delle funzioni proprie e dell'area, la seconda disposizione contiene l'elencazione dei criteri da considerare ai fini del passaggio: il livello di esperienza maturato e delle competenze acquisite, i titoli culturali e professionali e i percorsi formativi e di apprendimento professionale. Tali criteri vanno combinati e ponderati, cosicché l'esperienza professionale non risulti coincidente con la permanenza nel livello economico. Le due norme sono interpretate, come sostiene la Corte, "le une per mezzo delle altre", nel senso che occorre attribuire rilievo anche alla permanenza nel livello economico di provenienza, tenuto conto del fatto che tale criterio sia da applicare unitamente agli altri previsti dal contratto collettivo.

La Corte ha rilevato, infine, l'errata interpretazione dell'art. 2112 c.c. da parte della Corte territoriale, che ha considerato i lavoratori dell'ex Ipsema in servizio presso l'Inail già al 31 dicembre 2009, data utile per la partecipazione alla selezione bandita dall'amministrazione. Tale errore del giudice di merito costituirebbe un'errata sussunzione della fattispecie concreta in quella astratta, dal momento che è stato considerato sussistente l'imprescindibile requisito di ammissione alla procedura di selezione, che in realtà non risultava tale.

La pronuncia, priva di precedenti, risulta adeguatamente motivata. Il riconoscimento dell'anzianità di servizio non è avvenuto, coerentemente con l'interpretazione fornita dalla citata giurisprudenza della Corte europea e del giudice nazionale di legittimità, in quanto nel caso di specie non ne sarebbe conseguita la diretta corresponsione di benefici economici. I lavoratori dell'ex Ipsema non hanno subito, infatti, un pregiudizio rispetto al trattamento retributivo a fronte del mancato riconoscimento dell'anzianità precedentemente maturata ai fini della selezione per la progressione economica all'interno della nuova amministrazione datrice di lavoro.

Infine è stata correttamente valorizzata la differente esperienza matu-

rata in diverse amministrazioni, che non possono essere considerate l'una al pari dell'altra quando, al fine delle progressioni economiche, occorre considerare l'esperienza e le competenze acquisite nel livello economico di provenienza.

Key words

Amministrazioni pubbliche, trasferimento di attività, mantenimento dei diritti, anzianità di servizio, progressioni economiche.

Public administrations, transfer of undertaking, acquired rights, length of service, wage increase.

notizie sugli autori

Costantino Cordella

Assegnista di ricerca in Diritto del Lavoro, Università di Napoli Federico II

Federico Fusco

Assistant professor PMU University “Saudi Arabia”

Lorenzo Gaeta

Ordinario di Diritto del Lavoro, Università di Siena

Antonio Loffredo

Associato di Diritto del Lavoro, Università di Siena

Gaetano Natullo

Associato di Diritto del Lavoro, Università del Sannio

Simona Sardaro

Dottore di Ricerca in Diritto del Lavoro, Università di Bari

Carla Spinelli

Associata di Diritto del Lavoro, Università di Bari

Antonello Zoppoli

Ordinario di Diritto del Lavoro, Università di Napoli Federico II

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.

Finito di stampare nel mese di ottobre 2019
dalla Grafica Elettronica (Na)