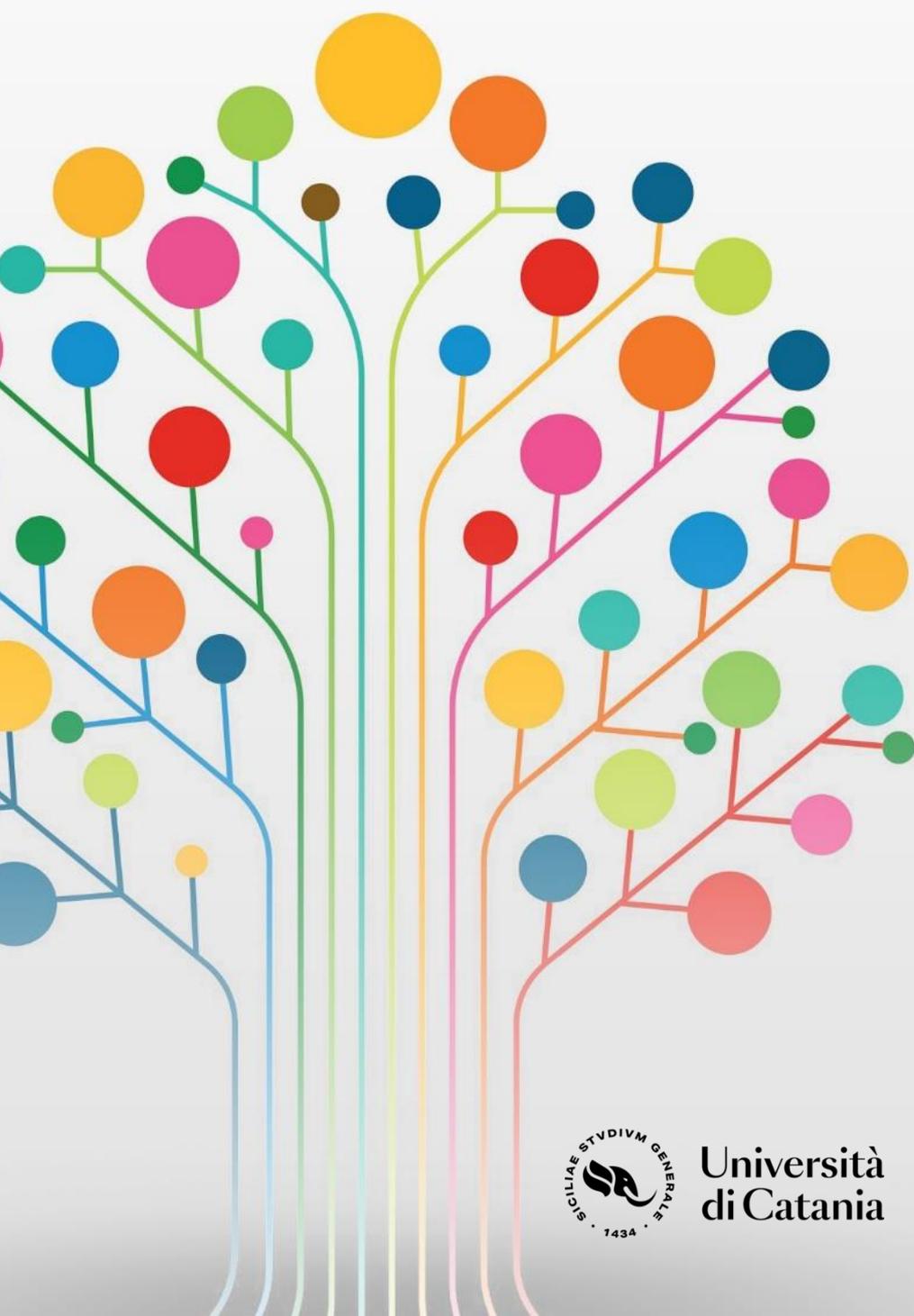


1/2016

# 20 20 Venti Maggio

BIBLIOTECA DEL CENTRO STUDI DI  
DIRITTO DEL LAVORO EUROPEO  
"Massimo D'Antona"



Università  
di Catania



Centre for the Study of  
European Labour Law  
"MASSIMO D'ANTONA"

***Con contributi di***

ANNA ALAIMO, Università di Catania

GIUSEPPE SANTORO PASSARELLI, Università di Roma "La Sapienza"

LORENZO ZOPPOLI, Università di Napoli "Federico II"

FABRIZIO AMENDOLA, Corte di Cassazione - Sezione Lavoro

SERGIO VERGARI, Provincia Autonoma di Trento

MARZIA BARBERA, Università di Brescia

MARIELLA MAGNANI, Università di Pavia

STEFANIA SCARPONI, Università di Trento

STEFANO GIUBBONI, Università di Perugia

ANTONELLO ZOPPOLI, Università di Napoli "Federico II"

TIZIANO TREU, Università Cattolica del Sacro Cuore

ROBERTO VOZA, Università di Bari

MARCO MARAZZA, Universitas Mercatorum

VINCENZO LUCIANI, Università di Salerno

GIOVANNI COSTA, Università Cattolica del Sacro Cuore

MARCO BIASI, Università di Milano

## SOMMARIO

<b>La riforma della rappresentanza aziendale dei lavoratori. Dal sistema duale al doppio canale: itinerari possibili</b> Anna Alaimo	1
<b>Sulle categorie del diritto del lavoro "riformate"</b> Giuseppe Santoro Passarelli	16
<b>Volontariato e diritti dei lavoratori dopo il Jobs Act</b> Lorenzo Zoppoli	57
<b>Appunti sulla funzione delle categorie civilistiche nel diritto del lavoro dopo il Jobs Act</b> Giuseppe Santoro Passarelli	65
<b>La disciplina delle mansioni nel d.lgs. n. 81 del 2015</b> Fabrizio Amendola	85
<b>Promuovere forme di occupazione stabile. I nuovi incentivi universali</b> Sergio Vergari	106
<b>L'idea di impresa. Un dialogo con la giovane dottrina giuslavorista</b> Marzia Barbera	128
<b>Autonomia, subordinazione, coordinazione nel d.lgs. n. 81/2015</b> Mariella Magnani	140
<b>La dottrina giuslavoristica italiana di fronte al mutamento delle relazioni sindacali e alla questione della rappresentatività</b> Stefania Scarponi	158
<b>Il diritto del lavoro nella crisi europea (a proposito di un recente volume)</b> Stefano Giubboni	184
<b>La collaborazione eterorganizzata: fattispecie e disciplina</b> Antonello Zoppoli	202
<b>Introduzione <i>Welfare</i> aziendale</b> Tiziano Treu	224
<b>Prove di convivenza. L'organizzazione del mercato del lavoro dopo il d.lgs. n. 150/2015</b> Sergio Vergari	249

<b>La cessione dei riposi e delle ferie secondo l'art. 24 del d.lgs. n. 151/2015</b>	
Roberto Voza	279
<b>Dei poteri (<i>del datore di lavoro</i>), dei controlli (<i>a distanza</i>) e del trattamento dei dati (<i>del lavoratore</i>)</b>	
Marco Marazza	289
<b>La riforma dell'apprendistato: rapporto con il contratto a tutele crescenti e "riordino" delle fonti di regolazione</b>	
Vincenzo Luciani	312
<b>Solidarietà e codatorialità negli appalti</b>	
Giovanni Costa	326
<b>Brevi riflessioni sulla categoria dirigenziale all'indomani del <i>Jobs Act</i></b>	
Marco Biasi	349

## La riforma della rappresentanza aziendale dei lavoratori. Dal sistema duale al doppio canale: itinerari possibili\*

Anna Alaimo

1. Il sistema duale della rappresentanza aziendale in Italia: tra passato, presente...	2
2. ...e futuro. Ha ancora un senso sostenere la rappresentanza sindacale? Progetti di regolazione legale.	5
3. RSA e RSU: l'anomalia della dualità rispetto ai sistemi a "doppio canale". Un primo fattore di anomalia: la comune matrice sindacale.	6
4. Un secondo fattore: l'indistinzione funzionale fra RSA e RSU.	10
5. Itinerari possibili per una rifondazione del sistema di rappresentanza aziendale: dal possibile riconoscimento legale di organismi di rappresentanza extra-sindacali alla necessaria articolazione funzionale del sistema.	12

---

\* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 287/2016

## 1. Il sistema duale della rappresentanza aziendale in Italia: tra passato, presente...

A distanza di due anni dalla sentenza della Corte costituzionale sull'art. 19 dello Statuto dei Lavoratori (SL)<sup>1</sup>, le proposte di "legge sindacale" presentate all'inizio della XVII legislatura per disciplinare anche la rappresentanza aziendale dei lavoratori, sembrano avere ritmi di avanzamento lenti ed esiti incerti<sup>2</sup>.

Appare così accantonato il monito rivolto al legislatore dai giudici costituzionali nel fuggevole passaggio finale della sentenza n. 231/2013<sup>3</sup> in cui si suggerivano soluzioni regolative idonee a conformare a Costituzione la disposizione censurata.

Ad eccezione di qualche recente e significativo rilancio<sup>4</sup>, la questione della regolazione legale della rappresentanza aziendale – persino se ridotta all'esigenza di un aggiornamento normativo dell'art. 19 SL – sembra aver perso *appeal* negli ultimi due anni. Le ragioni di ciò sono di agevole lettura.

La predisposizione di regole endo-sindacali sulle Rappresentanze Sindacali Unitarie (RSU) – culminata, dopo gli Accordi unitari del 2011 e del 2013, nella *Regolamentazione delle rappresentanze in azienda* contenuta nella parte II del "Testo Unico" del 2014 (TUR 2014)<sup>5</sup> – ha prodotto un quadro normativo tendente a superare le strutture di rappresentanza contemplate dall'art. 19 SL (le Rappresentanze Sindacali Aziendali: RSA) e a metterne in ombra la disciplina e la prassi applicativa. Ciò ha reso meno urgente la riscrittura della norma *de qua*.

L'insieme delle disposizioni dettate dalle parti sociali riflette, del resto, un'endemica tendenza del sistema sindacale italiano ad auto-regolarsi; tendenza remota, che, riguardo alle rappresentanze aziendali ha conosciuto altri momenti significativi: si pensi al "patto federativo" del 1972 (che riconosceva nei Consigli di fabbrica l'«istanza sindacale di base con poteri di contrattazione sui posti di lavoro») e all'*Accordo interconfederale per la costituzione delle RSU* del 1993.

<sup>1</sup> Corte cost. 23 luglio 2013, n. 231. Per un'analisi delle precedenti decisioni sull'art. 19 SL, v. CARINCI F., *Il buio oltre la siepe: Corte costituzionale 23 luglio 2013, n. 231*, DRI, 2013, 899; PERSIANI, *Illegittimità costituzionale sopravvenuta dell'art. 19 della legge n. 300/1970*, Giur.it., 2012, 1037; *Id.*, *Ancora sulla sopravvenuta illegittimità costituzionale dell'art. 19 della legge n. 300 del 1970*, ADL, 2012, 1093; GARGIULO, *Tensioni e distorsioni nella crisi del modello «statutario di rappresentanza sindacale in azienda»*, RIDL, 2013, 171.

<sup>2</sup> Dall'inizio della XVII legislatura risultano presentate alla Camera le proposte C.5 (di iniziativa popolare) C.519 (Damiano ed altri), C. 709 (Airaudo ed altri), C. 1376 (Polverini), C.1549 (Tinagli ed altri); al Senato i d.d.l. 993 (Ichino ed altri), 986; 184 e 654. Per un quadro completo dei progetti v. anche le due proposte di legge sindacale formulate in ambito accademico: la proposta della rivista *Diritti lavori mercati* (*Disciplina delle relazioni sindacali, della contrattazione collettiva e della partecipazione dei lavoratori*), in DLM, 2014, 155, e la proposta di legge sindacale del gruppo di giuslavoristi denominato "Frecciarossa" (Caruso, De Luca Tamajo, Del Punta, Marazza, Maresca, Perulli, Romei, Scarpelli, Speciale) corredata dalle *Linee guida di una disciplina legislativa di rappresentanza, rappresentatività sindacale ed efficacia dei contratti collettivi aziendali* (di prossima pubblicazione in RIDL, 2015, 4, III). Per riferimenti ai vari d.d.l. attualmente all'esame delle due Camere v. ZOPPOLI L., *Impresa e relazioni industriali dopo la guerra dei tre anni: verso una nuova legge sindacale? Considerazioni a valle di Corte Cost. 231/2013*, DLM, 2013; MAGNANI, *Le rappresentanze sindacali in azienda tra contrattazione collettiva e giustizia costituzionale. Prime riflessioni a partire da Corte costituzionale n. 231/2013*, Working Paper ADAPT, 25 settembre 2013, n. 135.

<sup>3</sup> ZOPPOLI L., *Impresa e relazioni industriali dopo la guerra*, cit.

<sup>4</sup> Cfr. la proposta del gruppo di giuslavoristi denominato "Frecciarossa", di più recente formulazione rispetto ai d.d.l. presentati all'inizio della corrente legislatura e alla proposta dei giuristi napoletani facenti capo alla rivista *Diritti lavori mercati*. Sulle generali condizioni di contesto favorevoli ad un intervento eteronomo sulla rappresentanza, v. CARUSO, *Per un intervento eteronomo sulla rappresentanza sindacale: se non ora quando?*, in ZOPPOLI L., ZOPPOLI A., DELFINO (a cura di), *Una nuova Costituzione per il sistema di relazioni sindacali?* Ed. scientifica, 2014, 439.

<sup>5</sup> *Testo Unico sulla Rappresentanza* siglato da Confindustria - CGIL, CISL e UIL il 10 gennaio 2014.

Per quel che concerne, poi, l'etero-regolazione delle RSA sembra che anche il legislatore si sia convinto della bontà di un'affermazione: se è vero che la perduta unità sindacale ha "provocato" la sentenza del 2013, la ritrovata unità potrà, in qualche modo, "recuperarne" la ricaduta<sup>6</sup>.

Ed è vero che dopo la pronuncia del 2013 le parti sociali si sono preoccupate di stabilire quali siano le OOSS che «ai fini del riconoscimento dei diritti sindacali previsti dalla legge, ai sensi dell'art. 19 SL e ss.» debbano intendersi come «partecipanti alla negoziazione»<sup>7</sup>.

Anche rispetto ad organismi la cui previsione legale conta ormai quasi mezzo secolo di storia, le regole autonome cercano, pertanto, di dare buona prova di sé, occupando spazi che la sentenza della Corte costituzionale avrebbe altrimenti consegnato all'interpretazione e al «ruolo riordinatore»<sup>8</sup> della giurisprudenza. Com'è noto, l'effetto additivo della pronuncia della Consulta - che ha sostituito all'espressione "associazioni sindacali firmatarie" quella di "associazioni sindacali trattanti"<sup>9</sup> - ha aggiunto incertezze applicative e dubbi di legittimità costituzionale riguardanti la disposizione<sup>10</sup>.

Per tali ragioni, malgrado la permanente coesistenza di due organismi – le RSA, previste per via legislativa e rappresentative dei soli lavoratori iscritti a singoli sindacati e le RSU, disciplinate da larghe intese confederali e a vocazione rappresentativa tendenzialmente generale – la preoccupazione che il nostro sistema sindacale, lasciato all'auto-regolazione, possa ancora produrre disfunzioni sembra involgere aspetti "altri" del sistema: la rappresentatività, la legittimazione alla stipula dei contratti collettivi e la loro efficacia *erga omnes*, la ridefinizione del ruolo del contratto nazionale di categoria e la connessa, quanto discussa, previsione del salario minimo legale<sup>11</sup>.

La riforma della rappresentanza aziendale dei lavoratori non sembra, invece, assumere carattere d'urgenza<sup>12</sup>, a dispetto dell'idea che si tratti di un intervento «ben possibile e più a portata di mano» di quello - onnicomprensivo - su soggetti, livelli e procedure della contrattazione collettiva<sup>13</sup>.

I meccanismi di auto-regolazione continuano, del resto, a perpetuarsi, come mostra la più recente tendenza a superare i limiti soggettivi del TUR 2014. Benché la giurisprudenza, anche recente,

<sup>6</sup> CARINCI F., *Il buio oltre la siepe*, cit., 947.

<sup>7</sup> V. *infra*, § 3.

<sup>8</sup> MELIADÒ, *Il giudice del lavoro fra ordine giuridico e criticità sociale*, RIDL, 2013, I, 490.

<sup>9</sup> RUSCIANO, *Sindacato "firmatario" o "trattante", purché "rappresentativo (Commento della sentenza n. 231/2013 della Corte costituzionale)*, RGL, 2013, I, 517.

<sup>10</sup> Un ulteriore profilo di illegittimità costituzionale è legato, per esempio, alla possibile assenza di un contratto collettivo applicato nell'unità produttiva, a fronte della legittima pretesa di un sindacato di essere presente anche in quella unità, con più di quindici dipendenti ma senza contratto, qualora si manifesti l'"iniziativa dei lavoratori" (cfr. MARESCA, *Prime osservazioni sul nuovo articolo 19 Stat. lav.: connessioni e sconnessioni sistemiche*, in AA.VV., *La RSA dopo la sentenza della Corte costituzionale 23 luglio 2013*, n. 231, Adapt Labour Studies e-Book series, 2013, n. 13, 5-6).

<sup>11</sup> V., per tutti, SPEZIALE, *Il salario minimo legale*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 244/2015.

<sup>12</sup> In tal senso, anche se prima della sentenza della Corte cost. n. 231/2013, DE LUCA TAMAJO, *Le relazioni industriali dopo Mirafiori e Pomigliano: opinioni a confronto*, DRI, 2011, 362; *Id.*, *Riforme (im)possibili nel diritto sindacale*, DLM, 2011, 2; GARGIULO, *Tensioni e distorsioni*, cit., 172.

<sup>13</sup> MAGNANI, *Le rappresentanze sindacali in azienda*, cit., 6.

abbia sottolineato l'efficacia *inter partes* dell'intesa<sup>14</sup>, il TUR 2014 continua a raccogliere adesioni (fra le principali, quelle di CISAL, UGL, CONFSAL<sup>15</sup>) e le sue regole vengono estese a settori diversi dall'industria attraverso la stipula di accordi analoghi<sup>16</sup>.

Al contempo, sono già in corso tentativi di attuazione delle regole del TUR 2014 riguardanti la misurazione della rappresentatività sindacale, come mostra la convenzione per il censimento delle deleghe sindacali siglata dalle Confederazioni dei lavoratori e dell'industria (Cgil, Cisl, Uil e Confindustria) e dall'INPS, il 16 marzo 2015<sup>17</sup>.

Ma è anche vero che appare meno spedita l'altra gamba su cui poggia il meccanismo di misurazione della rappresentatività e, cioè, la raccolta dei dati elettorali relativi proprio alle elezioni delle RSU. Da una parte stenta a decollare il processo di trasmissione dei dati al CNEL, per via dell'incerta sorte di quest'organo, legata alle riforme istituzionali tuttora in discussione<sup>18</sup>. Dall'altra, la costituzione delle strutture di base è ancora intermittente e da consolidare<sup>19</sup>, soprattutto nei settori connotati da un'elevata frammentazione della rappresentanza<sup>20</sup>; circostanza che, anche recentemente, ha generato significative vertenze giudiziarie riguardanti la partecipazione dei sindacati di base (non firmatari del TUR 2014) all'elezione degli organismi unitari<sup>21</sup>.

Malgrado gli intoppi (scarsa fluidità dei meccanismi elettorali e di raccolta dei dati, apertura di contenziosi da parte di sindacati estranei all'intesa del 2014), il quadro sembra complessivamente scoraggiare il legislatore ad intervenire, anche solo a sostegno della regolazione autonoma.

Parimenti accantonata sembra l'idea di mettere altro "olio nel lume" della regolazione legale delle RSA, provvedendo a conformare a Costituzione l'art. 19 SL, secondo il monito rivolto al legislatore dalla Consulta.

Nonostante l'asfittica formulazione con cui il diritto a costituire RSA è ormai declinato dall'art. 19 SL<sup>22</sup> e benché le incertezze applicative generate dalla sentenza del 2013 abbiano suscitato in buona parte della dottrina il convincimento che l'intervento del legislatore sia necessario per far

<sup>14</sup> Cfr. Trib. Roma 15 maggio 2015, ove si legge che «ai sensi dell'art. 1372 c.c. il contratto ha forza di legge tra le parti (1° comma) ed il contratto non produce effetto rispetto ai terzi che nei casi previsti dalla legge (2° comma). Quindi, è evidente che l'accordo in questione vincola solo le parti sottoscriventi (o successivamente aderenti) e non i ricorrenti, che pacificamente non vi hanno aderito».

<sup>15</sup> Per l'elenco completo v. l'Allegato 3 al TUR 2014.

<sup>16</sup> V. l'Accordo del 28 luglio 2015 - siglato da Agci, Confcooperative, Legacoop e CGIL, Cisl e Uil – e l'Accordo del 26 novembre 2015, siglato da Confcommercio-Imprese per l'Italia e CGIL, Cisl e Uil.

<sup>17</sup> Com'è noto, il TUR affida la rilevazione del numero di deleghe proprio all'istituto nazionale di previdenza. Cfr. anche la successiva Circolare INPS del 14 aprile 2015, n. 76.

<sup>18</sup> V. il d.d.l. costituzionale S.1429 B (*Disposizioni per il superamento del bicameralismo paritario, la riduzione del numero dei parlamentari, il contenimento dei costi di funzionamento delle istituzioni, la soppressione del CNEL e la revisione del titolo V della parte seconda della Costituzione*) presentato dal Presidente del Consiglio dei ministri (Renzi) e dal Ministro per le riforme costituzionali e i rapporti con il Parlamento (Boschi,) comunicato alla Presidenza l'8 aprile 2014 e, da ultimo, approvato al Senato il 13 ottobre 2015.

<sup>19</sup> CARRIERI, TREU, *Introduzione. Le relazioni industriali italiane ed europee: innovazioni da completare e convergenze da affinare*, in CARRIERI, TREU (a cura di), *Verso nuove relazioni industriali*, Il Mulino, 2013, 48.

<sup>20</sup> MARAZZA, *Dalla "autoregolamentazione" alla "legge sindacale"? la questione dell'ambito di misurazione della rappresentatività sindacale*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 209/2014, 8.

<sup>21</sup> Cfr. sempre Trib. Roma 15 maggio 2015, cit., che ha rigettato la richiesta di dichiarazione di nullità di parti del TUR 2014, proposta dalla Confederazione USB e dalla USB-Lavoro privato, a seguito del mancato riconoscimento di soggetti appartenenti alla USB Lavoro privato come legittimi candidati/eletti nelle RSU dell'ILVA di Taranto e della Elbi International s.p.a. L'azione veniva proposta dai sindacati di base contro i soggetti negoziali del TUR (Confindustria, Cgil, Cisl, Uil).

<sup>22</sup> FERRARO, *L'efficacia soggettiva del contratto collettivo*, RGL, 2011, I, 741.

raggiungere alla norma il traguardo della piena costituzionalità<sup>23</sup>, la linea dell'astensionismo legislativo sembra tuttora prendere il sopravvento.

## 2. ...e futuro. Ha ancora un senso sostenere la rappresentanza sindacale? Progetti di regolazione legale.

Se questo è il quadro, ci si può chiedere se l'eventuale regolazione legale della rappresentanza debba ancora privilegiare il sindacato o possa, più opportunamente, valorizzare forme di rappresentanza *dei lavoratori* di tipo generale/elettivo, che restringano lo spazio della democrazia associativa a vantaggio di quella generale, rispondendo anche ad istanze di democrazia partecipativa nell'impresa.

Come meglio si vedrà (*infra*, § 3), lo scopo di potenziare il sindacato nell'impresa – evidente nella formulazione originaria dell'art. 19 SL – ha animato anche la componente auto-regolata del sistema ed è ancor oggi visibile nella maggior parte delle proposte e dei disegni di legge presentati nel corso della XVII legislatura.

Nelle proposte oggi in discussione la gamma di soluzioni è svariata: dalla previsione di un'unica struttura - la rappresentanza sindacale aziendale<sup>24</sup> o unitaria (ma pur sempre di derivazione sindacale)<sup>25</sup> - al mantenimento del dualismo RSU-RSA<sup>26</sup>.

Solo alcune proposte privilegiano l'approccio di base rispetto a quello sindacale/associativo, che appare nel complesso prevalente, come mostra anche la più recente proposta del gruppo di giuristi denominato "Frecciarossa". Nel permanente dualismo del sistema, il suggerimento è, in tal caso, quello di conferire il potere di scelta della struttura (RSA o RSU) da costituire alle *associazioni sindacali* che, singolarmente o congiuntamente, raggiungano la soglia del 50% più uno di rappresentatività in azienda. Anche qualora tale maggioranza non venga raggiunta - e la scelta dell'organismo sia, perciò, rimessa all'esito di un *referendum* - si prevede che l'iniziativa referendaria venga assunta *da almeno una delle associazioni* di cui all'art. 19 SL. Il potere di iniziativa torna, dunque, ai sindacati, ai quali spetta anche il potere di presentare liste.

Sono, dunque, poche le proposte che valorizzano i poteri di iniziativa e/o i poteri deliberativi della base da rappresentare<sup>27</sup>: il potere di istituire le RSU tramite *referendum* (benché l'indizione compete, anche in tal caso, ai sindacati)<sup>28</sup>; il potere dei lavoratori di presentare liste, attribuito ora ai lavoratori *tout court*<sup>29</sup>, ora ad "organizzazioni dei lavoratori" diverse dalle associazioni sindacali<sup>30</sup>.

Solo due proposte, infine, si preoccupano di soddisfare istanze di democrazia partecipativa nell'impresa<sup>31</sup>. La proposta più coraggiosa, per tali aspetti, è quella dei giuristi napoletani, che dedica due interi capi (V-VI) al coinvolgimento e alla partecipazione (gestionale e azionaria) dei

<sup>23</sup> MARESCA, *Prime osservazioni*, cit., 4.

<sup>24</sup> D.d.l. 993 (Ichino ed altri).

<sup>25</sup> D.d.l. 519 (Damiano ed altri).

<sup>26</sup> In tal senso la proposta della rivista *Diritti lavori mercati*, cit. retro alla nota 2.

<sup>27</sup> Si veda sp. il d.d.l. 709 (Airaud ed altri) presentato alla Camera il 10 4 2013 (artt. 1-2).

<sup>28</sup> Così nella proposta della rivista *Diritti lavori mercati*, cit., art. 1, c. 2.

<sup>29</sup> Nella proposta di legge SEL (d.d.l. 709, art. 2, cit. alla nota precedente) a condizione che si raggiunga una percentuale minima (il 3% nel settore privato) di lavoratori rispetto al numero totale degli occupati.

<sup>30</sup> Così sempre il d.d.l. 709; v. anche la proposta della rivista *Diritti lavori mercati*, cit.

<sup>31</sup> Il riferimento è al d.d.l. C.519 (Damiano ed altri) e, soprattutto, alla proposta della rivista *Diritti lavori mercati*, cit.

lavoratori, mentre nel d.d.l. C.519, la sensibilità al tema della partecipazione è limitata alla previsione di comitati consultivi dotati di diritti di informazione/consultazione, la cui costituzione dovrebbe, tuttavia, avvenire nelle sole grosse società (con organico di almeno trecento dipendenti).

Prima ancora di rispondere alla domanda iniziale, provando a immaginare soluzioni regolative anche diverse da quelle in discussione, vale la pena di rimarcare le caratteristiche generali dell'attuale sistema di rappresentanza aziendale, evidenziandone, soprattutto, alcune lacune: l'assenza di forme di rappresentanza dei lavoratori generali/elettive sganciate dal canale sindacale e la mancanza di funzioni partecipative strutturate attraverso un quadro organico di regole (di natura legale o anche soltanto endo-sindacale).

La tesi che si proporrà muove, innanzitutto, da un presupposto: l'irreversibile declino, in Italia, del modello di sindacalismo storico su basi confederali, legato, su scala comparata, al declino del sindacalismo industriale<sup>32</sup> e, più in generale, del *"political-industrial unionism"*: sindacalismo costruito sull'aggregazione massiccia di lavoratori manuali e sulla tendenza a trovare alleanze nella sfera politica e nei partiti<sup>33</sup>.

L'idea che si proverà ad articolare è che tale declino – dopo aver prodotto uno «spiazzamento delle relazioni industriali nazionali» conosciute nel secolo scorso<sup>34</sup> e cristallizzate, con riguardo alle rappresentanze aziendali, nel modello statutario RSA – dovrebbe indurre a un ripensamento dei paradigmi regolativi e delle soluzioni normative riguardanti il sistema di rappresentanza aziendale. Se davvero è tempo di «esercizi di ingegneria delle relazioni industriali e delle regole che le governano»<sup>35</sup>, è anche ora di pensare a un cambiamento di regole che tenga adeguatamente conto (a) del problema della legittimazione democratica (proveniente dalla base rappresentata) degli organismi elettivi; (b) delle istanze di "partecipazione" che, prepotentemente, tornano d'attualità negli ultimi anni, suggerendo l'opportunità di interventi simultanei e coordinati sulla rappresentanza e la partecipazione<sup>36</sup>.

### 3. RSA e RSU: l'anomalia della dualità rispetto ai sistemi a "doppio canale". Un primo fattore di anomalia: la comune matrice sindacale.

È innanzitutto il caso di guardare, rapidamente, alla disciplina - legale (art. 19 SL) ed endo-sindacale (TUR 2014, parte II) - delle rappresentanze aziendali.

<sup>32</sup> Sempre CARRIERI, TREU, *Introduzione*, cit., 42; VISSER, *The rise and fall of industrial unionism*, *Transfer*, 2015, 451.

<sup>33</sup> STREECK, *The sociology of labor markets and trade unions*, in Smelser & Swedberg (Eds.), *The Handbook of Economic Sociology*, Princeton: Princeton University Press, 2005, 267-268.

<sup>34</sup> CARRIERI, TREU, *Introduzione*, cit., 7 e 15. Il tema è stato ampiamente trattato da TREU nella Relazione alle Giornate di studio dell'AIDLASS del 2013 (sul tema «La crisi economica e i fondamenti del diritto del lavoro»), ora pubblicata in *GDLRI*, 2014 (TREU, *Le istituzioni del lavoro nell'Europa della crisi*, 597).

<sup>35</sup> DE LUCA TAMAJO, *Riforme (im)possibili*, cit.

<sup>36</sup> Per la dottrina si rinvia, oltre che a ZOPPOLI L., *Per una legge sindacale di stampo partecipativo*, in CARINCI F. (a cura di) *Legge o contrattazione? Adapt Labour studies, e-Book series*, n. 20, 2014, 180, ad ALAIMO, *L'eterno ritorno della partecipazione: il coinvolgimento dei lavoratori al tempo delle nuove regole sindacali*, WP CSDL "MASSIMO D'ANTONA".IT – 219/2014, e al più recente contributo di CARRIERI, NEROZZI, *Introduzione. Partecipazione e democrazia nelle imprese: un'altra via è possibile*, in CARRIERI, NEROZZI, TREU (a cura di), *La partecipazione incisiva*, Il Mulino, 2015. Sul tema della partecipazione "integrativa" o "interna" agli organi societari v., da ultima, GOTTARDI, *Ultima chiamata per il sistema dualistico: partecipazione negata dei lavoratori e rischi di sistema*, *DLM*, 2014, 575. Il coordinamento dei due temi è, infine, raccomandato dal recentissimo documento unitario "Un moderno sistema di relazioni industriali. Per un modello di sviluppo fondato sull'innovazione e la qualità del lavoro" approvato da Cgil, Cisl e Uil il 16.1.2016.

Diversamente che in altri sistemi – in cui rappresentanze aziendali *dei lavoratori* di tipo generale coesistono con rappresentanze più propriamente *sindacali* - nel sistema italiano la co-regolazione di due organismi non prefigura un vero e proprio “doppio canale” di rappresentanza; sistema prevalente nei Paesi europei continentali (Francia, Germania, Paesi Bassi, Spagna).

I sindacati italiani si sono mostrati tradizionalmente ostili a tale modello, esprimendo un rifiuto che risale al tempo delle Commissioni Interne e che riflette una netta preferenza per la rappresentanza sindacale associativa (sostenuta, a quel tempo, specie dalla Cisl) rispetto a quella generale dei lavoratori<sup>37</sup>.

La previsione di due organismi non equivale, del resto, ad una loro frequente convivenza nella prassi: è noto che la “clausola di salvaguardia” del TUR 2014 prevede che i sindacati appartenenti alle Confederazioni firmatarie dei tre Accordi unitari del 2011, 2013 e 2014, partecipando alla elezione delle RSU, rinuncino a costituire RSA, «nelle realtà in cui siano state o vengano costituite RSU» (clausola 8).

Inoltre, tanto nella disciplina endo-sindacale delle RSU quanto nella (ormai) scarna normativa legale delle RSA è evidente la matrice sindacale della rappresentanza.

Benché le RSU siano strutture a vocazione rappresentativa tendenzialmente generale – specie a seguito della soppressione della cosiddetta regola del “terzo riservato” e all’adozione del sistema proporzionale puro – esse hanno una spiccata connotazione sindacale/associativa, una vera e propria “traccia genetica” sindacale. Innanzitutto, sono il frutto di autonoma regolazione *sindacale*; inoltre, il potere di iniziativa riguardante la loro costituzione appartiene *ai soli sindacati* [a) aderenti alle Confederazioni firmatarie dei tre Accordi unitari; b) di categoria e firmatari del c.c.n.l. applicato nell’unità produttiva; c) che accettino «espressamente, formalmente e integralmente i contenuti» dei tre accordi unitari]. Questi ultimi sono gli unici soggetti legittimati a presentare liste<sup>38</sup>. La stessa denominazione - rappresentanze *sindacali* unitarie (piuttosto che rappresentanze unitarie *dei lavoratori*) - ne tradisce la contaminazione sindacale.

Nell’art. 19 SL si delinea, d’altra parte, un modello di organismo rappresentativo originato da un atto di iniziativa *dei lavoratori*, che, tuttavia, non è formalizzato<sup>39</sup>; organismo necessariamente collegato ad un’organizzazione sindacale esterna, sia pure mediante un atto di recezione altrettanto informale.

Nella formulazione originaria della norma, la previsione della «iniziativa dei lavoratori» esprimeva «l’esigenza di dare una qualche espressione normativa agli organismi sorti spontaneamente nel corso dell’autunno sindacale 1968-1969»<sup>40</sup> (delegati, consigli dei delegati, consigli di fabbrica); mentre il loro collegamento con associazioni sindacali esterne era richiesto per impedirne «la degenerazione spontaneista» e farli rifluire «nell’argine del sindacato organizzato»<sup>41</sup>.

<sup>37</sup> TREU, *Autoregolazione e legge nel sistema di relazioni industriali*, in ZOPPOLI L., ZOPPOLI A., DELFINO (a cura di), *Una nuova Costituzione*, cit., 528.

<sup>38</sup> Clausole 1 e 4 TUR 2014, parte II.

<sup>39</sup> Si è perciò parlato di un «“requisito in bianco”, al quale solo le scelte organizzative dei sindacati (...) possono dare identità» (BELLOCCHI, *Rappresentanza e diritti sindacali in azienda*, GDLRI, 2011, 550).

<sup>40</sup> DE LUCA TAMAJO, ALAIMO, voce *Rappresentanza sindacale aziendale*, *Enc. dir.*, Giuffrè, vol. XXXVIII, 1987, 610; BELLOCCHI, *op. loc. cit.* Il progressivo riassorbimento di tali strutture fu confermato, nel 1972, dal patto federativo fra CGIL, CISL e UIL, con il quale i CdF furono esplicitamente riconosciuti come “l’istanza sindacale di base con poteri di contrattazione sui posti di lavoro”.

<sup>41</sup> Sempre DE LUCA TAMAJO, ALAIMO, *op. cit.*

La scelta di potenziare il sindacato nell'impresa trovava, infatti, nell'art. 19 della l. n. 300/1970 «una delle più significative espressioni» e nella lettera a) la difesa del “monopolio confederale”, sostenuta, a sua volta, da una selezione a misura di una rappresentatività “extra-aziendale” ed “ultra-categoriale”.

Col tempo e a causa delle diverse vicende modificative che hanno interessato la disposizione, la disciplina legale delle RSA ha assunto connotati del tutto nuovi, soprattutto in ragione della soppressione del doppio criterio selettivo contenuto nel testo originario (storico-istituzionale - *ex lett. a* - e tecnico-pragmatico - *ex lett. b*) avvenuta ad opera del *referendum* del 1995. Gli esiti della consultazione referendaria hanno irrimediabilmente inciso sull'equilibrio originario dell'art. 19<sup>42</sup>, trasformando la disposizione in un incomprensibile e irragionevole residuo<sup>43</sup>.

Da una parte, la legittimazione a costituire RSA – originariamente collegata, *in primis*, alla rappresentatività “indotta” o “derivata” dall'appartenenza alle confederazioni sindacalmente egemoni all'epoca dello Statuto (*ex lett. a*) - si è stretta intorno ai contratti collettivi<sup>44</sup>, col discutibile risultato che si è offerto sostegno a chi ne ha minor bisogno, considerato che la sottoscrizione di un contratto collettivo è l'effetto naturale del potere contrattuale<sup>45</sup>. Dall'altra, l'importanza del riferimento all'«iniziativa dei lavoratori» è scemata a vantaggio del secondo elemento su cui poggiava la soluzione statutaria: l'“ambito” sindacale entro cui la RSA dev'essere costituita, requisito ulteriore e, tuttavia, sopravvissuto ai vari innesti e sottrazioni subiti dalla disposizione.

Nonostante ciò, l'opzione di favore per il sindacato - benché “ridotta all'osso” del necessario “ambito” sindacale entro cui ricondurre le RSA - non è stata sradicata dal testo dell'art. 19 SL.

Il minimalismo della disposizione è stato infine corretto dall'interpretazione giudiziale e dall'auto-regolazione sindacale. Quel che è venuto fuori, alla fine, è una disciplina “a incastro”: il disposto legale sopravvissuto al *referendum* del 1995 è stato integrato, innanzitutto, dall'interpretazione giudiziale della Corte costituzionale. Quest'ultima ha puntualizzato, in due occasioni, il criterio di valutazione della forza contrattuale richiesta dalla disposizione, per evitare che la medesima producesse i discussi effetti di “sbilanciamento in eccesso” (sufficienza della formale sottoscrizione) o “in difetto” (insufficienza dell'attiva partecipazione alle trattative); il criterio è stato, così, convertito in un criterio di sostanziale efficienza contrattuale<sup>46</sup>. Per la Corte sono «*associazioni sindacali firmatarie di contratti collettivi di lavoro applicati nell'unità produttiva*» quelle: (a) che partecipano attivamente al processo di formazione del contratto – non un contratto qualsiasi, ma un contratto *normativo* - (sent. 244/1996) e quelle (b) che, pur non essendo firmatarie «*dei contratti*

<sup>42</sup> DEL PUNTA, *L'art. 19 Statuto dei lavoratori davanti alla Consulta: una pronuncia condivisibile ma interlocutoria*, LD, 2013, 529-530.

<sup>43</sup> CARINCI F., *Alice non abita più qui (a proposito e a sproposito del “nostro” diritto sindacale)*, GDLRI, 2013, 673. Un intervento legislativo di sostanziale ripristino del testo originario dell'art. 19 SL è, così, suggerito da PESSI, *Rappresentanza e rappresentatività sindacale tra contrattazione collettiva e giurisprudenza costituzionale*, DRI, 2013, 950.

<sup>44</sup> Si mutua l'espressione da BELLOCCHI, *op. cit.*, 557, la quale si sofferma ampiamente su tale passaggio.

<sup>45</sup> GHERA, *L'articolo 19 dello Statuto, una norma da cambiare?*, GDLRI, 2013, 187.

<sup>46</sup> Si è parlato, pertanto, di lettura sostanzialista dell'art. 19 SL, coerente al criterio dell'*effettività dell'azione sindacale* originariamente presente nella lett. b) della disposizione; tale lettura accomuna le sentenze costituzionali del 1996 (Corte cost. n. 244/1996) e del 2013 (MARESCA, *Prime osservazioni*, *cit.*).

*collettivi applicati nell'unità produttiva, abbiano comunque partecipato alla negoziazione relativa agli stessi contratti» (sent. 231/2013)<sup>47</sup>.*

Ad integrare quanto statuito dalla Consulta nel 2013 ha provveduto, infine, il TUR 2014 (parte III), stabilendo che «*ai fini del riconoscimento dei diritti sindacali previsti dalla legge, ai sensi dell'art. 19 e ss. della legge 20 maggio 1970, n. 300, si intendono partecipanti alla negoziazione le organizzazioni che abbiano raggiunto il 5% di rappresentanza, secondo i criteri concordati nel presente accordo, e che abbiano partecipato alla negoziazione in quanto hanno contribuito alla definizione della piattaforma e hanno fatto parte della delegazione trattante l'ultimo rinnovo del c.c.n.l. definito secondo le regole del presente accordo*».

Non si intende in questa sede formulare un giudizio di merito sulla soluzione fornita dal TUR 2014 - basata sulla partecipazione al processo di formazione del contratto collettivo *nazionale* - né rimarcare i rischi insiti sia nell'utilizzo, sia nel mancato utilizzo di tale soluzione.

Basterà solo evidenziare che la soglia di rappresentatività del 5% (richiesta dalla parte I del TUR 2014 per l'ammissione alla contrattazione nazionale di categoria) segna anche il presupposto necessario per la costituzione delle RSA. Ciò significa che si sono resi uniformi i criteri di accesso al rinnovo dei CCNL e alla costituzione delle RSA<sup>48</sup>; circostanza che finisce per accentuare il già evidenziato limite della disposizione: offrire sostegno a chi ne ha minor bisogno. Il secondo rischio è che possa prodursi una sorta di «dittatura della maggioranza», per cui alcuni sindacati potrebbero coalizzarsi per escludere altri, tenendoli ai margini della trattativa ed evitando che usufruiscano delle prerogative sindacali<sup>49</sup>.

Il rischio legato al mancato utilizzo della soluzione negoziale, soprattutto nel caso in cui si riferisca alla partecipazione alla contrattazione *aziendale*, è infine quello di spostare a monte (e cioè al momento dell'ammissione alle trattative) quel potere di accreditamento datoriale che il riferimento alla sottoscrizione del contratto avrebbe invece collocato a valle del processo negoziale. Si tratta di un rischio effettivo, se si considera che è controversa l'esistenza di un diritto delle OOSS ad essere ammesse alle trattative e di un correlativo "obbligo datoriale a trattare" (ricavabile da un presunto principio di parità di trattamento tra sindacati) con le OOSS che ne facciano richiesta<sup>50</sup>.

<sup>47</sup> Più precisamente, per la Corte, «*va ... dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 19, primo comma, lettera b) ... nella parte in cui non prevede che la rappresentanza sindacale aziendale possa essere costituita anche nell'ambito di associazioni sindacali che, pur non firmatarie dei contratti collettivi applicati nell'unità produttiva, abbiano comunque partecipato alla negoziazione relativa agli stessi contratti quali rappresentanti dei lavoratori dell'azienda*».

<sup>48</sup> Come osserva ancora MARESCA, *Prime osservazioni*, cit., ciò comporta un'accentuata omologazione con il sistema previsto per il lavoro pubblico dall'art. 42, c. 2, d. lgs. n. 165/2001, per il quale «*le organizzazioni sindacali che, in base ai criteri dell'articolo 43, siano ammesse alle trattative per la sottoscrizione dei contratti collettivi, possono costituire rappresentanze sindacali aziendali ai sensi dell'articolo 19 e seguenti della legge 20 maggio 1970, n. 300*».

<sup>49</sup> CARRIERI, *La lunga fuoriuscita dall'incerta rappresentanza: un approdo finalmente solido?*, *GDLRI*, 2014, 557.

<sup>50</sup> V., sul punto, DE LUCA TAMAJO, *La sentenza n. 231/2013 della Corte costituzionale sullo sfondo della crisi del sistema sindacale anomico*, *RGL*, 2014, I, sp. 49. A fronte del mero *obiter dictum* contenuto nella parte finale della sent. n. 231/2013 della Corte costituzionale, la Cassazione ha ribadito, anche recentemente, che «*non sussiste un obbligo a carico del datore di lavoro di trattare e stipulare contratti collettivi con tutte le OO.SS. e rientra nell'autonomia negoziale da riconoscere alla parte datoriale la possibilità di sottoscrivere un nuovo contratto con OO.SS. anche diverse da quelle che hanno trattato e sottoscritto il precedente*» (Cass. 10 giugno 2013 n. 14511). Nella decisione si sottolinea che la giurisprudenza della Corte è «*conformemente orientata nel ritenere che nell'attuale sistema normativo della attività sindacale, non vige il principio della necessaria parità di trattamento tra le varie organizzazioni sindacali, quindi il datore di lavoro non ha l'obbligo assoluto neppure di aprire le trattative per la stipula di contratti collettivi con tutte le organizzazioni,*

#### 4. Un secondo fattore: l'indistinzione funzionale fra RSA e RSU.

Ma non è su tali profili che si intende portare l'attenzione.

Ciò che si vuol rimarcare è il peculiare carattere duale del sistema di rappresentanza aziendale italiano - un "lusso eccessivo", come lo si è definito<sup>51</sup> - poiché alla comune matrice sindacale delle strutture si aggiunge l'assenza di qualsivoglia ripartizione funzionale fra rappresentanze sindacali e unitario/elettive: un'indistinzione che riguarda tanto le funzioni quanto la titolarità dei diritti.

Per chiarire meglio tali aspetti, sarà utile un breve raffronto – tutt'altro che un'esauritiva comparazione<sup>52</sup> - fra disciplina e prassi della rappresentanza in Italia e in altri sistemi.

Tralasciamo la circostanza che in altri ordinamenti (Francia, Spagna, Germania, per esempio) esiste una regolazione legislativa degli organismi di rappresentanza, che a volte riguarda l'uno e l'altro canale e che è spesso legata ad un elevato livello di giuridificazione del diritto sindacale, del tutto assente, invece, nel sistema italiano.

È fin troppo noto che in Italia l'etero-regolazione è scarsa e, nella materia *de qua*, limitata alla rappresentanza di *singole sigle sindacali*. Al di là della sua radice storica (il sostegno al sindacato rappresentativo), ciò che è rimasto (l'art. 19 SL) è solo un omaggio a un pluralismo<sup>53</sup> non interamente riconducibile alla disciplina confederale delle RSU<sup>54</sup>.

Né l'art. 19 SL, né la disciplina endo-sindacale delle RSU rispondono, tuttavia, all'intenzione di articolare, dal punto di vista funzionale, il sistema di rappresentanza aziendale.

Ed è questo il punto decisivo.

Nel sistema italiano, la disciplina delle due strutture non è accompagnata da un'articolata disciplina delle funzioni – né tramite legge né tramite regolazione endo-sindacale – ma, soprattutto, prescinde da un'identificazione (tipica di altri sistemi) fra rappresentanze generali/elettive e funzioni *latu sensu* partecipative.

Le regole di auto-organizzazione del sistema (TUR 2014) ci dicono oggi che tanto le RSU quanto le RSA possono stipulare e approvare, a maggioranza, i contratti collettivi aziendali efficaci *erga omnes*, benché nel caso in cui l'approvazione provenga da singole RSA sia poi necessario il voto dei lavoratori<sup>55</sup>.

---

*potendosi configurare l'ipotesi di condotta antisindacale prevista dall'art. 28 dello Statuto dei lavoratori solo quanto risulti un uso distorto da parte del datore medesimo della sua libertà negoziale, produttivo di un'apprezzabile lesione della libertà sindacale dell'organizzazione esclusa».*

<sup>51</sup> CARINCI F., *Il buio oltre la siepe*, cit., 947.

<sup>52</sup> Per la quale si rinvia a CORTI, *La partecipazione di lavoratori. La cornice europea e l'esperienza comparata*, Vita e pensiero, 2012; *Id.*, *Le esperienze partecipative in altri Paesi europei*, in ZOLI (a cura di), *Lavoro e impresa: la partecipazione e le sue forme nel diritto italiano e comparato*, Giappichelli, 2015, 53.

<sup>53</sup> Sull'assetto fortemente pluralistico che contraddistingue, ormai, il sistema sindacale italiano v. CARRIERI, *La lunga fuoriuscita*, cit., 549.

<sup>54</sup> Ciò è confermato dalla resistenza di alcune Confederazioni nei confronti della caducazione della RSA e dalla permanente preferenza per queste ultime in alcuni settori (ad es. bancario): cfr. le *Linee guida di una disciplina legislativa*, cit. alla nota 2.

<sup>55</sup> Ciò è dovuto alla combinazione, nelle RSU, del criterio della legittimazione sindacale (potere di iniziativa) e della legittimazione elettiva (elezioni) e, cioè, alla presenza di una legittimazione "dal basso", proveniente dai lavoratori. Per tale ragione, se l'accordo è approvato, a maggioranza, dalle RSA, la legittimazione "dal basso" dev'essere "recuperata" attraverso il *referendum* sull'accordo (e la sua necessaria approvazione a maggioranza).

Anche i discussi interventi legislativi che hanno recentemente riguardato la contrattazione collettiva - l'art. 8 della l. n. 148/2011 e l'art. 51 del d. lgs. n. 81/2015 – hanno individuato sia nelle «rappresentanze sindacali operanti in azienda ai sensi della normativa di legge e degli accordi interconfederali vigenti» (art. 8) che nelle RSA/RSU (art. 51) i soggetti della contrattazione aziendale.

L'indistinzione si ripropone nell'ambito della titolarità dei diritti: già per effetto dell'Accordo interconfederale 20 dicembre 1993, i componenti delle RSU subentravano «ai dirigenti delle RSA nella titolarità di diritti, permessi, libertà sindacali e tutele già loro spettanti, per effetto delle disposizioni di cui al titolo III della L. n. 300 del 1970»; la disposizione è fedelmente riprodotta nel TUR 2014 (parte II, clausola 4).

L'assenza di distinzioni riguarda, infine, i diritti di informazione/consultazione previsti da leggi, contratti collettivi e normativa-quadro sull'informazione/consultazione (d. lgs. 25/2007). Quest'ultima, per esempio, non entra nel merito del sistema di rappresentanza aziendale, limitandosi a rinviare alla contrattazione l'individuazione dei soggetti titolari dei diritti informativo-consultivi (art. 4 co. 1) e alla «normativa vigente», nonché agli accordi interconfederali, la definizione legale di «rappresentanti dei lavoratori» (art. 2, lett. d, d. lgs. n. 25/2007).

A fronte di tali caratteristiche, si può ricordare che nei Paesi latino-europei con sistemi a “doppio canale” – in Francia, per esempio – la legge disciplina la rappresentanza di tipo generale/elettivo in funzione di un sistema di partecipazione dettagliatamente regolato dalla legge<sup>56</sup>.

La disciplina legale del comitato di impresa francese (*comité d'entreprise*), storicamente molto datata<sup>57</sup>, ha addirittura preceduto quella delle sezioni e dei delegati *sindacali* (*sections syndicales d'entreprise, délégués syndicaux*) ed è stata legata, sin dall'inizio, alla volontà legislativa di istituzionalizzare un sistema di partecipazione aziendale indipendente dai canali sindacali, allo scopo di creare strutture preposte più alla mediazione che alla rivendicazione e alla lotta in difesa degli interessi dei lavoratori (non a caso tali strutture sono bipartite, oltre che elettive). Per tali ragioni la costituzione dei *comités* è ancor oggi necessaria nelle imprese che occupano almeno cinquanta dipendenti e al datore di lavoro è fatto *obbligo* di indirne le elezioni<sup>58</sup>. Le *funzioni* dei comitati d'impresa – informazione, consultazione e iniziative sociali e culturali – sono inoltre compiutamente disciplinate dalla legge<sup>59</sup> e, quel che più importa, sono distinte da quelle di contrattazione collettiva a livello decentrato, appartenenti ai *délégués syndicaux*.

Anche in Spagna le forme strutturali della rappresentanza aziendale sono riconducibili al “doppio canale” (*delegados de personal/comités de empresa, secciones sindicales/ delegados sindicales*)

<sup>56</sup> In particolare dalle norme del codice del lavoro francese (COHEN, MILET, *Le droit des comités d'entreprise et des comités de groupe*, L.G.D.J., Paris, 2015), recentemente modificate dalla *Loi relative à la sécurisation de l'emploi* del 2013: CORTI, *Le esperienze partecipative*, cit.

<sup>57</sup> Cfr. ALAIMO, *Francia*, in CARUSO, D'ANTONA, SCIARRA (a cura di), *Il diritto del lavoro nell'Unione europea. Francia, Germania, Gran Bretagna, Spagna*, ESI, 1995, 427.

<sup>58</sup> La legge fissa persino le modalità di svolgimento delle operazioni elettorali, anche se l'apparato di regole è minimo e dev'essere integrato da apposito accordo (cd. *préélectorale*) riguardante la singola elezione.

<sup>59</sup> La legge individua le ipotesi in cui il *comité* dev'essere informato o consultato, dettando regole soprattutto in materia di consultazione; quest'ultima, diversamente dall'informazione, dà luogo ad una vera e propria procedura. Il sistema informativo/consultivo è stato notevolmente rinnovato, una prima volta, da una delle quattro leggi *Auroux* del 1982 (legge 915/1982) e, successivamente, dalla citata *Loi relative à la sécurisation de l'emploi* del 2013.

e il potere di *convocatoria* elettorale degli organismi generali/elettivi non appartiene solo *ai sindacati* ma anche *ai lavoratori*; qualsiasi gruppo di lavoratori può presentare liste di candidati (cdd. “candidature indipendenti”), a condizione che il numero di sottoscrittori sia pari almeno a tre volte il numero dei rappresentanti da eleggere.

Benché non esista, in questo ordinamento, una separazione di funzioni e ambiti di azione dei due canali analoga a quella del sistema francese (il dualismo della rappresentanza provoca, viceversa, numerose concorrenze funzionali) e malgrado l'assenza di una disciplina sistematica dei diritti di informazione/consultazione, la previsione di un'intensa *acción participativa* da parte della *Ley del Estatuto de los Trabajadores* è andata di paro passo con la previsione e la disciplina legale delle strutture rappresentative (*delegados de personal* e *comités de empresa*) titolari delle relative funzioni.

Volendo aggiungere un cenno ai Paesi con doppio canale di area nordica, è d'obbligo richiamare l'archetipo tedesco - nel quale la rappresentanza di tipo generale/elettivo (il consiglio di azienda, *Betriebsräte*) è marcatamente collegata alle funzioni partecipative – e il modello olandese - fortemente influenzato dal sistema tedesco e, sia pure in minor misura, da quello francese. Come nel caso tedesco, i consigli d'impresa olandesi (*Ondernemingsraad*) sono titolari di ampi diritti di codecisione e/o poteri di veto (e non di semplici diritti informativo/consultivi).

Tanto in Germania, quanto nei Paesi Bassi la natura generale/elettiva degli organismi fa sì che le candidature possano essere presentate (dai sindacati e) dai lavoratori (purché sia raggiunto un numero minimo di sottoscrizioni), anche se solo nel sistema olandese (come in Francia) la legge pone in capo all'imprenditore l'*obbligo* di attivarsi per la costituzione dell'*Ondernemingsraad*.

In entrambi i Paesi, infine, il canale doppio si accompagna ad una significativa ripartizione funzionale tra sindacati e consigli di azienda, i quali (più in Olanda che in Germania) non esercitano funzioni di contrattazione collettiva.

È viepiù evidente, allora, che le RSU del sistema italiano sono molto diverse dalle strutture generali/elettive di altri ordinamenti: hanno matrice sindacale; sono governate da regole di funzionamento interamente endo-sindacali; sono titolari di poteri di contrattazione.

#### **5. Itinerari possibili per una rifondazione del sistema di rappresentanza aziendale: dal possibile riconoscimento legale di organismi di rappresentanza extra-sindacali alla necessaria articolazione funzionale del sistema.**

Per riannodare il filo alle precedenti domande e soprattutto al quesito posto nel § 2, si può partire dalla constatazione che l'attuale modello di rappresentanza è integralmente permeato dal sindacato, anche perché imperniato sulla contrattazione collettiva; quest'ultima, oltre a regolare una delle due componenti del sistema (la RSU), è punto di riferimento necessario per l'impiego della formula selettiva dell'art.19 SL. L'intero sistema è inoltre caratterizzato da una endemica debolezza delle funzioni partecipative.

Si può anche condividere un'impressione di fondo: l'attuale legislazione di sostegno al sindacato porta con sé una sostanziale “ingiustizia”, in ragione del *deficit* democratico delle RSA<sup>60</sup>; lo stesso

<sup>60</sup> BELLOCCHI, *Rappresentanza e diritti*, cit., 552 e 554.

modello RSU non coincide con quello di una rappresentanza democratica e pluralista, liberamente eletta da tutti i lavoratori.

Infine, per riprendere uno degli spunti iniziali, l'effettività della normativa sulle RSU è ancora tutta da verificare: la costituzione delle strutture di base è da consolidare, specie nelle imprese appartenenti a settori connotati da un'elevata frammentazione della rappresentanza o con scarso tasso di sindacalizzazione. La moltiplicazione delle tipologie contrattuali – unita ad altri fenomeni (esternalizzazioni, modelli organizzativi reticolari, delocalizzazioni) – ha infatti «enormemente complicato la sintesi rappresentativa» nei luoghi di lavoro<sup>61</sup>.

Come osservano i sociologi, i sindacati tradizionali hanno sviluppato una varietà di strategie di rivitalizzazione per far fronte a tali problemi<sup>62</sup>, ma è evidente che le situazioni di elevata frammentazione e/o di scarsa presenza sindacale rendono problematico un modello di rappresentanza – e un sistema combinato di norme (autonome ed eteronome) – interamente basato sul sostegno alla presenza sindacale in azienda.

È allora probabile che nell'attuale laboratorio delle regole debba tentarsi uno sbilanciamento delle soluzioni verso organismi di rappresentanza generale/elettiva di tipo universale, la cui costituzione dovrebbe prescindere dalla necessaria attivazione dei soggetti sindacali.

Per un verso, è infatti legittima l'esigenza di disporre di organismi di rappresentanza anche in unità produttive con meno di quindici dipendenti<sup>63</sup>. La soglia che consentirebbe di coprire larga parte del tessuto produttivo italiano sarebbe probabilmente quella di nove-dieci dipendenti; in alternativa, come è stato suggerito, si potrebbe pensare ad organismi eletti per settori omogenei e distretti su scala territoriale<sup>64</sup>. Per altro verso, è forte l'esigenza di disporre di organismi unitari, sufficientemente indipendenti dai sindacati.

Certo - raccogliendo ancora suggestioni provenienti dalle riflessioni dei sociologi sulle relazioni industriali - ci si può domandare se le forme di rappresentanza extra-sindacali non comportino più rischi che vantaggi; il rischio, per esempio, di espandere la discrezionalità imprenditoriale, rafforzando tendenze che in più sistemi di relazioni industriali sono già state innescate dalla crisi: la "individualizzazione" e la "deregolamentazione" a livello d'impresa. Tali rischi sono infatti paventati da chi ritiene che le forme di rappresentanza extra-sindacali siano contraddistinte da una minore indipendenza dal *management* (rispetto ai sindacati); circostanza che li renderebbe maggiormente propense ad accordi vicini agli interessi dei datori di lavoro<sup>65</sup>.

Un quadro così fosco può, tuttavia, essere smentito: il sostegno legislativo a forme di rappresentanza extra-sindacali può favorire un intervento sulla partecipazione (da accompagnare a quello

<sup>61</sup> ZOPPOLI L., *Le nuove rappresentanze sindacali unitarie*, cit., 6.

<sup>62</sup> AMBRA, *Modelli di rappresentanza sindacale nella società post-industriale. Come i sindacati si stanno ri-organizzando per rappresentare i lavoratori non standard*, QRS, 2013, 4, 75.

<sup>63</sup> Esigenza della quale si tiene conto, per esempio, nel d.d.l. C. 709 (art. 1, c. 2) in cui si contempla la possibilità di costituire RSU anche nelle unità che occupano fino a quindici dipendenti, sia pure «con modalità definite dalla contrattazione collettiva di livello nazionale o da accordi interconfederali del medesimo livello».

<sup>64</sup> CARRIERI, NEROZZI, *Introduzione*, cit., 25.

<sup>65</sup> BACCARO, HOWELL, *Il cambiamento delle relazioni industriali nel capitalismo avanzato: una traiettoria comune in direzione neoliberista*, in CARRIERI, TREU, *Verso nuove relazioni industriali*, cit., 208 (dalla nota versione inglese *A Common Neoliberal Trajectory. The Transformation of Industrial Relations in Advanced Capitalism*, *Politics & Society* December 2011, 39, 521).

sulla rappresentanza<sup>66</sup>) più incisivo di quello apprestato dal decreto legislativo del 2007, che ha semplicemente trasposto la direttiva europea sull'informazione/consultazione (d. lgs. n. 25/2007 e dir. 2002/14), senza alcun coordinamento fra la materia della partecipazione e quella della rappresentanza.

Nessuno è in grado di prevedere se si arriverà a conclusioni legislative e se gli eventuali esiti saranno più sensibili alle istanze del sindacato o a quelle democratico/partecipative dei lavoratori. Certo, ha ragione chi sostiene che è «diventato difficile immaginare che le relazioni industriali possano funzionare solo attraverso la volontà degli attori e senza ricorrere a una qualche forma di sostegno o di estensione legale»<sup>67</sup>.

Il dibattito in corso sembra, del resto, riguardare l'ampiezza dell'intervento legislativo e, dunque, l'alternativa tra un'impostazione iper-regolativa e un intervento legislativo, ispirato alla filosofia promozionale dell'autoregolazione e, quindi, al metodo riflessivo<sup>68</sup>.

Per tale aspetto, è condivisibile la prospettiva di chi ritiene che «gli interventi da immaginare dovrebbero (...) attestarsi su un crinale intermedio, che consiste nell'incrementare la istituzionalizzazione, riducendo i buchi evidenti o le lacune maggiori di funzionamento del sistema: come ad esempio in materia di rappresentatività o di partecipazione»<sup>69</sup>. È infatti vero che sono due i temi «che richiedono un salto nella qualità della regolazione e nello stesso tempo rinviano ad un compromesso di alto profilo tra le parti: la rappresentanza e la partecipazione»<sup>70</sup>.

Un aspetto che la regolazione (legale e/o endo-sindacale) non dovrebbe, però, tralasciare è quello dell'articolazione funzionale del sistema.

È innanzitutto importante selezionare chi contratta - e, cioè, chi deregolamenta e deroga - a livello aziendale; attività per la quale è assolutamente necessaria la rappresentatività sindacale. È opportuno che le funzioni negoziali restino in capo alla rappresentanza *sindacale*, per scongiurare il rischio di "fuga" del contratto aziendale dal sistema di contrattazione e per evitare sbilanciamenti eccessivi della struttura contrattuale verso i livelli decentrati.

La revisione del sistema di contrattazione collettiva compiuta in Grecia negli anni della crisi, sollecitata dai due *Memorandum* europei del 2010 e del 2012 ed intrapresa dal legislatore greco nell'autunno 2011 (legge n. 4024/2011), è un esempio emblematico del rischio accennato, essendosi basata proprio sull'attribuzione di poteri di negoziazione alle rappresentanze aziendali extra-sindacali, oltre che sulla revisione di alcuni principi portanti del precedente sistema (il principio del *favor prestatoris*).

Ricerche e studi successivi alla riforma hanno mostrato che su quasi millecinquecento accordi aziendali conclusi fra il novembre 2011 e il dicembre del 2013, solo il trenta per cento è stato

<sup>66</sup> ALAIMO, *L'eterno ritorno*, cit.; ZOPPOLI L., *Per una legge sindacale di stampo partecipativo*, cit.

<sup>67</sup> CARRIERI, *La lunga fuoriuscita*, cit.

<sup>68</sup> CARUSO, *Per un intervento eteronomo sulla rappresentanza sindacale: se non ora quando!*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 206/2014; DE LUCA TAMAJO, *La sentenza n. 231/2013 della Corte costituzionale*, cit.

<sup>69</sup> CARRIERI, TREU, *Introduzione*, cit., 66-67; TREU, *Autoregolazione e legge nel sistema di relazioni industriali*, in ZOPPOLI L., ZOPPOLI A., DELFINO (a cura di), *Una nuova Costituzione*, cit., 521.

<sup>70</sup> *Ibidem*.

sottoscritto dai sindacati, a fronte del restante settanta, sottoscritto dalle rappresentanze aziendali dei lavoratori<sup>71</sup>.

In generale, si è assistito ad un'impennata della contrattazione aziendale, accompagnata, come naturale contrappeso, da un ridimensionamento drastico della contrattazione nazionale<sup>72</sup>.

Per tali ragioni, la progettazione di strutture diverse dalle rappresentanze sindacali (a legittimazione elettiva generale e simili ai consigli/comitati d'impresa di altri ordinamenti) dovrebbe riguardare le sole funzioni *latu sensu* partecipative, con uno sganciamento della funzione contrattuale dalle competenze degli organismi unitari.

Ciò non esclude che il sindacato possa puntare ad una presenza, anche forte, negli organismi a legittimazione elettiva, sindacalizzandoli, come accade in altri sistemi; col risultato che il consenso ottenuto in occasione delle elezioni potrà «trasformarsi in un "ricostituente democratico"» per il sindacato, incentivando «la forma più tipica e consustanziale di democrazia sindacale: la partecipazione diretta dei lavoratori alla sua azione»<sup>73</sup>.

Non vi è dubbio che fra le sfide che il sindacato si trova, oggi, a raccogliere vi è quella di perseguire modelli di tutela post-rivendicativi e collaborativi, superando la netta contrapposizione tra contrattazione e partecipazione, fra congegno negoziale e congegno partecipativo.

Il "documento unitario" approvato dalle Confederazioni sindacali dei lavoratori il 16 gennaio scorso – nell'assumere come "pilastri" di un nuovo sistema di relazioni industriali la contrattazione, la partecipazione e le regole - è un segnale importante della volontà dei sindacati di muoversi proprio in tale direzione.

Riuscire a rappresentare gli interessi dei lavoratori anche al di fuori del sistema contrattuale comporta, certamente, una «riconversione delle relazioni industriali, a livello di impresa, in direzione della partecipazione, piuttosto che del conflitto»<sup>74</sup>. Ma può anche significare, per il sindacato, compensare alcune "perdite" nel sistema di contrattazione, a vantaggio di diversi mezzi di pressione e di condizionamento del potere imprenditoriale<sup>75</sup>. Collocare la *mission* sindacale entro ambiti nuovi e meno divisivi del tradizionale agone della contrattazione – nell'ambito, per esempio, della regolazione congiunta dell'innovazione organizzativo/produttiva<sup>76</sup> (quella che nel "documento unitario" è definita la "partecipazione organizzativa",) - è una delle scommesse più ardue che il sindacato si trova, oggi, a dover fronteggiare.

<sup>71</sup> SCHULTEN, *Opportunities for a Restoration? The Future of Greek Collective Bargaining after the Third Memorandum 2015* (i dati riportati nel testo vengono tratti dall'A. da una ricerca della Università di Patras); KOUKIADAKI, KOKKINO, *The Greek System of Collective Bargaining in (the) Crisis*, in Koukiadaki, Távora, / Lucio, Miguel Martinez (Hrsg.), *Joint Regulation and Labour Market Policy in Europe during the Crisis*, Brüssel, ETUI, im Erscheinen, 2015.

<sup>72</sup> Sulla generale tendenza al decentramento innescata dalla crisi la letteratura è ormai amplissima; ci si limita a richiamare MARGINSON, *Coordinated bargaining in Europe: From incremental corrosion to frontal assault?*, *EJIR*, 2015, 3, 373; MARGINSON, WELZ, *Changes to wage-setting mechanisms in the context of the crisis and the EU's new economic governance regime*, Eurofound, 2014; cfr. anche l'ultimo Rapporto biennale della Commissione europea sulle Relazioni industriali in Europa, *Industrial Relations in Europe*, 2014.

<sup>73</sup> CARUSO, *Per un intervento*, cit., 13.

<sup>74</sup> PERO, PONZELLINI, *Il nuovo lavoro industriale tra innovazione organizzativa e partecipazione diretta*, in CARRIERI, NEROZZI, TREU (a cura di), *La partecipazione incisiva*, cit. 47.

<sup>75</sup> DAUBLER, *La rappresentanza degli interessi dei lavoratori al di là della contrattazione collettiva*, *LD*, 2015, 94.

<sup>76</sup> PERO, PONZELLINI, *op. cit.*

## Sulle categorie del diritto del lavoro "riformate"\*

Giuseppe Santoro Passarelli

1. Le categorie del diritto del lavoro e la riforma del Jobs Act.	18
2. I rapporti tra legge e autonomia collettiva.	19
3. Subordinazione e collaborazioni continuative e coordinate.	22
3.1. I rapporti di lavoro organizzati dal committente.	23
3.2. I rapporti di lavoro organizzati dal committente esclusi dall'applicazione della disciplina del lavoro subordinato.	26
3.3. Le collaborazioni continuative e coordinate ex art. 409 n. 3 c.p.c.	26
4. Lo jus variandi in pejus.	27
4.1. La frantumazione dell'inderogabilità e la valorizzazione del contratto individuale sia pure in sede assistita.	29
4.2. Il demansionamento, le residue ipotesi di nullità e il risarcimento del danno.	29
4.3. L'interesse del prestatore di lavoro all'esecuzione della prestazione lavorativa.	30
5. Il potere di controllo del datore di lavoro e la disciplina dei controlli a distanza nel decreto sulla semplificazione attuativo del Jobs Act.	34
6. Il licenziamento: evoluzione legislativa e modifica del contesto socioeconomico, valorizzazione della concorrenza ed emersione di un doppio mercato del lavoro: gli insiders e gli outsiders.	36
6.1. La legge Monti Fornero e la flessibilizzazione della disciplina del licenziamento ingiustificato: la reintegrazione e la tutela risarcitoria.	39
6.2. Il d.lgs. n. 23/2015: la riduzione dell'ambito di applicazione della sanzione della reintegrazione.	39
7. I licenziamento discriminatorio.	40
8. Il licenziamento disciplinare: la reintegrazione come sanzione eccezionale rispetto al risarcimento del danno e la nozione di fatto materiale contestato.	41
8.1. L'estraneità di ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento: critica.	42
8.2. Il licenziamento per scarso rendimento.	43
9. Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo.	44
9.1. Sull'obbligo di repechage.	45

---

\* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 288/2016

9.2. Il licenziamento per eccessiva morbillità.	46
9.3. il regime sanzionatorio del licenziamento collettivo.	47
10. Sul rapporto tra il regime generale della nullità ex artt. 1324 e 1418 c.c. , e la tutela reale e obbligatoria in materia di licenziamento illegittimo stabilite dal d. lgs. n. 23/2015.	48
11. La funzione delle categorie civilistiche nel diritto del lavoro.	50
12. Conclusioni: Metodo e obbiettivi del Jobs Act.	53

## 1. Le categorie del diritto del lavoro e la riforma del Jobs Act.

I diversi provvedimenti legislativi del Jobs Act hanno inciso profondamente sulla disciplina previgente di talune categorie fondanti della nostra disciplina<sup>77</sup> e cioè: il rapporto tra legge e autonomia collettiva, la norma inderogabile, il tipo legale della subordinazione e i rapporti di collaborazione, i poteri del datore di lavoro e cioè lo jus variandi e il potere di controllo sull'esecuzione della prestazione lavorativa, il potere di recesso del datore di lavoro ovvero le varie forme di licenziamento.

Orbene dall'esame delle nuove normative sarà possibile da un lato capire quali interessi e quali valori sottendono allo stato attuale le categorie del diritto del lavoro riformate e dall'altro lato, intravedere le linee di tendenza del nuovo diritto del lavoro, rimanendo ben avvertiti che nell'attuale contesto socioeconomico non è consigliabile avventurarsi in previsioni di lungo termine perchè le condizioni dell'economia mondiale possono mutare rapidamente.

Secondo una parte della dottrina<sup>78</sup> questi provvedimenti avrebbero destrutturato il diritto del lavoro, nel senso che il Jobs act avrebbe smantellato le tutele assicurate dallo Statuto dei lavoratori (reintegrazione mansioni e controllo a distanza).

Viceversa, secondo altri<sup>79</sup>, il Jobs act invece avrebbe flessibilizzato la disciplina del rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato per estenderla ad un maggior numero di lavoratori e per renderla più attrattiva per i datori di lavoro, riducendo le tutele nel rapporto di lavoro, ma avrebbe incrementato le tutele per gli inoccupati (cioè coloro che non hanno ancora un posto di lavoro) e i disoccupati (cioè coloro che hanno perso il posto di lavoro e sono alla ricerca di un nuovo posto di lavoro)<sup>80</sup>.

Certo le statistiche dicono che il numero dei rapporti di lavoro sarebbe aumentato considerevolmente, e tuttavia questo aumento non rifletterebbe un incremento di nuova occupazione ma prevalentemente un travaso dai rapporti precari e temporanei al contratto a tutele crescenti economicamente conveniente per il datore di lavoro a cagione della decontribuzione almeno per i rapporti stipulati entro il 31 dicembre 2015.

Questo dato di realtà non deve comunque far perdere di vista che l'aumento dell'occupazione dipende essenzialmente dalla crescita e dallo sviluppo economico che, dopo un periodo di crisi acuta, in questi anni risulta piuttosto modesto.

Si aggiunga che la competizione tra le imprese derivante dalla internazionalizzazione dei mercati, diventata brutale (basti pensare alla vicenda della Volkswagen), e la concorrenza, assunta come valore dalla normativa europea, hanno imposto alle imprese di ridurre i costi di produzione e, tra questi, quello del lavoro.

Queste sono le cause alla base dei nuovi provvedimenti in materia di lavoro che, tenendo conto di un contesto profondamente diverso da quello del 1970, hanno

---

<sup>77</sup> Sul tema delle categorie del diritto del lavoro v. M. Magnani, *Il diritto del lavoro e le sue categorie. Valori e tecniche nel diritto del lavoro*, Padova, 2006.

<sup>78</sup> U. Romagnoli, *Controcorrente*, in *Lav. dir.*, 2015, p. 3 ss.

<sup>79</sup> A. Maresca, *Il tempo indeterminato finalmente competitivo*, in *Ilsole24ore*, 25 febbraio 2015 e in *Bollettinoadapt.it*.

<sup>80</sup> M. Tiraboschi, *Prima lettura del d.lgs. n. 81/2015 recante la disciplina organica dei contratti di lavoro*, Collana ADAPT Labour e-book studies, 2015, 45, *Prefazione*, il quale sottolinea (p. 2-3) come l'incentivo alle assunzioni mediante contratto a tempo indeterminato, basato essenzialmente sui meccanismi di sgravio, non rappresenti più un incentivo alla stabilità del lavoro.

- 1) ampliato la cerchia dei soggetti protetti e quindi in buona sostanza allentando le maglie della subordinazione anche attraverso la decontribuzione per un certo periodo.
- 2) attenuato le tutele per coloro che hanno un posto di lavoro subordinato a tempo indeterminato per rendere più attrattivo per le imprese l'uso di questa forma di assunzione rispetto alla pletera di rapporti temporanei (contratti a termine, somministrazione, apprendistato ecc.).
- 3) e per contro hanno incrementato le tutele nel mercato, con lo scopo di favorire, nella ricerca di un posto di lavoro, coloro che sono inoccupati o disoccupati, attraverso il potenziamento di un sistema di politiche attive e della formazione e riqualificazione dei lavoratori.

## 2. I rapporti tra legge e autonomia collettiva.

Quanto al rapporto tra legge e autonomia collettiva siamo stati abituati dalla promulgazione della Costituzione fino a qualche anno fa ad assistere ad un rapporto virtuoso tra legge e contratto collettivo che, pur riconoscendo il primato della legge rispetto alla contrattazione collettiva, consentiva alla prima e cioè al potere politico e istituzionale di lasciare ampi spazi al potere sindacale e alla contrattazione collettiva tanto che, a seconda dei tempi, qualche dottrina ha teorizzato una sorta di equivalenza e fungibilità tra legge e contratto collettivo<sup>81</sup> o addirittura di supplenza sindacale<sup>82</sup> mentre nell'ultimo decennio del secolo scorso ha avuto ampio spazio la politica della concertazione tra governo e sindacati dei lavoratori e associazioni degli imprenditori<sup>83</sup>.

Nel sistema sindacale italiano, in ogni caso va detto che tra legge e contratto collettivo, in particolare, si instaurano rapporti di:

- a) gerarchia, fondati sull'inderogabilità della norma legale<sup>84</sup> da parte del contratto collettivo;
- b) integrazione funzionale, incentrati sui rinvii operati dalla legge alla disciplina pattizia.

In linea generale, pertanto, il contratto collettivo non può peggiorare i livelli di trattamento e le condizioni stabilite direttamente dal legislatore.

Le clausole che si pongono in contrasto con le norme inderogabili di legge sono nulle, ai sensi dell'art. 1418 c.c.<sup>85</sup>.

È invece normalmente ammessa la deroga *in melius* della disciplina legale da parte del contratto collettivo (principio del *favor*), a meno che la stessa legge non preveda una inderogabilità assoluta.

<sup>81</sup> G. Ferraro, *Ordinamento, ruolo del sindacato e dinamica contrattuale di tutela*, Cedam, 1981, p. 259 ss. Cfr. anche L. Fiorillo, A. Perulli, *Le relazioni industriali*, vol.III, Giappichelli, 2014, p. 130.

<sup>82</sup> G. Giugni, *Stato sindacale, pansindacalismo, supplenza sindacale*, in *Pol. dir.*, 1970, I, p. 49 ss.

<sup>83</sup> F. Carinci, *Riparlando di concertazione*, in *Arg. dir. lav.*, 2005, I, p. 491 ss.; E. Ghera, *La concertazione sociale nell'esperienza italiana*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2000, I, p. 115 ss.; T. Treu, *Un'idea moderna di concertazione*, in *Il Mulino*, 2004, 5, p. 953 ss.

<sup>84</sup> Cfr. sul punto R. De Luca Tamajo, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Napoli, 1976.

<sup>85</sup> Raramente, tuttavia, il giudice dichiara nulle clausole dei contratti collettivi. Quando accade, in ogni caso, la nullità della clausola non comporta la nullità del contratto collettivo. Per esempio, Cass. 2 luglio 2013, n. 16507 ha dichiarato nulla la clausola di un contratto collettivo che considerava dimissionario il lavoratore non rientrato in servizio senza giustificato motivo al termine del periodo di aspettativa, in quanto stabiliva una causa di risoluzione del rapporto non prevista dalla legge.

Il rapporto gerarchico tra legge e contratto collettivo è fondato sul principio inderogabilità *in peius* - derogabilità *in melius* della disciplina legale da parte di quella pattizia.

Tra legge e contratto collettivo vi può essere anche un rapporto di integrazione che segna il passaggio da una tutela legale rigida, inderogabilmente fissata dalla legge e rispetto alla quale il contratto collettivo può operare tutt'al più in senso migliorativo, ad una tutela più flessibile e variegata, suscettibile di essere completata, integrata o addirittura derogata dal contratto collettivo.

In questi casi<sup>86</sup> bisogna distinguere le ipotesi in cui la legge delega la sua funzione regolamentare al contratto collettivo, come avviene ad esempio nello sciopero nei servizi pubblici essenziali dove il contratto è delegato ad individuare le prestazioni indispensabili o, nei licenziamenti collettivi, a stabilire i criteri di scelta dei lavoratori che possono essere licenziati.

In queste ipotesi la legge affida al contratto collettivo una funzione integratrice della stessa norma.

In altri casi la legge ha affidato al contratto collettivo il potere di ridurre la retribuzione dei dipendenti per evitare i licenziamenti o, ancora, per favorire nuove assunzioni.

Come si può constatare, i contratti di solidarietà interni od esterni non prevedono soltanto una deroga secca meno favorevole del trattamento retributivo ma, se così si può dire, uno scambio tra riduzione della retribuzione e riduzione dei licenziamenti o nuove assunzioni.

Infine, la legge assegna al contratto collettivo il potere di derogare *in peius* a norme di legge inderogabili.

In questo caso, quindi, la legge non attribuisce, diversamente dall'art. 2077 c.c. al contratto collettivo il potere di sostituire le clausole difformi del contratto individuale, ma autorizza il contratto collettivo a derogare, a determinate condizioni, norme di legge imperative che comunque restano in vigore.

A tal proposito vale la pena richiamare l'art. 8 d.l. n. 138 del 2011, conv. con mod. in l. n. 148 del 2011, rubricato «sostegno alla contrattazione collettiva di prossimità», che abilita i contratti aziendali o territoriali, sottoscritti da particolari soggetti e a determinate condizioni, a regolare specifiche materie indicate dalla legge con due effetti peculiari:

a) efficacia nei confronti di tutti i lavoratori interessati;

In questo caso si tratta di una vera e propria efficacia generale perché è stabilita da un atto normativo, diversamente da quanto previsto dalle clausole 4 e 5 dell'Accordo interconfederale del 2011, che in quanto fonte negoziale ha esso stesso un'efficacia limitata. Il riferimento a «tutto il personale in forza» contenuto nell'accordo interconfederale deve essere inteso a tutto il personale iscritto alle associazioni espressione delle confederazioni firmatarie<sup>87</sup>.

---

<sup>86</sup> Sul rapporto tra legge e contratto collettivo, e le diverse tecniche legislative adottate nel tempo v. F. Carinci, *Una svolta fra ideologia e tecnica: continuità e discontinuità nel diritto del lavoro di inizio secolo*, in Aa. Vv. *Studi in onore di Giorgio Ghezzi*, Padova, 2005, p. 439 ss.

<sup>87</sup> R. De Luca Tamajo, *Crisi economica e relazioni industriali: alcune osservazioni sull'articolo 8 della legge n. 148/2011*, in *Dir. rel. ind.* 2012, p. 11; G. Santoro-Passarelli, *Il contratto aziendale in deroga*, in in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, 2015, 254, in part. p. 15 e anche in *Diritti, lavori mercati*, 2015, p. 273 ss.

b) possibilità di derogare non solo ai contratti nazionali ma anche a norme di legge, con i soli limiti del rispetto della Costituzione e dei vincoli derivanti dalle normative comunitarie e dalle convenzioni internazionali sul lavoro<sup>88</sup>.

È importante sottolineare che la legge lascia alle parti l'iniziativa in ordine all'effettiva stipulazione di questi particolari contratti aziendali.

Ancora, l'art. 8 individua direttamente le materie sulle quali i contratti di prossimità sono abilitati ad intervenire con efficacia generale e/o derogatoria. Diversamente da quanto previsto dall'Accordo interconfederale del 28 giugno 2011, quindi, si prescinde da eventuali deleghe da parte dei contratti nazionali, con un'attribuzione di competenza a titolo originario al contratto di prossimità.

L'aspetto più rilevante, tuttavia, è senza dubbio la competenza derogatoria dei contratti ex art. 8, spinta fino alle norme di legge, diversamente dai normali contratti aziendali che, per il Testo Unico del 10 gennaio 2014 possono al massimo derogare le discipline contenute nei contratti nazionali<sup>89</sup>.

Anche in considerazione della vaghezza dei limiti all'efficacia derogatoria<sup>90</sup> (la norma fa salvi il rispetto della Costituzione, nonché i vincoli derivanti dalle normative comunitarie e dalle convenzioni internazionali sul lavoro), solleva qualche dubbio la previsione che affida modifiche così rilevanti alla sede sindacale aziendale, notoriamente più condizionata dalla controparte di quanto sia la sede sindacale nazionale.

Ciò non significa ovviamente che si debba limitare la competenza del contratto aziendale a vantaggio del contratto nazionale. È fin troppo evidente, infatti, che in materia retributiva la competenza del contratto aziendale è destinata ad ampliarsi, fermi restando i minimi stabiliti dal contratto nazionale, indispensabili per quella miriade di lavoratori che prestano la loro opera nelle imprese minori, ovviamente prive del contratto aziendale.

Con l'avvento della crisi economica dal 2008 in poi e anche a seguito della crisi di rappresentatività sindacale e della sostanziale rottura dell'unità di azione, il rapporto tra legge e contrattazione pur rimanendo formalmente immutato ha prodotto un duplice effetto.

Da un lato le parti sociali hanno tentato di concludere una serie di accordi interconfederali che legittimavano per la prima volta il contratto aziendale a derogare in peius il contratto nazionale nei limiti e secondo le procedure previste dal contratto nazionale, e quindi conservando il governo

<sup>88</sup> Sul tema dei rapporti tra contratto aziendale e nazionale cfr. le peculiari ricostruzioni di A. Maresca, *La contrattazione collettiva aziendale dopo l'art. 8 del decreto legge 13 agosto 2011, n. 138*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2012, p. 21-22, secondo cui la possibilità di derogare al Ccnl sarebbe funzionale al solo scopo di impedire che il Ccnl, mediante un rinvio alle norme imperative di legge derogate, possa privare di effetti la deroga alla legge e di R. De Luca Tamajo, *Il problema dell'inderogabilità delle regole a tutela del lavoro, ieri e oggi*, in *Atti del Convegno AIDLASS Bologna, 2013*, secondo cui la derogabilità del CCNL, a seguito dell'intervento legislativo, potrebbe essere condizionata in via generale al rispetto dei requisiti di cui all'art. 8.

<sup>89</sup> Cfr., da ultimo, F. Carinci, *Jobs Act, atto I. La legge n. 78/2014 fra passato e futuro*, in *WP ADAPT*, 2014, p. 164. Secondo l'A. l'art. 8 "costituisce la massima apertura alla c.d. gestione consensuale del mercato del lavoro tramite una contrattazione delegata rinforzata".

<sup>90</sup> R. Pessi, *Ancora sull'articolo 8 della seconda manovra estiva. Quali spazi per la contrattazione di prossimità?*, in *Dir. rel. ind.*, 2012, 1, p. 62-63; F. Scarpelli, *Il rapporto tra la legge e la contrattazione di prossimità nell'art. 8 del d.l. n. 138/2011*, in *Riv. giur. lav.*, 2012, 3, p. 495-8; A. Zoppoli, *Costituzione, cittadinanza, organizzazione sindacale*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona"*, 2011, 131, p. 23.

della contrattazione ai sindacati nazionali. E inoltre attraverso la misurazione della rappresentatività sindacale il testo unico del 2014 ha tentato di raggiungere l'ambizioso obiettivo, peraltro ancora inattuato, di vincolare il sindacato minoritario (che aveva comunque aderito al testo unico) al contratto stipulato dai sindacati che rappresentavano il 50% + 1.

Dall'altro lato la legge, e non mi riferisco soltanto alla legge n. 148 del 2011, ma anche a molti decreti del Jobs act, ha riconosciuto ai contratti aziendali di derogare in peius norme di legge inderogabili arrivando con l'art. 52 del d.lgs. n. 81/2015 ad affermare quasi una equivalenza tra contratti nazionali e aziendali che ha come obiettivo ultimo il superamento del doppio livello di contrattazione a favore di quello aziendale<sup>91</sup>.

È vero che questi decreti hanno riconosciuto ampio spazio alla contrattazione ma il più delle volte la delega alla contrattazione collettiva serve a consentire trattamenti peggiorativi. E il riferimento al contratto individuale in funzione normativa ha come scopo di far accettare al lavoratore un trattamento economico e normativo inferiore per non perdere il posto di lavoro (art. 2103 comma 6 c.c.)<sup>92</sup>.

Come si è visto il mutato rapporto tra legge e autonomia collettiva ha avuto anche l'effetto di frantumare l'inderogabilità della norma di legge e di contratto collettivo<sup>93</sup>.

D'altra parte la legge interviene anche direttamente a flessibilizzare le normative precedenti. Basti pensare al ridimensionamento dell'ambito di applicazione della reintegrazione, alla disciplina del contratto a termine.

### 3. Subordinazione e collaborazioni continuative e coordinate.

Quanto alla subordinazione bisogna subito dire che il Jobs Act non ha modificato la fattispecie disegnata dall'art. 2094 c.c.

L'art. 2 comma 1 del d.lgs. n. 81 del 2015 non individua un tipo legale come il lavoro a progetto (perché il progetto, come ho scritto in tempi ormai lontani, era una formula insincera, ed è risultato infatti inidoneo come criterio selettivo) ma applica ai rapporti di collaborazione organizzati dal committente direttamente la disciplina del lavoro subordinato.

Il nuovo legislatore quindi invece di ricondurre in un tipo legale come il lavoro a progetto tutte collaborazioni continuative e coordinate ha preferito, da un lato, ricondurre nell'area del lavoro subordinato i rapporti di collaborazione organizzati dal committente applicando ad essi la relativa disciplina e, dall'altro lato, ha conservato in vita le collaborazioni continuative e coordinate prevalentemente personali ex art. 409 n. 3 c.p.c. ai quali si applica la disciplina previgente a quella del lavoro a progetto<sup>94</sup>.

E a questa conclusione conduce il rilievo che il criterio selettivo utilizzato dall'art. 2, comma 1 per

<sup>91</sup> Cfr. G. Santoro-Passarelli, *Il contratto aziendale in deroga*, cit., p. 15.

<sup>92</sup> Cfr. G. Santoro-Passarelli, *Autonomia privata individuale e collettiva e norma inderogabile*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, p. 61 e ss.

<sup>93</sup> A. Vallebona, *L'efficacia derogatoria dei contratti aziendali o territoriali: si sgretola l'idolo della uniformità oppressiva*, in *Mass. giur. lav.*, 2011, p. 682.

<sup>94</sup> G. Santoro-Passarelli, *I rapporti di collaborazione organizzati dal committente e le collaborazioni continuative e coordinate ex art. 409 n.3 c.p.c.*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona", 2015, 278 e in F. Carinci (a cura di), *Commento al d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo jus variandi*, ADAPT E-book series, 2015, 48.

individuare i rapporti ai quali si applica la disciplina del lavoro subordinato è diverso e non coincidente con quello di individuazione delle collaborazioni coordinate e continuative di cui all'art. 409, n. 3 c.p.c.

### 3.1. I rapporti di lavoro organizzati dal committente.

Come conferma anche la rubrica della norma (“collaborazioni ‘organizzate’ dal committente”), le collaborazioni alle quali si applica la disciplina del lavoro subordinato sono solo quelle “organizzate” dal committente, non già quelle “coordinate”; tali collaborazioni, inoltre, devono concretarsi in “prestazioni di lavoro esclusivamente personali” e non di carattere “prevalentemente” personale.

Si noti inoltre che l'art. 2 comma 1 ricorre alla stessa tecnica dell'art. 409 n. 3 c.p.c con la differenza che la norma processuale applicava la disciplina del processo del lavoro a rapporti che rimanevano soggetti alla disciplina sostanziale dei tipi di appartenenza, o se atipici restavano soggetti alla disciplina di diritto comune, mentre l'art. 2 comma 1 applica ai rapporti organizzati dal committente la disciplina del lavoro subordinato.

E tuttavia secondo una parte della dottrina, la disposizione avrebbe dettato un requisito di disciplina e non di fattispecie e quindi tali rapporti conserverebbero la loro natura di rapporti autonomi<sup>95</sup>.

A me non sembra una conclusione persuasiva.

In primo luogo perché la norma indica che la prestazione deve essere svolta in forma esclusivamente personale dal lavoratore e soprattutto perché il potere organizzativo del committente riguarda le modalità di esecuzione della prestazione lavorativa e può riguardare anche il tempo e il luogo di lavoro.

Inteso in questo modo il contenuto della etero-organizzazione non sembra facilmente distinguibile dal contenuto della etero-direzione della prestazione, propria della subordinazione in senso tecnico ex art. 2094 c.c.<sup>96</sup>.

In entrambi i casi, infatti, il datore di lavoro ha il potere di determinare le modalità di esecuzione della prestazione lavorativa anche con riferimento al luogo e ai tempi di lavoro. E talvolta, nelle collaborazioni organizzate dal committente il suddetto potere può risultare - paradossalmente - più stringente proprio perché ai sensi dell'art. 2 comma 1 del d.lgs. n. 81 il committente può indicare anche il tempo e il luogo di esecuzione della prestazione lavorativa, non sempre richiesto dal datore di lavoro nella prestazione di lavoro etero diretta.

<sup>95</sup> Di recente A. Perulli, *Il lavoro autonomo, le collaborazioni coordinate e le prestazioni organizzate dal committente*, in WP CSDL E “Massimo D’Antona”, 2015, 272; e R. Pessi, *Il tipo contrattuale: autonomia e subordinazione dopo il Jobs Act*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”, 2015, 282.

<sup>96</sup> v. G. Santoro-Passarelli, *I rapporti di collaborazione organizzati dal committente...*, op. cit., p. 16; P. Tosi, *Il futuro delle collaborazioni*, in A. Vallebona (dir.), *Colloqui giuridici sul lavoro*, 2015, 1e L’art. 2, comma 1, d. lgs. n. 81/2015: una norma apparente?, in corso di pubblicazione in *Arg. dir. lav.*, 2015, 6, secondo cui “baricentro delle operazioni di qualificazione è sempre stata la richiesta alla combinazione di indici rinvenibile nel rapporto da qualificare, di esprimere, in relazione alle specifiche peculiarità dello stesso, la sussistenza o meno di una piena soggezione del prestatore di lavoro ai poteri di supremazia del datore di lavoro indirizzati al governo delle modalità di inserimento e costante utilizzo della sua prestazione nell’ambito dell’organizzazione dell’impresa”.

Bisogna anche precisare che nella subordinazione il potere di determinare le modalità di esecuzione della prestazione si traduce nell'esercizio, da parte del creditore della prestazione lavorativa, di un potere gerarchico che si concreta in ordini specifici.

E tuttavia anche in una simile prospettiva la distinzione fra etero-organizzazione ed etero-direzione della prestazione lavorativa sembra difficile da tracciare poiché, in concreto, il potere direttivo del datore di lavoro di determinare mediante ordini le modalità di esecuzione della prestazione lavorativa, specialmente in situazioni di c.d. "subordinazione attenuata"<sup>97</sup>, non si distingue agevolmente dal potere del committente di organizzare la prestazione mediante indicazioni al collaboratore delle modalità di esecuzione della prestazione<sup>98</sup>.

D'altra parte il potere organizzativo del committente così inteso non è assimilabile al potere di impartire istruzioni proprio del mandante nel mandato e del preponente nell'agenzia perchè in quei rapporti il mandatario e l'agente svolgono la loro prestazione in un regime di autonomia nei limiti delle condizioni pattuite nel contratto, mentre in questo caso il potere organizzativo del committente può modificare le modalità di esecuzione della prestazione di lavoro (e non più dell'opera) e anche il luogo e il tempo di esecuzione in corso di rapporto al pari del potere direttivo nel rapporto di lavoro subordinato. E di conseguenza l'art. 2 comma 1 esclude ogni forma di autonomia del collaboratore nell'esecuzione della prestazione lavorativa<sup>99</sup>.

E neppure sembra persuasivo il rilievo che i rapporti organizzati dal committente conserverebbero la loro natura autonoma perchè il committente diversamente dal datore di lavoro non sarebbe titolare dello jus variandi<sup>100</sup>.

Come insegnano Mengoni<sup>101</sup> e Giugni<sup>102</sup> tale potere non concorre alla definizione dell'art. 2094 c.c., essendo invece previsto da una norma di disciplina del rapporto di lavoro subordinato come l'art. 2103 c.c. e come pure il potere disciplinare.

<sup>97</sup> E. Ghera, *Subordinazione, statuto protettivo e qualificazione del rapporto di lavoro, ora in Il nuovo diritto del lavoro. Subordinazione e lavoro flessibile*, Torino, 2006, p. 135.

<sup>98</sup> Cfr. G. Santoro-Passarelli, (voce) *Lavoro autonomo*, in *Enc. dir., Annali*, Milano, p. 711 ss.; in giurisprudenza cfr. Cass., 1 agosto 2013, n. 18414; Cass., 15 maggio 2012, n. 7517.

<sup>99</sup> Nel 1998, Persiani, al fine di individuare nel lavoro coordinato il tertium genus ha sostenuto, tra gli altri argomenti, che il committente nel lavoro coordinato di cui all'art. 409 n. 3 c.p.c. è titolare di un potere di coordinamento e ha ravvisato una distinzione qualitativa tra potere di coordinamento del committente nelle collaborazioni coordinate e istruzioni compatibili con l'autonomia dell'agente e del mandatario v. M. Persiani, *Autonomia, subordinazione e coordinamento nei recenti modelli di collaborazione lavorativa*, in *Dir. lav.*, 1998, I, p. 209. A mio avviso, nelle collaborazioni continuative e coordinate genuine, come nell'agenzia (che è sicuramente un rapporto di durata e può considerarsi il prototipo della collaborazione continuativa e coordinata), non è ravvisabile alcun potere di coordinamento del committente delle modalità di esecuzione della prestazione perchè, in realtà, è la determinazione consensuale delle parti o la determinazione autonoma del collaboratore nei limiti pattuiti nel contratto, ad individuare le modalità di esecuzione della prestazione, all'inizio del rapporto o durante lo svolgimento dello stesso, v. già nel 1979 G. Santoro-Passarelli, *Il lavoro parasubordinato*, Milano, 1979 p. 67.

<sup>100</sup> A. Perulli, *Il lavoro autonomo, le collaborazioni coordinate e le prestazioni organizzate dal committente*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona"*, 2015, 272; e R. Pessi, *Il tipo contrattuale: autonomia e subordinazione dopo il Jobs Act*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, 2015, 282.

<sup>101</sup> L. Mengoni, *La questione della subordinazione in due trattazioni recenti*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1986, I, p. 5 ss.

<sup>102</sup> Giugni, *La dottrina giuslavoristica nel 1989*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1990, p. 383 secondo il quale desta perplessità la costruzione dello jus variandi come un elemento di qualificazione della fattispecie

Si vuole dire in altri termini che lo jus variandi e il potere disciplinare competono al datore di lavoro una volta che sia dimostrata la natura subordinata del rapporto e quindi potranno competere al cd. committente una volta che il relativo rapporto è qualificato come subordinato.

Nè sembra proponibile l'interrogativo su quale sarebbe la disciplina del lavoro subordinato applicabile ai rapporti di collaborazione in esame.

La risposta è semplice: tutta la disciplina prevista per il rapporto di lavoro subordinato e non solo quello favorevole al lavoratore, dal momento che il nuovo legislatore non ha ritenuto di specificare che la disciplina del lavoro subordinato si applica a tali rapporti in quanto compatibile, come per esempio ha previsto l'art. 2239 c.c. quando ha espressamente previsto che la disciplina del lavoro subordinato nell'impresa si applica ai rapporti di lavoro subordinato non inerenti all'esercizio dell'impresa in quanto compatibili con la specialità del rapporto.

E quindi sotto questo profilo i rapporti di collaborazione organizzati dal committente non rientrano neppure nel novero dei rapporti di lavoro speciali.

In conclusione, a mio avviso, l'art. 2 comma 1 non individua una nuova fattispecie che si giustappone a quella di lavoro subordinato nè modifica la fattispecie del lavoro subordinato<sup>103</sup> e tanto meno ha creato un sottotipo del rapporto di collaborazione continuativa e coordinata, ma in buona sostanza si limita a positivizzare alcuni tra gli indici elaborati dalla giurisprudenza di qualificazione del rapporto di lavoro subordinato<sup>104</sup>, singolarmente non decisivi ma spesso utilizzati congiuntamente in funzione sussidiaria rispetto alla prova dell'esercizio di un potere direttivo da parte del datore di lavoro, elemento non sempre individuabile in via diretta nell'accertamento concreto<sup>105</sup>.

Così intesa la definizione normativa "rapporti di collaborazione organizzati dal committente" attribuisce all'etero organizzazione una funzione di ulteriore supporto all'identificazione della fattispecie (lavoro subordinato), con la finalità di ricondurre nell'ambito effettuale della stessa subordinazione le forme contrattuali di falso lavoro autonomo e quelle che si collocano sul confine<sup>106</sup>.

Infine non sembra convincente, sul piano fenomenico, il tentativo di individuare la categoria dei rapporti di lavoro etero-organizzati come lavoro autonomo o più precisamente come lavoro parasubordinato nel momento in cui il legislatore in un'opera di semplificazione abroga la disciplina del lavoro a progetto per contrastare più efficacemente del progetto pratiche elusive del lavoro subordinato.

È importante fare una precisazione a questo proposito.

<sup>103</sup> In questo senso invece con diverse sfumature v. Treu T., In tema di Jobs Act. Il riordino dei tipi contrattuali, in GDLRI, 2015, 163; Ghera E., Sulle collaborazioni organizzate dal committente, p. 2 del dattiloscritto; Mariucci, il diritto del lavoro al tempo del renzismo, LD, 2015, 25; M.T. Carinci, *All'insegna della flessibilità in AAVV., Jobs Act, Il contratto a tutele crescenti*, (a cura di M.T. Carinci e A. Tursi), Torino, 2015, XIX, nota 23; M. Marazza, *Lavoro autonomo e collaborazioni organizzate nel Jobs Act*, Supplemento de Il sole 24 ore, luglio 2015

<sup>104</sup> S. Cairoli, *Commento all'art. 2 d. lgs. 81/2015*, in Vallebona A. (dir.), *Il lavoro parasubordinato organizzato dal committente*, *Colloqui giuridici sul lavoro*, 2015, p. 15 ss.

<sup>105</sup> Come ha sostenuto in un noto saggio M. Persiani, *Riflessioni sulla giurisprudenza in tema di individuazione della fattispecie lavoro subordinato*, in *Studi in onore di F. Santoro Passarelli*, vol. V, Napoli, 1972. In giurisprudenza, v. Cass., S.U., 30.6.1999, n. 379 e, più recentemente, *ex plurimis*, Cass., 19.4.2010, n. 9252.

<sup>106</sup> v. in questo senso Del Punta, *Diritto del lavoro*, Milano, 2015 p. 372

Non appaiono sufficienti direttive di larga massima impartite una volta per tutte al collaboratore come può essere il propagandista di medicinali per qualificarlo lavoratore subordinato, che invece è e resta un lavoratore autonomo, salvo che il committente non eserciti il suo potere organizzativo di volta in volta nel corso di svolgimento del rapporto.

### 3.2. I rapporti di lavoro organizzati dal committente esclusi dall'applicazione della disciplina del lavoro subordinato.

Per completare il quadro ridisegnato dall'art. 2 bisogna anche richiamare il comma 2 a mente del quale restano escluse dalla riconduzione al lavoro subordinato, le collaborazioni organizzate dal committente, elencate in modo tassativo dall'art. 2, comma 2, Questa disposizione e in particolare l'art. 2 comma 2 lett. a) attribuisce agli accordi collettivi nazionali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale la potestà di disapplicare la disciplina del lavoro subordinato sancita dal comma 1 a condizione che tali contratti *prevedano discipline specifiche riguardanti il trattamento normativo ed economico, in ragione delle particolari esigenze produttive ed organizzative del relativo settore.*

Si tratta indubbiamente di una delega ampia alla contrattazione collettiva, la quale nel settore dei call center è già intervenuta ai sensi della nuova disciplina del d.lgs. n. 81<sup>107</sup>. In questo caso, questi accordi oltre a individuare i criteri per la determinazione del trattamento economico, hanno individuato "nel progetto" il trattamento normativo di tali lavoratori.

A parte ogni altra considerazione sull'opportunità di individuare nel progetto un trattamento normativo idoneo alla disapplicazione della disciplina del lavoro subordinato nel momento in cui il legislatore ha abrogato la disciplina del lavoro a progetto perchè ha considerato, evidentemente, il progetto un criterio selettivo inadeguato, bisogna affermare, con estrema chiarezza che il contratto collettivo può legittimamente disapplicare la disciplina del lavoro subordinato al rapporto di lavoro nell'ipotesi prevista dalla lett a) dell'art. 2 comma 2 se preveda non solo un trattamento economico ma anche normativo del personale suddetto al fine di evitare pericolosi slittamenti nella tutela di lavoratori a tutti gli effetti subordinati. Ed è discutibile che questi accordi abbiano previsto un trattamento normativo.

### 3.3. Le collaborazioni continuative e coordinate ex art. 409 n. 3 c.p.c.

Infine non rientrano nell'ambito di applicazione dell'art. 2 comma 1 le modalità di esecuzione della prestazione concordate di comune accordo tra le parti al momento della conclusione del contratto o addirittura, quando siano organizzate dal collaboratore come sembra chiarire una modifica dell'art. 409 n. 3 c.p.c contenuta in un collegato alla legge di stabilità che chiarisce cosa debba intendersi per coordinazione.

Infatti l'articolo 13 della bozza preliminare del d.d.l. collegato alla legge finanziaria, in corso di presentazione in Parlamento, integra la nozione di lavoro coordinato di cui all'art. 409 n. 3 c.p.c. e precisa che esso sussiste quando "nel rispetto delle modalità di coordinamento stabilite di comune accordo dalle parti, il collaboratore organizza autonomamente la propria attività lavorativa".

---

<sup>107</sup> Il riferimento è all'accordo tra Assocall e Ugl Terziario siglato il 6 luglio 2015 ma soprattutto all'accordo del 5 novembre 2015, di aggiornamento del Protocollo d'intesa del 3 dicembre 2012, stipulato tra Unirec, Fisascat Cisl, Filcams Cgil, Uiltucs. V. in part. l'art. 2.

Ciò sta a significare che nel lavoro autonomo coordinato e continuativo il prestatore di lavoro, ferme restando le condizioni pattuite nel contratto, determina unilateralmente le modalità di esecuzione della prestazione.

Questa formulazione dell'art. 409 c.p.c. aiuta a comprendere il diverso oggetto dell'art. 2 comma 1 d. lgs. n. 81 del 2015: infatti ai sensi di quest'ultima norma, l'organizzazione da parte del committente delle modalità di esecuzione della prestazione di lavoro e anche del tempo e del luogo dell'attività lavorativa è incompatibile con la determinazione consensuale di quelle stesse modalità ed esclude pertanto l'autonomia della prestazione.

E d'altra parte, secondo la nuova disposizione, ove approvata, in assenza di accordo sulle modalità di coordinamento la prestazione del collaboratore non potrà ritenersi coordinata e dovrà considerarsi o del tutto autonoma o subordinata.

Pertanto ai sensi dell'art. 409 n. 3 c.p.c. che rimane in vigore hanno pieno diritto di cittadinanza anche per il Jobs act le collaborazioni continuative e coordinate con esclusione di quelle organizzate dal committente. In altri termini restano in vita quelle collaborazioni dove sussiste una vera coordinazione o una collaborazione organizzata dal collaboratore. E a questi rapporti non si applicheranno le norme di tutela del lavoro a progetto ormai abrogate, ma soltanto quelle poche norme, come l'art. 2113, le norme in materia previdenziale come la gestione separata e le norme anti infortunistiche e le disposizioni che prevedono un regime fiscale apposito<sup>108</sup>.

A quest'ultimo proposito occorre precisare che la legge di stabilità ha previsto un rilevante incentivo per coloro che assumono con il contratto di lavoro a tutele crescenti e cioè con contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato e cioè l'esonero per i primi tre anni dalla contribuzione previdenziale.

Questa misura insieme, come vedremo, alla tutela prevalentemente risarcitoria contro il licenziamento illegittimo, costituiscono un forte incentivo a utilizzare questa forma di contratto nella misura in cui risulterà meno oneroso delle collaborazioni di cui all'art. 409 n. 3 c.p.c.

#### 4. Lo jus variandi in pejus.

L'art. 2103 c.c. nuovo testo regola il mutamento di mansioni modificando radicalmente la disciplina precedente.

In primo luogo con riferimento alla cosiddetta mobilità orizzontale (art. 2103 comma 1). In questo caso il limite al mutamento di mansioni non è più determinato dall'equivalenza delle mansioni soggetta alla valutazione discrezionale del giudice, a presidio della professionalità acquisita dal lavoratore, ma è determinata dalla categoria legale e dal livello di inquadramento. In altre termini al giudizio insindacabile del giudice e quindi al soggettivismo giudiziario si sostituisce opportunamente la valutazione del contratto collettivo<sup>109</sup>. È vero perciò che la nuova norma non tutela la professionalità acquisita dal lavoratore, ossia il medesimo tipo di professionalità e cioè il bagaglio

---

<sup>108</sup> Cfr. G. Santoro-Passarelli, *I rapporti di collaborazione coordinata e continuativa. Una fattispecie in via di trasformazione?*, Napoli, 2015, p. 111 ss.

<sup>109</sup> F. Liso, *Brevi osservazioni sulla revisione della disciplina delle mansioni contenuta nel decreto legislativo n. 81/2015 e su alcune recenti tendenze di politica legislativa in materia di rapporto di lavoro*, in WP C.S.D.L.E "Massimo D'Antona", 2015, 257, p. 7 ss.

professionale acquisito ma gli garantisce il mantenimento di una professionalità anche diversa ma del medesimo valore dato dalla categoria legale e dal livello di inquadramento<sup>110</sup>.

In secondo luogo la nuova disposizione, pur riaffermando la nullità di ogni patto contrario sancita dal comma 2 del vecchio testo dell'art. 2103 c.c., ha ridimensionato fortemente la natura inderogabile della norma.

Infatti secondo la precedente normativa il potere del datore di lavoro di adibire il lavoratore a mansioni inferiori era eccezionale ed era ammesso nei casi tassativamente previsti dalla legge (e cioè in caso di gravidanza della donna, per evitare il licenziamento e nel caso di infortunio del lavoratore) mentre, oggi, il nuovo testo dell'art. 2103 c.c. prevede diverse ipotesi di adibizione del lavoratore a mansioni inferiori.

In particolare l'art. 2103 comma 2 consente l'assegnazione al livello di inquadramento inferiore in caso di modifica degli assetti organizzativi aziendali che incida sulla posizione del lavoratore purchè rientranti nella medesima categoria legale.

In questa ipotesi il datore di lavoro ha un obbligo formativo il cui mancato adempimento non determina la nullità dell'atto di assegnazione delle nuove mansioni (art. 2103 comma 3).

È vero che il sindacato del giudice ha come oggetto il nesso di causalità tra la modifica organizzativa come tale insindacabile e l'incidenza sulla posizione del lavoratore ma è anche vero che il rischio possibile è che tale sindacato lambisca il merito così come avviene frequentemente a proposito del licenziamento per giustificato motivo oggettivo con la conseguenza che il controllo giudiziale non avrà più come oggetto l'equivalenza delle mansioni ma la "misura dell'incidenza" delle modifiche aziendali sulla posizione del lavoratore per considerare legittima l'adibizione a mansioni inferiori.

E nell'ipotesi in cui il giudice non ravvisi che la modifica organizzativa abbia inciso sulla posizione del lavoratore dovrà dichiarare nulla l'adibizione a mansioni inferiori in quanto disposta dal datore di lavoro fuori dai limiti previsti dal comma 2 e quindi rientrante nella nullità di ogni patto contrario sancita dall'ultimo comma dell'art. 2103 c.c. In altri termini quando l'adibizione del lavoratore al livello di inquadramento inferiore non è legittima riprende vigore il principio della nullità dell'atto di assegnazione.

L'art. 2103 comma 4 riconosce al contratto collettivo di prevedere ulteriori ipotesi di assegnazione di mansioni appartenenti al livello di inquadramento inferiore purchè rientranti nella stessa categoria.

Sono infine ammesse modifiche consensuali, a livello individuale, in pejus nell'interesse del lavoratore di mansioni, retribuzioni e categoria (art. 2103 comma 6) per evitare il licenziamento.

In questo ultimo caso la legge ha realizzato per la prima volta una forma di derogabilità assistita a livello individuale e soprattutto ha riconosciuto alle parti individuali un potere normativo di modifica del trattamento normativo e non anche dispositivo perché non si tratta in questo caso di rinunciare o transigere e quindi di disporre di diritti acquisiti.

Questo accordo ovviamente non rientra nello jus variandi ma può definirsi una vera e propria novazione del contratto.

---

<sup>110</sup> C. Pisani, *La nuova disciplina del mutamento di mansioni*, Torino, 2015, p. 45.

#### 4.1. La frantumazione dell'inderogabilità e la valorizzazione del contratto individuale sia pure in sede assistita.

Leggendo questa disposizione si percepisce con chiarezza che da un lato la norma inderogabile subisce un processo di frantumazione rilevante perché è vero che il nuovo testo la conserva all'ultimo comma come norma di principio, ma in realtà il numero e la portata delle eccezioni sono così rilevanti da trasformare la inderogabilità da monolite in una sorta di simulacro. Questa disposizione si colloca, a ben vedere sulla scia dell'art. 8 del dlgs. n. 138 del 2011 e in qualche misura la supera. Infatti a differenza dell'art. 8 che legittimava solo i contratti aziendali a derogare norme di legge su determinate materie tra le quali anche le mansioni, il nuovo testo dell'art. 2103 c.c. frantuma ulteriormente il monolite dell'inderogabilità della norma di legge perché in questo caso non si limita ad abilitare i contratti collettivi nazionali e aziendali a derogare norme di legge (comma 4) ma anche il potere unilaterale del datore di lavoro e addirittura il contratto individuale a derogarla sia pure a certe condizioni.

Il nuovo testo dell'art. 2103 c.c. prevede infatti condizioni di legittimità per l'adibizione a mansioni inferiori (modifiche organizzative che incidono sulla posizione del lavoratore per giustificare il potere unilaterale del datore di lavoro di adibire il lavoratore ad un livello di inquadramento inferiore, o l'estinzione del rapporto di lavoro per consentire la conclusione di un contratto individuale tra le parti sia pure in sede assistita).

E correlativamente al processo di frantumazione della inderogabilità corrisponde l'ampliamento dello spazio negoziale delle volontà individuali delle parti con la riemersione della categoria del contratto individuale, relegata da sempre dalla normativa lavoristica ad un ruolo secondario e cioè solo come fonte costitutiva del rapporto individuale e al più come fondamento dei trattamenti di miglior favore. Viceversa, allo stato attuale, come si è appena detto, il contratto acquista addirittura una funzione normativa di regolazione del trattamento normativo ed economico spettante al lavoratore, il quale, pur di conservare il posto di lavoro accetta una modificazione sostanziale della propria posizione lavorativa.

#### 4.2. Il demansionamento, le residue ipotesi di nullità e il risarcimento del danno.

Il demansionamento ormai consentito in più ipotesi impone comunque di riflettere sull'ampiezza del risarcimento del danno riconosciuto sempre sotto la previgente disciplina quando fosse stata compromessa la professionalità acquisita. La copiosa giurisprudenza sul tema, anche con riferimento alla progressiva valorizzazione dell'art. 2087 c.c. che tutela oltre che la integrità psicofisica anche la personalità morale del lavoratore, ha sicuramente contribuito ad arricchire la fattispecie del danno non patrimoniale anche sotto la specie del danno esistenziale, del quale, per altro la ultima giurisprudenza di legittimità ha escluso la rilevanza come voce autonoma di danno<sup>111</sup>.

Certo la ricchezza che in questo caso la giurisprudenza e la dottrina lavoristica hanno sicuramente apportato al tema del risarcimento del danno non patrimoniale sarà drasticamente ridimensionata dalla nuova disciplina che riduce le ipotesi di demansionamento vietato e soprattutto non sarà più configurabile una forma di risarcimento ogni qualvolta non si tenga conto della professionalità acquisita.

---

<sup>111</sup> Cass., S.U., 11 novembre 2008, n. 26972; conf. recente Cass., sez. III, 8 maggio 2015, n. 9320.

Diversa dal demansionamento è la fattispecie del mobbing. Secondo la giurisprudenza spetta al lavoratore provare una serie di elementi costituiti che tutti devono sussistere congiuntamente. e tra questi il più difficile da provare è l'elemento soggettivo e cioè l'intento persecutorio o comunque la volontà del datore di lavoro di intimorire psicologicamente il lavoratore emarginandolo progressivamente dallo svolgimento del lavoro.

Diversa ancora è la sottrazione delle mansioni rispetto a quelle da ultimo svolte.

Con la nuova disciplina la sottrazione di compiti anche significativa non è necessariamente illegittima nel caso piuttosto raro in cui le mansioni residue siano comunque riconducibili al medesimo livello di inquadramento o nelle ipotesi più probabili di ricorrenza delle deroghe consentite dai commi 2, 4 e 6 della nuova disciplina<sup>112</sup>.

#### 4.3. L'interesse del prestatore di lavoro all'esecuzione della prestazione lavorativa.

Si tratta a questo punto di capire se la riduzione a zero delle mansioni possa considerarsi illegittima perché è riconducibile alla mora del creditore datore di lavoro nel senso che integra gli estremi della mancata cooperazione del creditore all'adempimento dell'obbligazione del debitore e più precisamente che non consente al lavoratore di adempiere alla sua obbligazione di lavorare o se viceversa tale comportamento lede un diritto del lavoratore allo svolgimento della prestazione di lavoro.

Non c'è dubbio che fondare sul contratto di lavoro un simile diritto significa in qualche modo rivisitare la causa del contratto di lavoro, considerato ormai dalla caduta dell'ordinamento corporativo come contratto di scambio e più precisamente come contratto a prestazioni corrispettive caratterizzato da due obbligazioni principali: quella del lavoratore di lavorare per soddisfare l'interesse del datore di lavoro e quella del datore di lavoro di retribuire per soddisfare l'interesse del lavoratore.

Come vedremo, una parte della dottrina<sup>113</sup> e un'abbondante giurisprudenza<sup>114</sup> è pervenuta a riconoscere un siffatto diritto senza peraltro affrontare il discorso sulla causa del contratto ma ancorandolo ora all'art. 2103 c.c., ora all'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, ora a qualche norma costituzionale che tutela la dignità umana (art. 2, 4, 35 e 41, comma 2, Cost.).

Per contro parte della dottrina<sup>115</sup> ha escluso con determinazione l'esistenza di tale diritto in capo al lavoratore e ha negato che il correlativo obbligo del datore di lavoro potesse configurarsi anche

<sup>112</sup> C. Pisani, *op. cit.*, p. 100.

<sup>113</sup> Cfr. F. Liso, *op. cit.*, p. 3; R. Del Punta, *Diritti della persona e contratto di lavoro*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2006, p. 248 e ss..

<sup>114</sup> V. in giurisprudenza Cass., Sez. Un., 6 marzo 2009, n. 5454, in *Ragiusan*, 2009, 307-308, p. 271. Più di recente, v. Cass. 24 giugno 2013, n. 15769 e Cass. 28 giugno 2013, n. 16413, in *Riv. giur. lav.*, 2013, 4, p. 611.

<sup>115</sup> E. Balletti, *La cooperazione del datore all'adempimento dell'obbligazione di lavoro*, Padova, 1990, p. 92; V. Speciale, *Mora del creditore e contratto di lavoro*, Bari, 1992, p. 224. L'a. peraltro ammette che l'interesse del lavoratore all'esecuzione della prestazione lavorativa, "pur non modificando la struttura dell'obbligazione e quindi pur non incidendo sull'applicabilità al datore di lavoro delle norme sulla mora accipiendi viene tuttavia positivamente tutelato dalla legge in caso di sua violazione con il risarcimento del danno con altre tecniche sanzionatorie".

come obbligo accessorio e tanto meno fondarsi sul testo dell'art. 2103 c.c.<sup>116</sup>, così come modificato dall'art. 13 dello Statuto dei lavoratori<sup>117</sup>, che regola e introduce limiti all'esercizio di un potere del datore di lavoro ossia allo jus variandi<sup>118</sup>.

Viceversa l'art. 2087 c.c. prevede espressamente e regola un autonomo obbligo a carico del datore di lavoro di protezione al quale corrisponde il diritto del lavoratore alla tutela della sua integrità psicofisica e della sua personalità morale.

I due beni protetti dall'art. 2087 c.c. sono l'integrità psicofisica da un lato, che ha un saldo referente costituzionale nell'art. 32 cost. che tutela il diritto alla salute e, dall'altro lato, la personalità morale e cioè la dignità del lavoratore, che ha diversi ancoraggi costituzionali come l'art. 2 e l'art. 41 comma 2 cost. Orbene, sia l'una che l'altra possono essere pregiudicate da una serie di comportamenti e atti del datore di lavoro, con il conseguente riconoscimento del danno anche non patrimoniale nei limiti previsti dal diritto vivente.

È importante precisare che il richiamo ai comportamenti del datore di lavoro che abbiano come effetto la lesione della dignità del lavoratore non consentono di dare rilievo alle sole rappresentazioni soggettive della vittima ma devono riferirsi a comportamenti del datore che hanno una loro oggettività, la quale si misura prescindendo dalle ripercussioni che ha prodotto sullo stato psichico del lavoratore<sup>119</sup>.

Certamente l'emarginazione del lavoratore che determini la totale inattività dello stesso, a prescindere dalla sussistenza del *mobbing*, sono criteri oggettivi che consentono di misurare la lesione della dignità del lavoratore e che indirettamente consentono di fondare l'interesse del lavoratore allo svolgimento della prestazione lavorativa su quella parte dell'art. 2087 c.c., che obbliga il datore di lavoro a tutelare la personalità morale *id est* la dignità del lavoratore.

Ma in questo caso il danno è non patrimoniale e pertanto, secondo la più rigorosa giurisprudenza della Cassazione, con l'avallo delle Sezioni Unite, deve essere provato, quantomeno come evento consequenziale al comportamento del datore di lavoro<sup>120</sup>.

In alternativa al percorso dell'art. 2087 c.c. come ha osservato un'attenta dottrina<sup>121</sup>, la giurisprudenza, partendo dal risarcimento del danno professionale derivante da demansionamento, non

<sup>116</sup> V. Speciale, *op. cit.*, pp. 195, p. 207.

<sup>117</sup> Questo autore richiama esempi particolari, p. 224, come la previsione della contrattazione collettiva che subordina l'acquisizione della qualifica superiore allo svolgimento effettivo del lavoro o ancor più al contratto di formazione lavoro dove tradizionalmente la causa dell'apprendistato è mista e cioè di formazione e retribuzione ed era incontestato, per le caratteristiche del rapporto, il diritto del lavoratore a svolgere la prestazione a prescindere dalla norma di legge che prevedeva la conversione del contratto in uno a tempo indeterminato dall'origine (art. 3, comma 9, legge n. 863/1984).

<sup>118</sup> R. Del Punta, *op. cit.*, p. 249 osserva finemente che qui come altrove il diritto del lavoratore "si nasconde" in seno ad un limite pure inderogabile all'esercizio del potere e richiama la convinzione secondo cui la *mora accipiendi*, una volta assicurata la permanenza dell'obbligo retributivo (artt. 1206 e 1217 c.c.) non consentirebbe il riconoscimento di ulteriori danni per mancanza dei presupposti, se non nelle ipotesi espressamente previste dalla legge o dal contratto collettivo.

<sup>119</sup> R. Del Punta, *op. cit.*, p. 221.

<sup>120</sup> Cass. Ss. Uu. 24 marzo 2006, n. 6572, in *Corr. giur.*, 2006, p. 787 ss.; Cass. 11 novembre 2008, n. 26973, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, II, 465; Cass. 17 settembre 2010, n. 17985; da ultimo Cass. 18 settembre 2015, n. 18431.

<sup>121</sup> R. Del Punta, *op. cit.*, p. 250.

produttivo come tale di danno patrimoniale diretto, stante la garanzia dell'irriducibilità della retribuzione, è pervenuta, attraverso la scoperta del danno biologico al riconoscimento del danno non patrimoniale derivante da demansionamento.

Ma anche in questo caso il danno è non patrimoniale e deve essere provato, sebbene la giurisprudenza successiva, di merito<sup>122</sup> ed anche di legittimità<sup>123</sup>, nella delicata fase di liquidazione del danno non patrimoniale da demansionamento, pur senza affermare la configurabilità di un danno *in re ipsa*, ha continuato a fare ricorso al criterio equitativo. E lo ha fatto sulla base di meri indici presuntivi quali la durata e l'intensità del demansionamento, talora desumendo da tali elementi sia l'esistenza del danno non patrimoniale, sia la sua quantificazione.

Tali riconoscimenti hanno prodotto un duplice risultato.

Innanzitutto ha portato la giurisprudenza ad esercitarsi sulla qualificazione del titolo in base al quale il lavoratore è legittimato a pretendere siffatto risarcimento non patrimoniale, pervenendo alla conclusione di qualificare tale posizione del lavoratore in termini di diritto soggettivo *ex contractu* dal cui inadempimento discende la pretesa del risarcimento.

In secondo luogo la giurisprudenza in modo non sempre univoco ha valorizzato la componente non patrimoniale della lesione di tale diritto senza ulteriori qualificazioni, oppure, evocando l'art. 2 Cost., ha qualificato tale diritto come fondamentale avente ad oggetto la libera esplicazione della personalità del lavoratore nel luogo di lavoro come proiezione della dignità della persona.

Allo stato, quindi, il collegamento del testo previgente dell'art. 2103 c.c. con l'art. 2 ha consentito alla giurisprudenza di enucleare un diritto risarcibile, in caso di lesione, non solo nelle ipotesi di assegnazione a mansioni non equivalenti alle ultime effettivamente svolte ma anche in quelle ipotesi (ed è questo il caso qui in esame) in cui il lavoratore non è in realtà demansionato ma è lasciato inattivo o è comunque emarginato dalla vita lavorativa ed aziendale<sup>124</sup>.

Il dubbio che si pone agli interpreti è relativo al passo ulteriore, e cioè chiarire se il fondamento di tale diritto sia da rinvenire nelle disposizioni stesse della Costituzione<sup>125</sup>, o sia ancora ricavabile da un'interpretazione, costituzionalmente orientata ma sempre più forzata, dell'art. 2103 c.c., che come detto è una norma di disciplina, relativa alla delimitazione del potere del datore di lavoro nell'esecuzione della prestazione.

In altre parole si tratta di stabilire se la nuova formulazione del testo dell'art. 2103 possa considerarsi utile base normativa per fondare il diritto del lavoratore all'esecuzione della prestazione lavorativa in caso di sua emarginazione, salva la difficile prova del mobbing.

<sup>122</sup> App. Firenze 14 giugno 2012; App. Potenza 9 aprile 2015; Trib. Roma 23 dicembre 2010; Trib. Bari 19 aprile 2012.

<sup>123</sup> Cass. 26 giugno 2006, n. 14729, in *Dir. prat. lav.*, 2007, p. 492; Cass. 26 novembre 2008, n. 28274, in *Foro it., Rep.* 2008, voce *impiegato dello stato e pubblico*, n. 427; Cass. 19 settembre 2014, n. 19778; Cass. 17 dicembre 2014, n. 26590, in *Danno e resp.*, 2015, p. 503; Cass. 28 aprile 2015, n. 8581, in *Dir. giust.*, 2014, 29 aprile; Cons. St., sez. III, 12 gennaio 2015, n. 28, in *Dir. giust.*, 2015, 2 febbraio.

<sup>124</sup> Riferimenti all'art. 2 Cost. si possono cogliere in Cass. 27 aprile 2004, n. 7980 e Cass. 9 febbraio 2007, n. 2878, in *Dir. prat. lav.*, 2008, p. 1424. Cfr. Cass. 14 novembre 2001, n. 14199.

<sup>125</sup> V. in q. senso Cass. 27 aprile 2004, n. 7980, secondo cui "Sul piano generale, deve rilevarsi che danno patrimoniale e danno non patrimoniale furono disciplinati dal legislatore del 1942 rispettivamente agli artt. 2043 e 2059 c.c. Il quadro normativo è, però, successivamente e profondamente mutato: l'art. 2 Cost., di ispirazione democratica e liberale, riconosce e garantisce infatti i diritti inviolabili dell'uomo sia come singolo che nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità".

Come si è detto il nuovo testo dell'art. 2103 non garantisce più la professionalità acquisita ma una professionalità di eguale valore nell'ambito della categoria e dello stesso livello di inquadramento nel caso di mobilità orizzontale e, ferma la irriducibilità della retribuzione, consente diverse ipotesi di adibizione a mansioni riconducibili al livello di inquadramento inferiore in presenza di certe condizioni.

Quindi sotto questo profilo il nuovo testo non consente al datore di lavoro la sottrazione totale delle mansioni.

E tuttavia bisogna osservare che il comma 6 dell'art. 2103 c.c., in presenza di certe condizioni, consente all'autonomia individuale, addirittura in funzione normativa, di concludere un nuovo contratto che modifica le mansioni, la categoria legale e il livello di inquadramento e la relativa retribuzione al fine di conservare il posto di lavoro.

In questo caso la disposizione citata prefigura la novazione del contratto di lavoro e di conseguenza aumenta le difficoltà per l'interprete di continuare ad utilizzare l'art. 2103 c.c. come fondamento normativo del diritto del lavoratore all'esecuzione della prestazione lavorativa.

Se dunque risulta problematico utilizzare il nuovo testo dell'art. 2103 come base normativa di tale diritto, non si può tuttavia escludere che il suddetto diritto, salva una verifica rigorosa di tale ricostruzione che ovviamente finisce per incidere sulla causa del contratto, possa essere configurato come diritto autonomo del lavoratore e più precisamente come diritto della personalità<sup>126</sup> che ha il suo fondamento su norme costituzionali come gli artt. 2 e 41, comma 2, che tutelano la dignità umana<sup>127</sup>.

In questo modo sarebbe possibile svincolare tale diritto dalla tutela, non sempre coincidente, della professionalità, a maggior ragione dopo la novella che ha profondamente modificato il vecchio testo dell'art. 2103 c.c., o dalla tutela della salute del lavoratore ex art. 2087 c.c.

Bisogna comunque prendere atto che, pur configurato come diritto della personalità, l'interesse del lavoratore all'esecuzione della prestazione lavorativa non avrebbe la tutela "forte", per esempio, del diritto al nome e anche il ricorso al provvedimento di urgenza ex art. 700 c.p.c., non sembra risolutivo, perché consiste pur sempre in una condanna ad eseguire generica e del tutto incoercibile<sup>128</sup>.

E d'altra parte, a seguito dell'accertamento da parte del giudice, nel giudizio ordinario, dell' inadempimento dell'obbligo del datore di lavoro di consentire lo svolgimento della prestazione, cioè

<sup>126</sup> v. P. Rescigno, *Personalità (diritti della)*, in senso critico con riferimento al diritto al lavoro che considera diritto complementare della personalità" è arduo pensare che possa costituire oggetto di pretese interpretate "tesi condivisibile, ma poi aggiunge "discorso diverso riguarda i casi in cui il datore di lavoro sia tenuto ad instaurare o a conservare il rapporto".; v. sia pure per accenno, in senso favorevole R. Scognamiglio, *Diritto del lavoro*, Bari, 2003, 137-8; Scalisi, *Il valore della persona nel sistema e i nuovi diritti della personalità*, Milano, 1990.

<sup>127</sup> Oltre alla giurisprudenza già citata, si possono cogliere spunti interessanti, ancorché non completamente sviluppati, in Cass. 26 maggio 2004, n. 10157, in *Lav. giur.*, 2004, p. 1265; Trib. Treviso 13 ottobre 2000, in *Lav. prev. oggi*, 2000, p. 2324 e Trib. Camerino 2 aprile 2007, in *Lav. giur.*, 2007, p. 1044 nonché, per il riferimento agli artt. 4 e 35 Cost., nelle sentenze Cass. 2 agosto 2006, n. 17564, cit.; Cass. Ss. Uu. 6 marzo 2009, n. 5454, in *Rep.* 2009, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 644; Cass. 30 luglio 2009, n. 17778, in *Guida dir.*, 2009, 35, p. 29.

<sup>128</sup> V. Nogler, in *(Ri)scoprire le radici giuslavoristiche del "nuovo" diritto civile*, in *Europa e diritto privato*, 2013, in part. p. 1000-1008, tutto teso a superare la deriva indennitaria del diritto a lavorare del prestatore di lavoro. In giurisprudenza v. già ord. Trib. Perugia 10 giugno 2004, in *Lav. giur.*, 2006, p. 85.

di un obbligo di fare, il rimedio sarebbe pur sempre di natura risarcitoria e non restitutoria del diritto lesa. E tale danno sarebbe ascrivibile all'art. 2059 c.c. e cioè al danno non patrimoniale.

Insomma la violazione di questo diritto, pur costituzionalmente fondato, non può essere sanzionata con l'esecuzione in forma specifica e cioè con una tutela restitutoria ma soltanto risarcitoria.

### **5. Il potere di controllo del datore di lavoro e la disciplina dei controlli a distanza nel decreto sulla semplificazione attuativo del Jobs Act.**

Lo Statuto dei lavoratori contiene diverse norme che riconoscono al datore di lavoro il potere di controllare:

- 1) il patrimonio aziendale attraverso le guardie giurate (art. 2), e le visite personali controllo (art. 6) alle condizioni previste dalla legge;
- 2) lo svolgimento della prestazione lavorativa, direttamente, attraverso il personale di vigilanza (art. 3) o, indirettamente, attraverso altri strumenti di controllo a distanza, alle condizioni previste dalla legge ed in presenza di particolari esigenze di tutela (art. 4);
- 3) il personale in caso di assenza per malattia attraverso i medici dei servizi ispettivi del sistema sanitario nazionale (art. 5);
- 4) fatti rilevanti ai fini dell'attitudine professionale ex art. 8 St. lav.

Secondo una parte della dottrina, il potere di controllo è un'espressione del o comunque rientra nel potere direttivo.

A mio avviso è un potere distinto dal potere direttivo, perché è diretto a verificare l'esatto adempimento dell'obbligazione lavorativa, ed è limitato da norme dello Statuto diverse da quelle che regolano l'esercizio del potere direttivo. Infatti, diversamente da queste ultime, sono poste essenzialmente a garanzia della dignità e della riservatezza del lavoratore.

Con particolare riferimento agli impianti audiovisivi e agli altri strumenti di controllo a distanza, il decreto delegato in materia di semplificazione attuativo del Jobs Act novella l'art. 4 Stat. lav..

La nuova disposizione prevede una serie di limitazioni all'uso di impianti audiovisivi e di altri strumenti dai quali possa derivare anche la possibilità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori.

In primo luogo, detti strumenti possono essere installati esclusivamente per esigenze tecniche organizzative o produttive, per garantire la sicurezza del lavoro o la tutela del patrimonio aziendale;

In secondo luogo, è necessario il previo accordo con le rappresentanze sindacali aziendali (rsu o rsa)<sup>129</sup> o, laddove non si raggiunga l'accordo sindacale, la previa autorizzazione della Direzione territoriale del lavoro competente.

In mancanza dell'accordo o dell'autorizzazione, gli impianti audiovisivi e gli altri strumenti che consentono anche il controllo a distanza non possono essere utilizzati.

---

<sup>129</sup> In caso di imprese c.d. multilocalizzate, con unità produttive ubicate in diverse province della stessa regione o in più regioni, l'accordo può essere stipulato con le associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale.

Uno dei principali profili di novità della nuova disposizione sta nella previsione di una deroga a tale regime, volta ad escludere la necessità di accordo sindacale o autorizzazione amministrativa per alcuni particolari strumenti (comma 2):

- gli strumenti utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa;
- gli strumenti di registrazione degli accessi e delle presenze.

Ai sensi del comma 2, pertanto, strumenti che possono comportare un controllo a distanza dell'attività dei lavoratori non devono più essere autorizzati se utilizzati per rendere la prestazione lavorativa (si pensi, ad esempio, ai *tablet* e agli *smartphone* che consentono la geolocalizzazione del lavoratore ma che sono a tutti gli effetti strumenti di lavoro, o agli strumenti di controllo degli accessi tramite *badge* elettronici).

Sotto questo aspetto la norma sembra spostare l'equilibrio tra gli interessi contrapposti alla produttività e alla dignità e riservatezza del lavoratore a favore del primo piuttosto che dei secondi, rendendo più flessibile, in ragione della loro utilità a svolgere la prestazione, il ricorso a strumenti di lavoro tecnologicamente avanzati ma dai quali deriva la possibilità di controllo.

Non a caso proprio su questo punto si sono registrate le maggiori critiche da parte sindacale alla nuova disposizione: i sindacati, infatti, hanno interesse a che continui ad essere prevista la necessità dell'accordo sindacale al fine di poter dettare condizioni e limiti di utilizzo degli strumenti che, pur necessari per rendere la prestazione, possano comportare le possibilità di un controllo a distanza.

Ciò non significa, però, che il controllo dell'attività lavorativa attraverso gli strumenti utilizzati per svolgere la prestazione, venuta meno la necessità di autorizzazione sindacale o amministrativa, sia del tutto liberalizzato: il comma 3, infatti detta le condizioni ed i limiti dell'utilizzabilità ai fini disciplinari delle informazioni raccolte.

L'utilizzabilità è subordinata, al rispetto della normativa in materia di protezione dei dati personali (d. lgs. n. 196 del 2003) e alla condizione che sia data al lavoratore un'adeguata informazione sulle modalità d'uso degli strumenti e di effettuazione dei controlli.

Si tratta di garanzie e limitazioni non di poco conto: l'informativa deve essere "adeguata" e il rispetto di tale obbligo non si esaurisce in un mero adempimento formale.

Inoltre, il richiamo al d. lgs. n. 196 del 2003 si traduce nella garanzia di una serie di diritti del lavoratore in ordine al trattamento dei propri dati personali (rispetto del principio di necessità e degli altri principi allo stesso correlati: finalità, correttezza, pertinenza, non eccedenza; diritto di accesso; diritto al risarcimento dei danni, anche non patrimoniali, cagionati dal trattamento dei dati).

Non occorrerà, invece, il consenso del lavoratore per il trattamento dei propri dati personali, anche sensibili, in virtù delle esclusioni del consenso stabilite dagli artt. 24 e 26 del d. lgs. n. 196 del 2003. Queste disposizioni alleggeriscono la posizione del datore di lavoro che opera il trattamento perché tenuto ad adempiere obblighi derivanti dalla legge o dal contratto di lavoro.

Si tratta di capire, a questo punto, se la contrattazione collettiva possa intervenire a derogare il nuovo regime e a tal fine è opportuno distinguere, nell'ottica dei lavoratori, tra deroghe "migliorative", volte a limitare ulteriormente i controlli, e deroghe "peggiorative", volte a rendere ancor meno vincolato l'esercizio del potere datoriale, diminuendo le garanzie per i lavoratori.

Per quanto attiene al primo aspetto, a meno di non ritenere che la norma sia assolutamente inderogabile, il contratto collettivo sembra poter intervenire in senso migliorativo, ripristinando alcune garanzie: ad esempio, sarebbe possibile per i contratti collettivi prevedere che anche per gli strumenti utilizzati per rendere la prestazione lavorativa sia necessario il previo accordo sindacale, in deroga a quanto previsto dal comma 2 e al fine di aumentare le garanzie per i lavoratori soggetti a controllo.

L'imprenditore, del resto, potrebbe aver interesse, nell'economia delle negoziazioni, a scambiare una maggior limitazione al potere di controllo con il consenso del sindacato sulla regolamentazione di altri aspetti (si pensi, per esempio, alla disciplina dei turni o alla retribuzione di produttività).

Con riguardo, invece, alle deroghe "peggiorative", la disposizione è sicuramente inderogabile ed il contratto collettivo non potrà, in linea generale, eliminare le garanzie che la stessa prevede a favore dei lavoratori soggetti a controllo, soprattutto con riferimento al regime dell'utilizzabilità delle informazioni ai fini disciplinari.

Resta sempre in vigore, però, l'art. 8, d.l. n. 138 del 2011, conv. con mod. in legge n. 148 del 2011, in tema di contrattazione collettiva "di prossimità", che consente di derogare a norme inderogabili di legge e che contempla la materia degli "impianti audiovisivi e la introduzione di nuove tecnologie" (art. 8, commi 2, lett. a), e 2-bis).

I contratti di prossimità potrebbero, per ipotesi, escludere del tutto l'autorizzazione per gli impianti audiovisivi o il diritto all'informativa o l'applicazione della disciplina in materia di protezione dei dati personali ai fini dell'utilizzabilità delle informazioni raccolte? La risposta sembra essere negativa alla luce dei principi costituzionali e del diritto europeo<sup>130</sup> che interessano queste materie e che si pongono come limiti all'efficacia derogatoria dei contratti di prossimità.

## **6. Il licenziamento: evoluzione legislativa e modifica del contesto socioeconomico, valorizzazione della concorrenza ed emersione di un doppio mercato del lavoro: gli insiders e gli outsiders.**

Come è noto, il rapporto di lavoro è un rapporto di durata e la forma comune di estinzione di questi rapporti è il recesso delle parti<sup>131</sup>. Ma è altresì evidente che nel rapporto di lavoro, come anche in altri rapporti di durata, gli interessi delle parti non sono coincidenti perché il datore di lavoro non ha sempre interesse ad avere rapporti stabili per evidenti ragioni connesse alla gestione dell'impresa: l'imprenditore deve essere in grado di ridurre o aumentare la forza lavoro a seconda delle mutevoli esigenze del mercato e, perciò, ha interesse a sciogliersi dai vincoli contrattuali in modo rapido e senza troppe difficoltà. Viceversa il lavoratore ha l'interesse opposto, cioè alla continuità del rapporto e alla stabilità del posto di lavoro perché solo la continuità del rapporto gli consente di avere una vita libera e dignitosa e di programmare il suo futuro

<sup>130</sup> Cfr. la direttiva 95/46/CE.

<sup>131</sup> In generale, sul recesso come modo di estinzione del rapporto di lavoro cfr. G. F. Mancini, *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, Milano, 1962 e 1965.

E altresì noto nel corso degli ultimi 70 anni e cioè dalla emanazione del codice civile fino al *Jobs Act* il legislatore ha tutelato questi due diversi interessi, ora privilegiando uno, ora privilegiando l'altro.

Se si ha riguardo al codice civile del 1942, l'art. 2118 c.c., pur ponendo su una posizione di parità le parti del rapporto di lavoro perchè entrambe, salvo giusta causa, potevano recedere senza obbligo di motivazione, solo adempiendo all'obbligo del preavviso, in realtà privilegiava l'interesse del datore di lavoro a liberarsi agevolmente dal vincolo contrattuale.

E anche la previsione dell'art. 2119 c.c. che regola il recesso per giusta causa non modifica l'assetto di interessi regolato dal recesso ad nutum. A ben vedere infatti il datore di lavoro, quando sussiste la giusta causa, non ha l'obbligo del preavviso e quando non sussiste il datore di lavoro può sempre avvalersi del licenziamento ad nutum.

La libertà di recesso per entrambe le parti, con sostanziale vantaggio per il datore di lavoro, dura quasi 25 anni e cioè dal 1942 al 1966.

Nel 1966 la legge n. 604 introduce per la prima volta l'obbligo a carico del datore di lavoro di motivare il licenziamento e l'onere di provare la sussistenza di un giustificato motivo.

L'art. 3 della legge n. 604/66 definisce il giustificato motivo soggettivo come notevole inadempimento degli obblighi contrattuali e il giustificato motivo oggettivo è costituito dalle esigenze oggettive dell'azienda.

È importante ricordare la definizione perché le due fattispecie rimangono ancor oggi inalterate nonostante il susseguirsi di diverse normative che hanno regolato diversamente il regime sanzionatorio del licenziamento ingiustificato e cioè del licenziamento privo di giusta causa o di giustificato motivo.

Come ha ripetutamente affermato la giurisprudenza, talvolta non senza qualche ambiguità, il sindacato del giudice sulle scelte dell'imprenditore e, quindi, sulle esigenze oggettive dell'azienda deve essere un sindacato di legittimità e non di merito, in ragione dell'art. 41 della Costituzione, che garantisce la libertà d'impresa. In altri termini il giudice può sindacare la sussistenza e la veridicità delle esigenze oggettive dell'azienda e il nesso di causalità tra queste scelte e il licenziamento, ma non il merito delle scelte dell'imprenditore.

Bisogna comunque sottolineare che per la legge n. 604 il licenziamento ingiustificato, ossia privo di giusta causa e giustificato motivo, pur essendo illecito e cioè produttivo di danno, era comunque valido e cioè idoneo ad estinguere il rapporto di lavoro e comunque aveva un ambito di applicazione limitato ai datori di lavoro con almeno 35 dipendenti. Insomma l'area della libera rececibilità era ancora molto ampia.

In altri termini, la normativa del 1966 da un lato sottoponeva al controllo del giudice la motivazione del licenziamento nelle aziende medio grandi e dall'altro si limitava a monetizzare il licenziamento ingiustificato e di conseguenza complicava il procedimento di licenziamento e rendeva oneroso il licenziamento ingiustificato ma non lo invalidava.

Con l'art. 18 dello Statuto dei lavoratori il legislatore tra i due interessi in conflitto, quello dell'imprenditore alla temporaneità del vincolo contrattuale e quello del lavoratore alla continuità del rapporto di lavoro, privilegia decisamente il secondo perché stabilisce l'invalidità del licenzia-

mento ingiustificato. L'art. 18 non modifica le due fattispecie di licenziamento ingiustificato regolate dalla legge n. 604, ma modifica radicalmente gli effetti del licenziamento ingiustificato perché stabilisce che il licenziamento ingiustificato non è più idoneo a estinguere il rapporto di lavoro. Il licenziamento ingiustificato è considerato invalido (nullo o annullabile) o inefficace<sup>132</sup>.

La riforma del licenziamento, non si limita a sancire l'invalidità del licenziamento ingiustificato ma punta a rendere effettiva la tutela evocando con il termine reintegrazione l'esigenza di riammettere fisicamente il lavoratore sul posto di lavoro, anche se poi la giurisprudenza della Cassazione ha sempre escluso l'esecuzione in forma specifica dell'ordine di reintegrazione

È vero però che l'art. 18 rafforza in misura rilevante la posizione del lavoratore perché in ogni caso la reintegrazione anche se non è eseguita in forma specifica costituisce un punto di forza per il lavoratore anche per avviare trattative economiche in ordine al licenziamento.

Inoltre l'art. 18 si applica a tutti gli imprenditori che occupano più di 15 dipendenti, mentre ai datori di lavoro non imprenditori (per esempio, partiti e sindacati) continua applicarsi la disciplina più favorevole della legge n. 604 del 1966.

Rimane altresì in vigore l'art. 2118 c.c., e cioè l'area del recesso libero, per tutti i datori lavoro imprenditori e non imprenditori che hanno meno di 15 dipendenti.

L'ascesa della disciplina vincolistica in materia di licenziamento culmina con la legge n. 108 del 1990 perché, ferma restando la disciplina dell'art. 18 St. lav. alle imprese che occupano più di 15 dipendenti, introduce l'obbligo di motivazione del licenziamento anche per le piccole imprese e cioè per quegli imprenditori che hanno un numero di dipendenti inferiore a 15<sup>133</sup>.

In questo caso il licenziamento ingiustificato estingue il rapporto di lavoro perché il legislatore ha disposto solo una tutela risarcitoria simile a quella disposta dalla legge n. 604 del 1966 per il licenziamento nelle imprese medio grandi. È vero, però, che l'area del libero recesso si riduce sensibilmente e da regola generale diventa regola eccezionale.

Queste forme di tutela, reale per le imprese medio-grandi e obbligatoria per le piccole imprese, rimane quasi inalterata dal 1990 al 2012, quindi per più di 20 anni.

In questo lungo lasso di tempo, però, cambia profondamente il tessuto industriale italiano: la cosiddetta impresa fordista cede il campo a forme di impresa diverse, c.d. di rete, e l'internazionalizzazione dei mercati impone una maggiore competitività alle imprese, che devono necessariamente ridurre i costi di produzione per restare sul mercato, e tra questi *in primis* i costi del lavoro.

In tale periodo sono numerose le forme di esternalizzazione di segmenti importanti dell'impresa e numerosi i tentativi di riformare l'art. 18 St. lav., non hanno successo.

E tuttavia gli imprenditori ottengono in cambio della permanenza dell'art. 18 una notevole flessibilità in entrata. E cioè si moltiplicano i rapporti cosiddetti temporanei. In particolare il d.lgs. n.

---

<sup>132</sup> Cfr., in generale, G.F. Mancini, *Commento all'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *Commentario al Codice civile Scialoja - Branca*, Bologna - Roma, 1972; M. Persiani, *La tutela dell'interesse del lavoratore alla conservazione del posto di lavoro*, in Riva-Sanseverino - Mazzoni (diretto da), *Nuovo trattato di diritto del lavoro*, Padova, 1971; M. D'Antona, *La reintegrazione nel posto di lavoro*, Padova, 1979; M. Napoli, *La stabilità reale nel posto di lavoro*, Milano, 1980.

<sup>133</sup> In generale cfr., per tutti, G. Pera, *Le novità nella disciplina dei licenziamenti*, Padova, 1993.

276 del 2003 riconosce e regola una serie di rapporti temporanei subordinati, come la somministrazione di lavoro e l'apprendistato, e anche non subordinato, come il lavoro a progetto.

Questi rapporti sono precari perché ovviamente ad essi non si applica la disciplina del licenziamento.

Bisogna aggiungere, per completare il quadro normativo, che in questo periodo diventa sempre più penetrante la normativa europea attraverso un susseguirsi di direttive<sup>134</sup>, che contribuiscono a cambiare il contesto in cui opera il mercato del lavoro.

Infatti, negli anni '70 in Italia prevaleva il convincimento che la volontà politica potesse e dovesse sovrapporsi alle regole del mercato, mentre con l'applicazione sempre più diffusa della disciplina europea, che vieta gli aiuti di Stato, viene riconosciuta la concorrenza come valore e, quindi, si consolida il convincimento che l'intervento pubblico in economia non debba sovrapporsi alle regole del mercato, ma debba piuttosto regolare la concorrenza per evitare il sorgere di situazioni di monopolio. Ma non sembra che questo secondo obiettivo sia stato sempre realizzato.

Risulta sempre più vistosa in questo periodo l'esistenza di un doppio mercato del lavoro costituito dagli *insiders* e cioè i lavoratori protetti dalla normativa sul licenziamento e gli *outsiders* privi di ogni protezione e tutela<sup>135</sup>.

#### 6.1. La legge Monti Fornero e la flessibilizzazione della disciplina del licenziamento ingiustificato: la reintegrazione e la tutela risarcitoria.

Nel 2012, nel tentativo di superare gli inconvenienti derivanti dall'esistenza sempre più diffusa di un doppio mercato del lavoro, il governo Monti fece approvare una legge con l'obiettivo di irrigidire la flessibilità in entrata, al fine di eliminare forme di falso lavoro autonomo, e al tempo stesso di flessibilizzare la disciplina in uscita, prevedendo per le fattispecie del licenziamento ingiustificato o la sanzione della reintegrazione o quella del risarcimento<sup>136</sup>.

L'obiettivo non è stato raggiunto perché l'ambito di applicazione della reintegrazione è rimasto comunque molto ampio sia per l'ambiguità delle formule legislative, che saranno esaminate successivamente, sia per la resistenza sindacale, sia per l'interpretazione della giurisprudenza.

In altri termini, anche la legge Monti-Fornero continua a salvaguardare la tutela dell'interesse del lavoratore alla continuità del rapporto di lavoro e alla stabilità con poche eccezioni, soprattutto in materia di licenziamento per giustificato motivo oggettivo.

#### 6.2. Il d.lgs. n. 23/2015: la riduzione dell'ambito di applicazione della sanzione della reintegrazione.

Viceversa, con il decreto legislativo n. 23 del 2015 la nuova disciplina prevista per il rapporto di lavoro a tutele crescenti inverte la direzione del pendolo perché la sanzione risarcitoria rispetto

<sup>134</sup> V., ad esempio, la direttiva sul contratto a termine e il d.lgs. n. 368 del 2001, attuativo di quella direttiva, che consente un maggior uso del contratto a termine rispetto alla disciplina precedente fortemente restrittiva.

<sup>135</sup> Sulle ragioni della creazione di un mercato del lavoro dualistico cfr. anche Cfr. R. Hyman, *Il futuro del principio « il lavoro non è una merce » tra mercato e stato sociale*, in *Dir. rel. ind.*, 2007, p. 988 e ss.

<sup>136</sup> Per un primo commento cfr. A. Vallebona, *La riforma del lavoro 2012*, Torino, 2012.

al licenziamento ingiustificato resta la sanzione comune e la reintegrazione resta solo per alcune forme di licenziamento disciplinare e per il licenziamento discriminatorio<sup>137</sup>.

Sicché ora ben si può dire che il legislatore tra i due interessi in gioco, quello del datore di lavoro e quello del lavoratore, sembra privilegiare nuovamente il primo, in quanto il licenziamento ingiustificato è illegittimo ma non è sanzionato con la reintegrazione, bensì con il risarcimento e, quindi, pur essendo illegittimo, conserva la funzione espulsiva del lavoratore dall'azienda.

In altri termini si ritorna ad una situazione normativa, per taluni aspetti, simile a quella regolata dalla legge n. 604 del 1966.

## 7. I licenziamento discriminatorio.

La prima fattispecie di licenziamento illegittimo presa in considerazione dal d.lgs. n. 23 del 2015 (art. 2), per i lavoratori subordinati assunti dal 7 marzo 2015, è quella del licenziamento discriminatorio. Per licenziamento discriminatorio si intende il licenziamento determinato da un motivo riconducibile a una delle ipotesi di discriminazione previste dalla legge. Come è noto, non esiste nel nostro ordinamento un principio generale di non discriminazione, ma esistono invece cause tassative che sono alla base del divieto di discriminazione: politiche, religiose, sindacali, di sesso e orientamento sessuale, di razza, di lingua, di età, di handicap o relative alle convinzioni personali (art. 15 St. lav.)<sup>138</sup>.

E così, ad esempio, un licenziamento intimato al lavoratore per essersi iscritto ad un sindacato è discriminatorio (discriminazione per motivi sindacali), mentre un licenziamento intimato per l'aspetto trasandato del lavoratore stesso, pur essendo in linea generale arbitrario e quindi ingiustificato, non è discriminatorio<sup>139</sup>. L'onere della prova della discriminazione grava sul lavoratore<sup>140</sup>.

E la medesima disciplina trova applicazione con riferimento all'ipotesi del licenziamento intimato in forma orale (art. 2 comma 1) e al caso in cui il giudice accerti il difetto di giustificazione per motivo consistente nella disabilità fisica o psichica del lavoratore (art. 2 comma 4).

L'art. 2 del d.lgs. n. 23 del 2015 punisce con la massima sanzione (reintegrazione e risarcimento del danno) i casi di licenziamento nullo "espressamente" previsti dalla legge.

Un'interpretazione letterale della norma porta ad individuare solo due ipotesi:

1) i licenziamenti intimati per causa di matrimonio ai sensi dell'art. 35, comma 2, d.lgs. n. 198 del 2006 (testo unico delle pari opportunità uomo donna);

<sup>137</sup> Per un primo commento cfr. R. Pessi - C. Pisani - G. Proia - A. Vallebona, *Jobs Act e licenziamento*, Torino, 2015.

<sup>138</sup> Cfr., ad es., art. 15, legge n. 300 del 1970 come integrato ex art. 13, legge n. 903 del 1977; art. 6, legge n. 135 del 1990; art. 2, d.lgs. n. 215 del 2003; art. 43, d.lgs. n. 216 del 2003.

<sup>139</sup> L'aspetto trasandato potrebbe invece costituire un inadempimento contrattuale se il lavoratore si è obbligato a rispettare un determinato *dress-code*: si pensi, ad esempio, a un negozio di lusso o ad uno studio professionale.

<sup>140</sup> Tuttavia sono previste agevolazioni probatorie in favore del lavoratore, in forza delle quali, nel caso in cui il lavoratore deduca elementi di fatto, anche di carattere statistico, precisi e concordanti, ma comunque inidonei a fondare una presunzione ex art. 2729 c.c., l'onere della prova è comunque invertito e posto a carico del datore di lavoro (v., ad es., art. 40, d.lgs. n. 198 del 2006 e art. 28, comma 4, d.lgs. n. 150 del 2011).

2) i licenziamenti intimati durante la gravidanza e fino al compimento di un anno di vita del bambino, ed altre ipotesi connesse alla tutela della c.d. genitorialità<sup>141</sup> (in base all'art. 54, comma 5, d.lgs. n. 151 del 2001).

#### **8. Il licenziamento disciplinare: la reintegrazione come sanzione eccezionale rispetto al risarcimento del danno e la nozione di fatto materiale contestato.**

Nel licenziamento disciplinare, dopo il Jobs act, la reintegrazione è posta come eccezione rispetto alla regola del risarcimento del danno, costituito dal pagamento di un'indennità onnicomprensiva (cfr. art. 3, comma 1).

In secondo luogo, la reintegrazione è prevista solo nell'ipotesi in cui sia "direttamente dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto materiale contestato".

L'ambiguità della formulazione legislativa lascia aperti alcuni dubbi interpretativi.

Anzitutto non è ancora chiaro in dottrina che cosa debba intendersi per "fatto materiale".

Secondo alcune interpretazioni<sup>142</sup>, il fatto materiale consisterebbe nel fatto così come descritto nella contestazione, a prescindere dalla sua qualificazione in termini giuridici.

Secondo una diversa ricostruzione, il fatto materiale si identifica con la condotta<sup>143</sup>, comprensiva delle valutazioni in ordine all'imputabilità<sup>144</sup>.

In questi termini il fatto materiale finisce inevitabilmente per rilevare quale fatto giuridico.

Ho già a suo tempo evidenziato<sup>145</sup> come la disciplina sanzionatoria debba essere letta alla luce dell'art. 3 della legge n. 604 del 1966, che definisce il giustificato motivo soggettivo come "notevole inadempimento degli obblighi contrattuali" e dunque considera rilevante solo il fatto contestato a titolo di inadempimento.

Del resto, la stessa precisazione letterale secondo cui il fatto deve essere "contestato", presuppone che esso sia stato commesso dal lavoratore e possa essergli almeno astrattamente addebitato per colpa.

Altrimenti, si potrebbe ritenere valido un atto espulsivo basato sulla mera verità di un fatto non imputabile al lavoratore o addirittura priva di alcuna rilevanza disciplinare (es. licenziamento per una rissa effettivamente avvenuta in cui il lavoratore non è coinvolto o per mancato saluto al superiore gerarchico).

<sup>141</sup> Si tratta delle ipotesi dell'art. 54, commi 1, 6, 7 e 9: licenziamenti intimati in conseguenza della domanda o della fruizione del congedo parentale o per malattia del bambino, licenziamenti intimati al padre del bambino durante il periodo di astensione obbligatoria e fino al compimento di un anno di vita del bambino, nel caso di morte o grave infermità della madre, di abbandono o di affidamento esclusivo al padre.

<sup>142</sup> Cfr., sebbene con riferimento alla legge Fornero, A. Vallebona, *La riforma del lavoro 2012*, cit., p. 57.

<sup>143</sup> M. Persiani, *Il fatto rilevante per la reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato*, in *Arg. dir. lav.*, 2013, I, p. 1 ss.

<sup>144</sup> F. Carinci, *Il nodo gordiano del licenziamento disciplinare*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, p. 1112 ss.

<sup>145</sup> G. Santoro-Passarelli, *Il licenziamento per giustificato motivo e l'ambito della tutela risarcitoria*, in *Arg. dir. lav.*, 2013, 2, p. 231 ss.

Dunque, la diretta “dimostrazione in giudizio” dell’insussistenza del fatto materiale contestato di cui all’art. 3, comma 2, non attiene a un concetto nuovo o distinto dall’inadempimento e neppure a un diverso elemento di prova che il lavoratore sarebbe tenuto a fornire.

Semplicemente, l’art. 3, comma 2, punisce con la reintegrazione l’ipotesi in cui il datore di lavoro, nell’adempiere all’onere della prova del notevole inadempimento ex art. 5, legge n. 604 del 1966, *all’esito del giudizio non riesca neppure a provare l’esistenza dell’inadempimento contestato*.

#### 8.1. L'estraneità di ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento: critica.

È vero invece che, secondo la stessa previsione legislativa, all’accertamento dell’insussistenza del fatto “materiale” e cioè, a mio avviso, dell’inadempimento, resta “estranea ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento” rispetto alla contestazione<sup>146</sup>.

E questo oggi avviene anche laddove l’infrazione commessa sia punita con una sanzione conservativa sulla base dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili, come era previsto dall’art. 18 St. lav.

Queste precisazioni esprimono l’evidente obiettivo di contenere ed anzi impedire un’applicazione giurisprudenziale estensiva dei casi di reintegrazione del lavoratore e di ridurre la discrezionalità riconosciuta dalla normativa precedente al giudice, senza dubbio dannosa per la certezza del diritto.

E questo spiega la scelta del legislatore del 2015 che, a fronte di un inadempimento contestato al lavoratore ma accertato in giudizio come non notevole, il licenziamento pur essendo illegittimo perchè irrogato per un inadempimento non notevole, può essere sanzionato solo con il risarcimento.

In altri termini, mentre secondo la vecchia disciplina il licenziamento irrogato a fronte di un inadempimento punibile con una sanzione conservativa era illegittimo e sanzionato con la reintegrazione, con la nuova disciplina lo stesso licenziamento, pur essendo illegittimo perchè l’inadempimento non è notevole, non dà luogo alla reintegrazione ma al risarcimento e quindi produce un effetto espulsivo del lavoratore dall’azienda ed estintivo del rapporto di lavoro.

Si può discutere sulla congruità di tale disposizione che esclude ogni valutazione del giudice circa la sproporzione del licenziamento e quindi consente al licenziamento di avere comunque un effetto estintivo del rapporto pur in presenza di un inadempimento non notevole, con l’art. 2106 c.c. che stabilisce, invece, la proporzionalità della sanzione all’infrazione.

Viceversa non appare corretto il riferimento all’art. 1455 c.c. che non consente la risoluzione del contratto in presenza di un inadempimento di scarsa importanza avuto riguardo all’interesse dell’altra parte per affermare che in questo caso di fronte ad un inadempimento di scarsa importanza del lavoratore, l’eventuale licenziamento sarebbe illegittimo e dovrebbe essere sanzionato con la reintegrazione.

Come si vedrà, l’uso delle categorie civilistiche è corretto e sostenibile se non propone soluzioni interpretative in contrasto con gli obiettivi perseguiti dal legislatore che è quello di ridurre l’ambito della sanzione della reintegrazione.

<sup>146</sup> Proprio in questo senso, non a caso, una prima sentenza di legittimità definiva il fatto come “materiale”, con riferimento alla precedente disciplina dell’art. 18 St. lav.: cfr. Cass. 6 novembre 2014, n. 23669.

In conclusione, allo stato, il giudice deve applicare la sanzione della reintegrazione solo se il fatto contestato è insussistente e cioè, a mio avviso, solo se è direttamente provato che non sussiste alcun inadempimento<sup>147</sup>.

Se viceversa il fatto contestato è sussistente, e quindi sussiste un inadempimento, il giudice dovrà prima accertare se l'inadempimento è notevole e in tal caso, conseguentemente, dichiarare illegittimo il licenziamento irrogato dal datore di lavoro.

Se invece il giudice accerta che l'inadempimento non è notevole, dovrà dichiarare illegittimo il licenziamento irrogato dal datore di lavoro, e applicare soltanto ed esclusivamente la sanzione del risarcimento del danno nella misura stabilita dalla legge e cioè commisurata all'anzianità di servizio del lavoratore.

## 8.2. Il licenziamento per scarso rendimento.

Una fattispecie particolare di incerta collocazione è il licenziamento per scarso rendimento.

Si tratta di una tipologia di licenziamento non espressamente regolata dalla legge<sup>148</sup> di norma ricondotta al giustificato motivo soggettivo, in altri casi al giustificato motivo oggettivo e da una dottrina considerata come fattispecie anfibia<sup>149</sup>.

Secondo la ricostruzione più condivisibile, lo scarso rendimento integra un'ipotesi di licenziamento per giustificato motivo soggettivo<sup>150</sup>.

È bene precisare, però, che il lavoratore non si obbliga ad assicurare un rendimento minimo, ma a collaborare con la diligenza richiesta dall'art. 2104 c.c.

Spetta, poi, al datore di lavoro, attraverso l'esercizio del potere direttivo e disciplinare, conformare la diligente collaborazione affinché la prestazione si riveli utile e proficua per l'impresa.

Ciò in quanto il lavoratore è obbligato ad una obbligazione di mezzi, ad un *facere*, e non ad un risultato. Tra l'altro, la presunta inadeguatezza della prestazione, sotto il profilo del rendimento, può essere imputabile alla stessa organizzazione dell'impresa o comunque a fattori non dipendenti dal lavoratore.

Anche laddove nel contratto fossero pattuite clausole di rendimento minimo attraverso la fissazione di determinati obiettivi (es., numero di pezzi prodotti o numero di pratiche evase), il mancato raggiungimento di tali obiettivi non integra di per sé inadempimento del lavoratore: occorre comunque provare la negligenza, elemento imprescindibile del licenziamento per scarso rendimento, indipendentemente dal mancato raggiungimento di determinati obiettivi minimi.

<sup>147</sup> In termini analoghi, seppur con riferimento alla nuova formulazione dell'art. 18 Stat. lav. e non al d. lgs. n. 23 del 2015, cfr. Cassazione civile sez. lav. 13 ottobre 2015 n. 20540: "Quanto alla tutela reintegratoria, non è plausibile che il Legislatore, parlando di "insussistenza del fatto contestato", abbia voluto negarla nel caso di fatto sussistente ma privo del carattere di illiceità, ossia non suscettibile di alcuna sanzione".

<sup>148</sup> Esiste, invece, una regolamentazione legale nel settore pubblico: cfr. l'art. 55-*quater*, comma 2, d.lgs. n. 165 del 2001.

<sup>149</sup> Cfr. P. Ichino, *Sullo scarso rendimento come fattispecie anfibia, suscettibile di costituire al tempo stesso giustificato motivo oggettivo e soggettivo di licenziamento*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, II, p. 689.

<sup>150</sup> Cfr., *ex multis*, Cass. 16 luglio 2013, n. 17371; Cass. 12 giugno 2013, n. 14758.

Di tale prova è onerato il datore di lavoro, anche se per alcune sentenze la negligenza può essere provata attraverso la “enorme sproporzione” tra gli obiettivi fissati e quanto effettivamente realizzato dal lavoratore in confronto agli altri dipendenti<sup>151</sup>.

In un’ottica totalmente diversa, invece, si pone una sentenza della Cassazione<sup>152</sup>, che ha ricondotto lo scarso rendimento nell’ambito del licenziamento per giustificato motivo oggettivo.

Nel caso di specie lo scarso rendimento era ravvisato a fronte di numerose assenze per malattia “a macchia di leopardo” e con poco preavviso, tali da pregiudicare il normale funzionamento dell’organizzazione aziendale.

Ad avviso della sentenza tali assenze, pur incolpevoli e senza che risultasse superato il periodo di comporto, proprio in ragione del pregiudizio arrecato all’organizzazione aziendale giustificerebbero il licenziamento per giustificato motivo oggettivo (cfr. l’art. 3 della legge n. 604 del 1966).

Tale conclusione, tuttavia, non appare persuasiva ed è contraddetta da una recentissima sentenza del 9/07/2015 n. 14310 che continua a ricondurre questo tipo di licenziamento al giustificato motivo soggettivo.

Infatti nel caso preso in esame dalla sentenza non si è verificata la soppressione del posto che è pur sempre uno dei requisiti che integra la fattispecie del giustificato motivo oggettivo perché le assenze del lavoratore, sia pure con difficoltà, erano coperte da un sostituto.

Alla luce di queste considerazioni, si può concludere:

– lo scarso rendimento può integrare un’ipotesi di licenziamento per giustificato motivo soggettivo e non oggettivo;

– l’assenteismo tattico o “a macchia di leopardo” può giustificare il licenziamento prima della scadenza del periodo di comporto solo se si dimostra la colpevole violazione degli obblighi contrattuali da parte del lavoratore, quindi, per esempio, la falsità della malattia addotta a giustificazione dell’assenza. In questa ipotesi potrà allora parlarsi di scarso rendimento, coerentemente ricondotto nell’ambito del licenziamento disciplinare;

Se viceversa il datore di lavoro non riesce a provare la sussistenza del fatto materiale contestato e cioè lo scarso rendimento attraverso la prova della negligenza, il lavoratore ha diritto ad essere reintegrato.

## 9. Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo.

Per quel che concerne il licenziamento per giustificato motivo oggettivo di licenziamento, senza dubbio i requisiti di legittimità posti dalla legge restano:

---

<sup>151</sup> Cfr. Cass. 31 gennaio 2013, n. 2291, sul licenziamento di un dipendente i cui tempi di lavorazione delle pratiche erano pari a 35 minuti, a fronte dei 13-14 minuti degli altri addetti allo stesso servizio e che aveva evaso 1.283 pratiche a fronte delle 4.164 e delle 6.008 prodotte dagli altri due lavoratori; Cass. 22 febbraio 2006, n. 3876, sul licenziamento di una lavoratrice di una compagnia di assicurazione che aveva realizzato il 5% degli obiettivi prefissati negli ultimi anni, a fronte di produttività medie dei colleghi che oscillavano tra il 42% e il 161%.

<sup>152</sup> Cass. 4 settembre 2014, n. 18678, in *Guida lav.*, 2014, 36, p. 15.

a) la decisione imprenditoriale che determina la soppressione del posto, in sé e per sé considerata, nella sua effettiva sussistenza e non pretestuosità o arbitrarietà (per es. la decisione di chiudere un reparto, di acquisire un macchinario idoneo a sostituire il lavoro di una persona...);

b) il nesso di causalità tra la scelta imprenditoriale e il licenziamento di quel particolare lavoratore<sup>153</sup> (per es. la verifica, nel caso di un licenziamento intimato per la chiusura di un ufficio, che il lavoratore licenziato sia effettivamente impiegato in quell'ufficio, ecc.);

Ed è altresì noto che, nel valutare la legittimità di un licenziamento per giustificato motivo oggettivo, il giudice deve limitarsi ad un controllo di legittimità e non può entrare nel merito delle scelte organizzative imprenditoriali, che sono insindacabili (art. 41 Cost.).

L'art. 30, comma 1, legge n. 183 del 2010 (c.d. Collegato-lavoro) ha previsto in modo espresso quanto pleonastico che, in presenza di clausole generali, comprese quelle in tema di recesso, "il controllo giudiziale è limitato esclusivamente, in conformità ai principi generali dell'ordinamento, all'accertamento del presupposto di legittimità e non può essere esteso al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro".

In quest'ottica, l'art. 1, comma 43, legge n. 92 del 2012, aggiunge che l'eventuale sconfinamento, da parte del giudice, dei limiti al controllo giudiziale, costituisce "violazione di norme di diritto", legittimante, anche solo per tale motivo, il ricorso per cassazione (art. 360, comma 1, n. 3, c.p.c.), confermando che il giudice, in altri termini, deve limitarsi a verificare l'effettività, la veridicità e la non pretestuosità<sup>154</sup> della scelta imprenditoriale.

La giurisprudenza, però, pur formalmente escludendo il sindacato di merito sul licenziamento per giustificato motivo oggettivo, in qualche occasione travalica i confini del controllo di legittimità e finisce per effettuare, sia pure indirettamente, una verifica penetrante sulle scelte del datore di lavoro, arrivando a sindacare la congruità o l'effettiva economicità, l'adeguatezza o la necessità delle scelte organizzative del datore di lavoro.

Per esempio, alcune sentenze finiscono per sindacare le ragioni poste alla base del licenziamento quando negano che questo possa avvenire per una mera finalità di incremento dei profitti, ammettendolo, invece, per effettive esigenze di riduzione dei costi<sup>155</sup>.

### 9.1. Sull'obbligo di *repechage*.

Si discute che impatto possa avere la nuova disciplina del licenziamento illegittimo sull'obbligo di *repechage* in caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo.

Fino ad oggi, secondo un dato di derivazione giurisprudenziale, perché nella normativa non c'è traccia di questa indicazione, il datore di lavoro doveva assolvere al c.d. obbligo di *repêchage*. Il datore di lavoro, in altri termini, ha l'obbligo di fornire la prova dell'inevitabilità del licenziamento

<sup>153</sup> Principio costantemente ribadito nella giurisprudenza della Suprema Corte: *ex multis*, Cass. 16 marzo 2015, n. 5173.

<sup>154</sup> In tal senso, da ultimo Cass. 1 agosto 2013 n. 18416, in *Riv. it. dir. lav.*, 2014, p. 231.

<sup>155</sup> Cfr. Cass. 16 marzo 2015, n. 5173; Cass. 9 luglio 2012, n. 11465.

(licenziamento come *extrema ratio*)<sup>156</sup>, ossia di non poter adibire il lavoratore a mansioni diverse<sup>157</sup>, anche in altre sedi dell'azienda<sup>158</sup>.

Da un lato si potrebbe ritenere che quest'obbligo dell'imprenditore di derivazione giurisprudenziale sia venuto meno se si riconosce che il legislatore non tutela più l'interesse del lavoratore alla continuità e alla stabilità del rapporto.

Viceversa nel caso in cui la giurisprudenza riterrà che l'obbligo di *repechage* permane in capo all'imprenditore si può sostenere che tale obbligo dovrebbe essere riferito solo a quelle mansioni per le quali non vi sia alcun obbligo formativo da parte del datore di lavoro sia in casi di mobilità orizzontale sia in caso di adibizione a mansioni inferiori. Sicché l'obbligo di *repechage* avrebbe un campo di applicazione più ampio. Se poi si accetta quella giurisprudenza che onera il lavoratore di indicare i posti di lavoro vacanti, si deve riconoscere che in questo caso anche l'indicazione da parte del lavoratore avrà un raggio più esteso con la precisazione che la mancata indicazione da parte del lavoratore non fa venir meno l'obbligo di *repechage* da parte del datore di lavoro.

Nè vale sostenere in contrario che il disposto dell'art. 2103 comma 2 consente e non obbliga il datore di lavoro ad adibire il lavoratore a mansioni inferiori perché si tratta di due fattispecie non sempre coincidenti in quanto la modifica degli assetti aziendali non determina necessariamente la soppressione del posto di lavoro

L'obbligo di *repechage* serve ad evitare un licenziamento per soppressione del posto di lavoro mentre ai sensi dell'art. 2013 comma 2 la modifica degli assetti aziendali che incida sulla posizione del lavoratore può determinare la soppressione del posto e in questo caso il datore di lavoro deve adempiere all'obbligo di *repechage*, oppure può incidere sulla posizione del lavoratore<sup>159</sup> senza determinare la soppressione del posto di lavoro, e in questo caso il datore di lavoro può (non deve) adibire il lavoratore a mansioni riconducibili ad un livello di inquadramento inferiore a quello delle ultime effettivamente svolte.

Come si è già rilevato comunque il comma 6 dell'art. 2103 prende in considerazione l'ipotesi della soppressione del posto ma ovviamente subordina la permanenza in servizio del lavoratore ad un accordo individuale tra le parti datore di lavoro e singolo lavoratore.

## 9.2. Il licenziamento per eccessiva morbilità.

Il licenziamento per eccessiva morbilità è determinato dal superamento del c.d. "periodo di comportamento" in caso di assenze per malattia del lavoratore.

<sup>156</sup> Cass. 8 novembre 2013 n. 25197; Cass. 13 marzo 2013, n. 6333.

<sup>157</sup> Il problema dell'ampiezza dell'obbligo di *repechage* a mio avviso non può essere desunto dal nuovo testo dell'art. 2103 c.c. che consente l'adibizione a mansioni al livello di inquadramento inferiore a quello delle ultime effettivamente svolte a seguito di mutamenti organizzativi. In precedenza cfr. Cass. 11 marzo 2013, n. 5963. v. par. 9.4

<sup>158</sup> Addirittura anche all'estero secondo Cass. 15 luglio 2010, n. 16579, in *Or. giur. lav.*, 2011, I, p. 182. Secondo alcune sentenze, però, si deve esigere dallo stesso lavoratore che impugni il licenziamento una collaborazione nell'accertamento di un possibile *repechage*: cfr. Cass. 8 novembre 2013, n. 25197.

<sup>159</sup> In senso contrario Pisani, la nuova disciplina del mutamento di mansioni, Torino, 2015, pp. 149-151

Pur trattandosi di una particolare ipotesi di licenziamento, essa è astrattamente ricollegabile al giustificato motivo oggettivo, avendo ad oggetto una situazione del lavoratore, a lui non imputabile, che si ripercuote negativamente sull'attività e sull'organizzazione aziendale<sup>160</sup>.

Ne consegue che, per gli aspetti privi di espressa disciplina, trova applicazione la legge n. 604 del 1966 sui licenziamenti individuali, di cui in particolare deve ritenersi applicabile l'art. 2 sulla forma e la motivazione, oltre all'art. 5 in materia di onere della prova della fattispecie giustificatrice del licenziamento<sup>161</sup>.

Resta da chiarire quale sia il regime sanzionatorio del licenziamento per mancato superamento del periodo di comporta.

L'art. 18, comma 7, della legge n. 300 del 1970 prevede espressamente la nullità di tale licenziamento. Ed in effetti in caso di mancato superamento del periodo di comporta il licenziamento dovrebbe essere ritenuto nullo per violazione di una norma imperativa.

Tuttavia la medesima sanzione non è riprodotta dal d.lgs. n. 23 del 2013 per i lavoratori assunti dopo il 7 marzo 2015.

Se, dunque, la fattispecie conserva una propria autonomia sul piano sostanziale, in quanto regolata da una espressa previsione legislativa (art. 2110, comma 2, c.c. ), si tratta di stabilire sotto il profilo sanzionatorio se resta assorbita dal normale regime del licenziamento per giustificato motivo oggettivo caratterizzato da una mera tutela economica o se invece si ritiene che la violazione dell'art. 2110 c.c., costituisce pur sempre violazione di una norma imperativa e quindi il licenziamento dovrebbe considerarsi nullo anche in assenza di una espressa previsione in tale senso<sup>162</sup>.

Si può rispondere a questo interrogativo solo dopo avere affrontato il più generale tema dei rapporti tra regime generale della nullità ex art. 1418 c.c. e la disciplina dell'art. 3 del d.lgs. n. 81 che regola il regime sanzionatorio del licenziamento ingiustificato per motivo oggettivo e soggettivo.

### 9.3. Il regime sanzionatorio del licenziamento collettivo.

Il d.lgs. n. 23 del 2015 non interviene e non modifica nè le fattispecie di licenziamento collettivo nè le procedure previste dalla legge n. 223 del 1991 ma all'art. 10 modifica incisivamente il regime sanzionatorio in caso di licenziamenti collettivi illegittimi.

a) se il licenziamento è stato intimato senza la forma scritta, opera il regime della reintegrazione con diritto al risarcimento del danno in misura non inferiore a cinque mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto, analogamente a quanto previsto per i licenziamenti nulli di cui all'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 23 del 2015;

b) se il licenziamento è viziato da una violazione della procedura prevista all'art. 4 o se il licenziamento è intimato in violazione dei criteri di scelta dei lavoratori, opera la tutela esclusivamente risarcitoria secondo le medesime disposizioni previste qualora non ricorrano gli estremi del licenziamento per giustificato motivo oggettivo (art. 3, comma 1, d.lgs. n. 23 del 2015).

<sup>160</sup> In giurisprudenza, a titolo esemplificativo, v. Cass. 7 febbraio 2011, n. 2971, in *Not. giur. lav.*, 2011, p. 202.

<sup>161</sup> Cfr. Cass. 5 aprile 2013, n. 8440, in *Mass. giur. lav.*, Rep. 2013, I, pp. 55-56.

<sup>162</sup> Cfr. problematicamente M. Magnani, *Correzioni e persistenti aporie del regime sanzionatorio dei licenziamenti: il c.d. contratto a tutele crescenti*, in WP. C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", 2015, n. 256, p. 4. Un discorso in parte analogo potrebbe riguardare il licenziamento disciplinare intimato utilizzando i dati ottenuti dagli strumenti di controllo, in violazione dell'art. 4 Stat. lav..

In precedenza, invece, la violazione dei criteri di scelta era punita con la reintegrazione.

#### 10. Sul rapporto tra il regime generale della nullità ex artt. 1324 e 1418 c.c., e la tutela reale e obbligatoria in materia di licenziamento illegittimo stabilite dal d. lgs. n. 23/2015.

Come si è detto, l'art. 2 prende in considerazione accanto al licenziamento discriminatorio altri casi di nullità del licenziamento *espressamente* previsti dalla legge, mentre l'art. 3 dello stesso decreto ha stabilito la tutela indennitaria nei casi in cui risulta accertato che non ricorrono gli estremi del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, giustificato motivo soggettivo e giusta causa con l'eccezione prevista dal secondo comma della stessa disposizione, che invece prevede la reintegrazione in certe ipotesi di licenziamento privo di giustificato motivo soggettivo.

Orbene queste due norme pongono all'interprete un interrogativo sul regime sanzionatorio applicabile alle ipotesi di illegittimità del licenziamento derivanti da violazione di norme imperative o dal motivo illecito e determinante ma che non siano previsti dalla normativa lavoristica espressamente come ipotesi di nullità.

E quindi la prima domanda che bisogna porsi è quale sia l'ambito di applicazione dell'espressione adottata dal legislatore nell'art. 2 e cioè *"quali siano gli altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge"*.

Un'interpretazione letterale della norma porta ad individuare solo due ipotesi:

- 1) i licenziamenti intimati per causa di matrimonio ai sensi dell'art. 35, comma 2, d.lgs. n. 198 del 2006 (testo unico delle pari opportunità uomo donna);
- 2) i licenziamenti intimati durante la gravidanza e fino al compimento di un anno di vita del bambino, ed altre ipotesi connesse alla tutela della c.d. genitorialità<sup>163</sup> (in base all'art. 54, comma 5, d.lgs. n. 151 del 2001).

L'interpretazione letterale di questa formulazione legislativa escluderebbe dalla nullità tutte le ipotesi prese in considerazione dall'art. 18 commi 1 e 7 della legge Fornero e tra queste, in particolare quella del licenziamento determinato da un motivo illecito "determinante".

La fattispecie evocava in modo netto l'art. 1345 c.c. e con esso il licenziamento determinato da un motivo di ritorsione o di rappresaglia rispetto ad un comportamento legittimo del dipendente, da tempo assimilato dal diritto vivente, almeno negli effetti, al licenziamento discriminatorio<sup>164</sup>.

La nuova disciplina, invece, non menziona più l'art. 1345 c.c.

Pertanto, a rigore, la nullità del licenziamento determinato da un motivo illecito determinante non risulta più "espressamente" prevista<sup>165</sup>, come pure non risulta espressamente prevista la nullità del licenziamento in violazione di norme imperative come per esempio la violazione dell'art. 2110 comma 2 c.c.

<sup>163</sup> Si tratta delle ipotesi dell'art. 54, commi 1, 6, 7 e 9: licenziamenti intimati in conseguenza della domanda o della fruizione del congedo parentale o per malattia del bambino, licenziamenti intimati al padre del bambino durante il periodo di astensione obbligatoria e fino al compimento di un anno di vita del bambino, nel caso di morte o grave infermità della madre, di abbandono o di affidamento esclusivo al padre.

<sup>164</sup> Cfr. *ex plurimis* v. Cass. 8 agosto 2011, n. 17087; Cass. 18 marzo 2011, n. 6282.

<sup>165</sup> Cfr. sul punto, M. Marazza, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, 311 ss., che propende per considerare comunque espressamente prevista dalla legge la nullità del licenziamento per motivo illecito.

L'interpretazione letterale di questa formulazione legislativa indubbiamente esclude dalla dall'applicazione della nullità queste, come anche altre gravi ipotesi di recesso, se è vero che esistono previsioni di divieto non espressamente poste a pena di nullità eppure desumibili dal testo della legge (si pensi al divieto di licenziare un lavoratore in caso di trasferimento d'azienda o il licenziamento irrogato prima del superamento del periodo di comporto ossia per violazione dell'art. 2110 comma 2 c.c.).

Ma prima di arrivare a questa conclusione bisogna avere riguardo all'art. 1324 c.c. secondo cui si applicano agli atti unilaterali tra vivi aventi contenuto patrimoniale le norme che regolano i contratti in materia di nullità in quanto compatibili, salve diverse disposizioni di legge.

Anche questa norma riferibile certamente al licenziamento contiene una riserva a favore di una normativa apposita, e cioè, nel caso di specie, del Jobs Act che, come si è detto, applica al licenziamento illegittimo per giustificato motivo oggettivo, e soggettivo in alcuni casi, soltanto la sanzione indennitaria e cioè considera il licenziamento valido ma illecito.

D'altra parte anche l'art. 1418 comma 1 sancisce la nullità del contratto quando è contrario a norme imperative *salvo che la legge disponga diversamente*.

Quindi anche in caso di violazione di norme imperative la sanzione della nullità non può essere applicata quando una normativa espressamente prevede un regime sanzionatorio diverso, in questo caso costituito dall'art. 3 comma 1 del d.lgs. n. 81.

Ma questa disposizione, come è noto, richiama espressamente il licenziamento per giustificato motivo oggettivo, soggettivo o per giusta causa.

E perciò il giudice dovrà in primo luogo accertare se il licenziamento sottoposto al suo esame integri gli estremi del giustificato motivo oggettivo o soggettivo o per giusta causa.

E così ad esempio il licenziamento per mancato superamento del periodo di comporto e il licenziamento del lavoratore in caso di trasferimento di azienda integrano gli estremi del giustificato motivo soggettivo o oggettivo?

In questi casi, a mio avviso, sia pure con qualche dubbio, si può rispondere affermativamente<sup>166</sup>.

Si deve aggiungere a questo punto che l'art. 1418 al comma 2 cc. stabilisce che producono nullità del contratto, tra le altre cause, l'illiceità dei motivi nel caso indicato dall'art. 1345 c.c.

Quest'ultima disposizione sembra avere una portata fortemente inderogabile perchè non fa salva una diversa disposizione di legge ma soprattutto il licenziamento per ritorsione o rappresaglia, e cioè per motivo illecito, non appare riconducibile nè al giustificato motivo soggettivo nè a quello oggettivo ma provoca la lesione della dignità del lavoratore analogamente a quello discriminatorio.

E quindi nel silenzio del Jobs Act, il licenziamento per ritorsione, non essendo riconducibile nè al giustificato motivo oggettivo nè a quello soggettivo, deve essere considerato nullo ai sensi degli artt. 1324 e 1418 comma 2 c.c. al pari del licenziamento discriminatorio.

---

<sup>166</sup> Infatti l'art. 2112 comma 4 pur affermando che il trasferimento di azienda non costituisce di per se motivo di licenziamento fa salva la facoltà di esercitare il recesso ai sensi della normativa in materia di licenziamento con la conseguenza che il licenziamento disposto in occasione del licenziamento potrà essere considerato illegittimo ma sanzionato con il risarcimento e non più con la reintegrazione.

Vale la pena anche precisare che in questo caso non si tratta di usare la nullità per aggirare le norme di legge e per perseguire obbiettivi non voluti dal legislatore ma soltanto si propone un'interpretazione delle norme che non stravolga la corretta e conseguente applicazione del regime generale delle nullità previsto dall'art. 1418 c.c. in assenza di una espressa tutela risarcitoria prevista dalla legge.

### 11. La funzione delle categorie civilistiche nel diritto del lavoro.

Queste considerazioni inducono a formulare un interrogativo importante, e cioè quale debba essere la funzione nella nostra materia delle categorie civilistiche.

Proprio con riferimento ai poteri datoriali, infatti, potrebbe essere forte la tentazione di ricorrere a tali categorie per recuperare garanzie che la legge ha voluto attenuare, ma una tale operazione potrebbe portare ad interpretazioni in contrasto con la normativa vigente.

D'altra parte, rinunciare del tutto all'uso delle categorie civilistiche in ragione di una asserita autonomia e autosufficienza della nostra disciplina rischia di suffragare interpretazioni del tutto avulse dal sistema giuridico nel quale le stesse si inseriscono.

È fortemente dubbio che possano essere utilizzate in funzione di recupero di determinate garanzie a favore del lavoratore la correttezza e la buona fede. Infatti, queste a mio avviso, come norme di condotta, non possono essere utilizzate per apporre limiti di validità agli atti compiuti nell'esercizio dei poteri dell'imprenditore, limiti che non siano previsti dal legislatore o dal contratto collettivo<sup>167</sup>, diversamente da quanto si verificava nel regime precedente. Sotto quel regime l'illegittimo esercizio del potere del datore di lavoro determinava, di norma, l'invalidità dell'atto mentre con il nuovo regime, di norma, l'illegittimo esercizio del potere è punito con una sanzione risarcitoria.

Anche i riferimenti all'illiceità e all'invalidità di determinati atti di esercizio dei poteri datoriali devono essere opportunamente precisati: l'illiceità dell'atto non determina necessariamente l'invalidità dello stesso.

Così il licenziamento privo di giustificato motivo oggettivo ai sensi dell'art. 3 del d. lgs. n. 23 del 2015 è illecito ma valido, perché estingue il rapporto dando luogo alla sola indennità risarcitoria commisurata all'anzianità di servizio, mentre lo stesso licenziamento privo di giustificato motivo e giusta causa ai sensi dell'art. 18 è invalido.

Anche il licenziamento discriminatorio è invalido, perché non idoneo ad estinguere il rapporto.

<sup>167</sup> Sul tema in generale Cfr. A. Di Majo, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in *Riv.crit.dir.priv.*, 1984, p. 539 ss., ivi 553; U. Natoli, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1974, p. 27; L. Mengoni, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv.crit.dir.priv.*, 1986, p. 5 ss., ivi 13 e 17. V. anche P. Rescigno, *Appunti sulle clausole generali*, in *Riv. dir. comm.*, 1998, p. 1 ss. In senso contrario si esprime S. Rodotà, *Le fonti di integrazione del contratto*, ristampa integrata, Milano, 2004, p. 178.

Tra i giuslavoristi si legga L. Montuschi, *L'applicazione giurisprudenziale del principio di correttezza e di buona fede nel rapporto di lavoro*, in *Lav dir.*, 1996, p. 143; A. Perulli, *La buona fede nel diritto del lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 2002, p. 3 ss.; 2001; M. Persiani, *Considerazioni sul controllo di buona fede dei poteri del datore di lavoro*, in *Dir. lav.*, 1995, p. 135 ss., p. 142-143 e, da ultimo, le relazioni alle giornate di studio AIDLASS (29-30 maggio 2014) di G. Loy, *Diritto del lavoro e nozioni a contenuto variabile*; P. Campanella, *Clausole generali e obblighi del prestatore di lavoro*; S. Bellomo, *Autonomia collettiva e clausole generali*, tutte in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2015, p. 3 e ss.

A volte le due categorie sono concorrenti o alternative nell'ambito della stessa disposizione: si pensi al nuovo testo dell'art. 2103 c.c.: l'adibizione a mansioni diverse in mancanza di adempimento dell'obbligo formativo, laddove necessario, è illecita ma valida.

Il demansionamento al di fuori delle ipotesi previste dalla legge, invece, ricade nella nullità di ogni patto contrario, e conseguentemente è invalido: e si tratta di una sanzione forte come la nullità, in luogo dell'annullabilità che è il regime generale applicato dall'art. 2113 agli atti di disposizione del prestatore di lavoro in violazione di norme inderogabili di legge e di contratto collettivo.

In linea generale si potrebbe affermare che la concorrenza tra le due categorie si verifica tutte le volte in cui l'illegittimo esercizio del potere si traduce nella nullità dell'atto con conseguente tutela reale (altro discorso è, ovviamente, la possibilità di esecuzione in forma specifica); l'alternatività tra illecità e invalidità si ravvisa, invece, laddove l'illegittimo esercizio del potere datoriale determina soltanto una tutela risarcitoria.

Una delle categorie civilistiche maggiormente interessata dalle nuove disposizioni è proprio la nullità, a volte espressamente menzionata dal legislatore (nuovo testo dell'art. 2103, comma 9; art. 2 del d. lgs. n. 23 del 2015; altre volte, invece, non presa in considerazione ma astrattamente ricavabile in base alla disciplina generale del Codice civile).

Come già evidenziato, queste ultime ipotesi appaiono di grande rilevanza proprio con riferimento alla disciplina del licenziamento quando l'atto di recesso, pur adottato in violazione di norme imperative, non rientra tra i casi di nullità espressamente previsti dalla legge ai fini della tutela reale.

Ma proprio quest'ultimo esempio aiuta a formulare una ragionevole risposta all'interrogativo prima sollevato in ordine alla funzione delle categorie civilistiche nel diritto del lavoro.

Esse hanno una funzione strumentale e cioè servono a colmare le lacune del sistema e a spiegare fatti e valori dell'esperienza concreta ma non possono sovrapporsi ad essa ed ingabbiare o ingessare la materia sempre mutevole oggetto della nostra disciplina e quindi a proporre soluzioni interpretative in contrasto con la normativa lavoristica che è pur sempre speciale.

È vero invece, come ha affermato Mengoni, che nella nostra disciplina, e aggiungo io, nel diritto sindacale in particolare, gli snodi e le infrastrutture sono del diritto civile.

Non si può negare che il diritto del lavoro repubblicano nelle sue componenti essenziali e cioè del rapporto di lavoro e del diritto sindacale si fonda rispettivamente sulla categoria del contratto individuale di lavoro subordinato e del contratto collettivo<sup>168</sup>.

È vero che nella disciplina del rapporto individuale di lavoro uno spazio solo residuale era riservato al contratto individuale che assolveva soltanto al compito di costituire il rapporto di lavoro e di determinare trattamenti più favorevoli a cagione della inderogabilità delle norme legali e collettive che regolano il rapporto di lavoro. Inderogabilità ora notevolmente ridimensionata dal Jobs act, che per contro ha ampliato lo spazio di operatività del contratto individuale anche in funzione normativa.

---

<sup>168</sup> Sul tema dei rapporti tra categorie civilistiche e diritto del lavoro cfr. in generale G. Santoro-Passarelli (a cura di), *Diritto del lavoro e categorie civilistiche*, Torino 1992, con ulteriori riferimenti. In quel convegno ci fu anche un confronto piuttosto serrato sul metodo tra i sostenitori del metodo giuridico sistematico e i sostenitori del metodo cd sociologico.

Ma il collegamento tra diritto civile, id est contatto individuale, e diritto del lavoro, id est rapporto di lavoro, è proprio costituito dalla subordinazione che costituisce la fattispecie tipica adeguata dal Jobs alle moderne esigenze dell'organizzazione delle attività economiche.

Quanto alla matrice civilistica del diritto sindacale mi corre l'obbligo di ricordare un famoso convegno quello di Taormina del 1954 dove si fronteggiarono due tesi sull'art. 39 cost. una di stampo pubblicistico di Mortati e l'altra di impronta privatistica di Santoro-Passarelli.

In quel caso prevalse la ricostruzione privatistica, a mio avviso non per ragioni di natura teorica e scientifica, ma perché la qualificazione del sindacato come associazione privata e il contratto collettivo come contratto di diritto comune soddisfacevano in modo immediato le esigenze e le aspettative del sindacato, in assenza e nell'attesa di una legge sindacale che tardava ad intervenire.

Certamente se fosse intervenuta la legge sindacale, la partita si sarebbe svolta in modo diverso. Ma la storia non si fa con i se, e nell'attesa della legge sindacale la privatizzazione del diritto sindacale apparve la soluzione più efficiente alla risoluzione dei problemi concreti e immediati dei sindacati, notoriamente contrari all'intervento legislativo in materia sindacale e in particolare la Cisl all'attuazione dell'art. 39 comma 4 cost.

Tuttavia e, doverosamente, si deve aggiungere che la necessità di approntare un minimo di disciplina giuridica ai sindacati e al contratto collettivo non ha impedito di mettere in luce i limiti che pure presentava la ricostruzione privatistica: e cioè la difficoltà di fondare normativamente l'inderogabilità del contratto collettivo una volta che fosse considerato atto di autonomia privata sia pure collettiva e non atto normativo.

Come pure l'efficacia soggettiva del contratto collettivo necessariamente limitata e non erga omnes ha sempre costituito un limite e un problema teorico, risolto in parte dall'effettività dell'attività sindacale come portato della teoria dell'ordinamento intersindacale<sup>169</sup>.

Bisogna anche aggiungere che i limiti delle categorie del contratto collettivo di diritto comune sono stati superati nei fatti dalla giurisprudenza che continuò ad individuare nell'art. 2077 c.c. la base normativa dell'inderogabilità del contratto collettivo da parte del contratto individuale, mentre l'efficacia generalizzata, e, si noti, non generale del contratto collettivo è stato una conseguenza dell'unità di azione dei sindacati e anche della crescita economica.

Certo fin quando la contrattazione è acquisitiva non ci sono problemi di dissenso. I problemi diventano rilevanti quando la contrattazione è in parte ablativa, nel senso che introduce deroghe peggiorative alla disciplina preesistente o di rango superiore, perché non è facile governare il dissenso con un atto di autonomia privata.

Il venir meno dell'unità sindacale ha mostrato in modo ancora più evidente la limitata operatività del contratto collettivo di diritto comune quando nello stesso settore ci sono stati più contratti collettivi nazionali. Eppure il mondo è andato avanti.

E come si è visto lo stesso rapporto tra legge e contratto collettivo è cambiato perché l'inderogabilità della norma di legge è ormai messa in discussione dalla stessa legge che consente al contratto collettivo e ormai anche al contratto individuale di derogare ad essa.

---

<sup>169</sup> Giugni, Introduzione allo studio dell'autonomia collettiva, Milano 1960.

Il clamore che aveva suscitato l'art. 8 del d.lg 138 del 2011 che pure affidava soltanto al contratto aziendale il potere di derogare direttamente norme di legge ormai si può considerare superato dal Jobs act che consente non soltanto al contratto collettivo ma anche a quello individuale di derogare norme di legge.

E infine il diritto di sciopero: come è noto ha prevalso la tesi della titolarità individuale del diritto di sciopero, sostenuta da autorevoli civilisti, o come diritto potestativo<sup>170</sup> o assoluto della persona<sup>171</sup>, perché era l'unico modo per esercitarlo subito all'indomani della promulgazione della Costituzione.

Non è prevalsa la tesi della titolarità collettiva dello sciopero<sup>172</sup> che sicuramente era più persuasiva, perché avrebbe avuto, come anche oggi ha bisogno, dell'intervento del legislatore ordinario.

Eppure anche in questo caso la realtà sta diventando sempre più pressante soprattutto in tema di sciopero nei servizi pubblici essenziali e sta riprendendo vigore la tesi della titolarità collettiva e cioè del fatto che lo sciopero si attua solo se la maggioranza dei lavoratori è favorevole. Ma anche in questo caso dovrà intervenire il legislatore.

## 12. Conclusioni: Metodo e obiettivi del Jobs Act.

Arrivati a questo punto della trattazione è possibile inserire le nuove normative come tessere in un mosaico che, pur presentando ancora dei vuoti, disegna il nuovo volto del diritto del lavoro, molto diverso e forse opposto a quello degli anni 70 in cui la nostra generazione si è formata, ma diverso anche dal diritto del lavoro disegnato dalla cd. riforma Fornero di appena tre anni fa.

Si percepisce chiaramente l'intento dell'attuale legislatore del lavoro di proporre una riforma più in sintonia con quella degli altri Paesi Europei anche se siamo ancora lontani da una disciplina uniforme europea del rapporto e del mercato del lavoro.

In secondo luogo si avverte rispetto alla legge Fornero l'assoluta assenza dell'intervento delle parti sociali e anzi la contrarietà dei sindacati dei lavoratori rispetto ai nuovi provvedimenti legislativi perché è vero che il livello di tutele nel rapporto di lavoro si è attenuato.

Quindi diversità di metodo nella predisposizione del nuovo apparato normativo lontano anni luce dai tempi della concertazione

E si noti che l'assenza sindacale si registra anche nella disciplina di materie naturalmente sindacali. Il noto testo unico promulgato in forma solenne all'inizio del 2014 in materia di rappresentatività ed efficacia del contratto collettivo non ha avuto alcuna attuazione.

Le cause di questa incapacità del sindacato di incidere su queste materie come su quelle del rapporto e del mercato di lavoro sono molteplici.

La prima ragione dell'arretramento dell'intervento sindacale dipende dalla sostanziale crisi di rappresentatività dei sindacati, se si considera che solo il 13% degli occupati è sindacalizzato.

---

<sup>170</sup> F. Santoro-Passarelli, Autonomia collettiva, giurisdizione diritto di sciopero, in Saggi di diritto civile, I, Napoli, 1961, p. 177

<sup>171</sup> Mengoni, Lo sciopero nel diritto civile in AAVV, Il diritto di sciopero, Milano, 1964, p.40

<sup>172</sup> In questo senso già Calamandrei, Significato costituzionale dello sciopero, Riv. giur. lav., 1952, I, 221

La seconda ragione è il timore non espresso ma palese di alcuni sindacati di contarsi effettivamente. Timore che poi impedisce di misurare la rappresentatività sindacale, che invece è considerata l'architrate non solo per l'esercizio dei diritti sindacali ma anche ai fini della conclusione del contratto collettivo.

La terza ragione è che il legislatore ha fessibilizzato direttamente la disciplina del rapporto di lavoro e sta tentando di rendere più efficiente la funzione del mercato del lavoro, finora assai inadeguato, allo scopo di favorire il reperimento di nuova occupazione<sup>173</sup>.

È vero che la legge lascia ampi spazi alla contrattazione collettiva ad esempio in materia inquadramento di mansioni. Opportunamente la legge ha affidato al contratto collettivo il compito di stabilire il valore delle mansioni nello stesso livello di inquadramento e non al giudizio di equivalenza inevitabilmente discrezionale e soggettivo del giudice. In altre ipotesi la legge ha delegato il contratto collettivo a introdurre trattamenti in parte peggiorativi e ha valorizzato la contrattazione aziendale perché questo contratto appare più adeguato a risolvere direttamente assetti e crisi aziendali senza essere obbligato a osservare modalità e procedure dettate dal contratto nazionale.

Questa nuova impostazione dei rapporti tra legge e contratto collettivo ha prodotto sicuramente l'effetto di ridimensionare una delle caratteristiche essenziali del diritto del lavoro tradizionale e cioè l'inderogabilità delle norme di legge e di contratto collettivo, in certi casi riconoscendo una funzione normativa anche al contratto individuale come nel caso del nuovo testo dell'art. 2103 comma 6 c.c.

Il secondo effetto del nuovo rapporto tra legge e contratto collettivo sarà a mio avviso costituito dal superamento del doppio livello di contrattazione a favore di quello aziendale per le ragioni appena esposte.

L'impressione complessiva è che stiamo assistendo ad un forte ridimensionamento del potere sindacale ed ad un contestuale rafforzamento del potere dell'esecutivo e del potere legislativo in materia sindacale.

Una spia di questo mutato rapporto tra potere politico e potere sindacale e quindi della legge rispetto al contratto collettivo sarà costituito dal destino che avranno i vari disegni di legge sulla rappresentanza sindacale a seguito della sostanziale inattuazione del testo unico del 2014<sup>174</sup>. Come è noto in Italia non è stato possibile varare una legge sindacale per la contrarietà dei sindacati confederali. Ora si vedrà se il legislatore con il mutato clima politico riuscirà a realizzare una legge sulla rappresentanza sindacale della quale si parlava già nel 1960<sup>175</sup>.

<sup>173</sup> A proposito della disoccupazione giovanile Ichino fa presente nell'editoriale del 10 gennaio 2016 i difetti dei servizi di orientamento scolastico e professionale.

<sup>174</sup> Sulla genesi del testo unico e sui suoi contenuti cfr. F. Carinci *Il lungo cammino per Santiago della rappresentatività sindacale: (dal Tit.III dello Statuto dei lavoratori al Testo Unico sulla Rappresentanza 10 gennaio 2014*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, 205/2014 e in *Dir. rel. ind.*, 2014, p. 309 e ss.

<sup>175</sup> Sul problema generale Cfr. G. Santoro-Passarelli (a cura di), *Rappresentanza sindacale e contratto collettivo*, Napoli, 2010 ma già in precedenza Id., *Rappresentanza e rappresentatività sindacale: istituzionalizzazione della rappresentatività sindacale?*, in *Giorn. dir. rel. ind.*, 1989, p. 329 e ss. ed ora in Id. *realtà e forma nel diritto del lavoro*, Torino, 2006, I, p. 47 e ss.. Si veda inoltre M. Rusciano M., *Lettura e rilettura dell'art. 39 Costituzione*, in *Dir. lav. merc. LM*, 2013, 2, 263; E. Ghera, *L'articolo 39 della Costituzione e il contratto*

E a questo proposito non va sottaciuta la recentissima proposta sindacale unitaria la quale, per scongiurare l'intervento del Governo sul salario minimo garantito, tra le altre indicazioni, ha come oggetto l'attuazione dell'art. 39 comma 4 cost. per attribuire efficacia generale ai contratti collettivi. È ovvio che l'attuazione dell'art. 39 cost., considerata dai sindacati fino ad ora un tabù, cambierebbe gli scenari del diritto sindacale in modo radicale perché il contratto collettivo acquistando efficacia generale<sup>176</sup> in senso tecnico diventerebbe una fonte del diritto a tutti gli effetti e cioè un atto normativo e non più negoziale.

La seconda domanda che bisogna porsi è perché il legislatore italiano ha ritenuto di ridefinire la disciplina del rapporto di lavoro subordinato del lavoro, delle collaborazioni, dei poteri del datore di lavoro, del mercato del lavoro e ha annunciato anche la riforma del lavoro autonomo?

La risposta sta nella convinzione radicata che le nuove normative debbono ridurre l'elevato tasso di disoccupazione che raggiunge livelli impressionanti nel mezzogiorno d'Italia in particolare per quanto riguarda la disoccupazione giovanile.

Ovviamente il Governo, come tutti, è ben consapevole che non basta una legge sul rapporto e sul mercato di lavoro per aumentare i livelli di occupazione ma è necessaria, come si dice oggi, la crescita e lo sviluppo.

La funzione del Jobs Act è quindi quella di rendere più attrattiva per le imprese la disciplina del rapporto di lavoro.

E per realizzare questo obiettivo ha tentato di ridurre la discrezionalità del giudice per consentire all'impresa di quantificare con certezza i costi di una determinata operazione e per rafforzare la certezza del diritto nella gestione dei rapporti di lavoro, messa a dura prova quando questioni identiche sono risolte in modo diverso, se non diametralmente opposto, dalla diversa sensibilità dei singoli giudici.

In realtà la discrezionalità del giudice è stata eliminata con riferimento all'indennità corrisposta in caso di licenziamento illegittimo e anche con il superamento della valutazione da parte del giudice dell'equivalenza delle mansioni ormai sostituita dal riferimento del contratto collettivo alla categoria e al livello di inquadramento.

Per contro non sembra eliminata la discrezionalità del giudice quando debba valutare l'esigenza organizzativa che giustifica l'adibizione del lavoratore al livello di inquadramento inferiore e neppure quando si tratti di stabilire quali siano i criteri per individuare i rapporti di collaborazione soggetti alla disciplina del lavoro subordinato. E forte ancora tra gli interpreti la discussione sulla natura dei rapporti di collaborazione organizzati dal committente e cioè se sono autonomi o subordinati.

In secondo luogo il Jobs Act persegue un duplice obiettivo di favorire nuove assunzioni e di dirottare nel rapporto a tutele crescenti la gran parte dei rapporti di lavoro cd. precari (contratto a termine, somministrazione, apprendistato).

E per conseguire questo risultato, da un lato si preoccupa di allargare le maglie della subordinazione per collocare sotto il suo manto il maggior numero possibile di lavoratori con l'obiettivo di

---

collettivo, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", 202/2014; B. Caruso, *Per un intervento eteronomo sulla rappresentanza sindacale: se non ora quando!*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona", 206/2014.

<sup>176</sup> V. in questo senso già Crisafulli, *Fonti del diritto*, in Enc dir. vol. XVII, Milano, 1968, pp.925 -966

ridurre il numero dei cd. outsiders ai quali si applicavano anche ieri poche tutele o alcuna tutela, e dall'altro annuncia una disciplina del lavoro autonomo.

In terzo luogo attenua le tutele esistenti del rapporto di lavoro attraverso la drastica riduzione dell'inderogabilità dell'art. 2103 c.c. in materia di mutamento di mansioni, dell'art. 4 dello Statuto in materia di controlli, e infine in materia di licenziamento riduce sensibilmente l'ambito di applicazione della reintegrazione.

In altre parole nell'ambito dell'impresa si rafforzano i poteri dell'imprenditore e tra l'interesse di quest'ultimo alla temporaneità dei vincoli contrattuali e quello del lavoratore alla continuità e alla stabilità del posto di lavoro viene privilegiato il primo.

E tuttavia bisogna precisare che questa non è una scelta di valori o una scelta di campo: in questo contesto si ritiene di privilegiare le ragioni dell'impresa per favorire una maggiore occupazione come dimostra quella parte del Jobs act che disciplina il mercato del lavoro attraverso la valorizzazione della formazione e della riqualificazione delle persone che sono in cerca di prima o di nuova occupazione.

L'obbiettivo è sicuramente ambizioso perché il nuovo legislatore tende al superamento della tradizionale contrapposizione tra valori come l'uguaglianza sostanziale e la solidarietà con i valori come l'efficienza, la competitività e il merito.

È vero che il riconoscimento di questi ultimi valori concorre per esempio al tramonto del mito del posto fisso per tutta la durata della vita lavorativa con i suoi privilegi ed inefficienze ma non bisogna dimenticare che la continuità del rapporto di lavoro è un supporto rilevante per garantire al lavoratore la dignità e la possibilità di programmare il suo futuro.

Si vedrà nei prossimi anni se le nuove normative avranno favorito effettivamente una maggiore occupazione.

Nell'attesa di queste verifiche bisogna ribadire però un punto fermo: se è vero che il diritto del lavoro moderno non può disconoscere le ragioni dell'impresa e deve essere proiettato a favorire la maggiore occupazione, è altrettanto vero che anche il nuovo legislatore non può non tenere conto che nel contratto di lavoro è coinvolta la persona del lavoratore e quindi deve essere garantita la sua dignità.

Questo valore, consacrato anche dalla nostra Costituzione, ha giustificato in definitiva il superamento dello schema della locazione dove le energie lavorative erano prese in considerazione come bene staccato dalla persona del lavoratore.

Già da tempo la dottrina ha avvertito che il tratto distintivo del contratto di lavoro rispetto agli altri contratti consiste nel fatto che questo contratto riguarda l'aver per l'imprenditore e l'essere per il lavoratore ecc.<sup>177</sup>.

---

<sup>177</sup> F. Santoro-Passarelli, *Spirito del diritto del lavoro*, in *Annali del Seminario giuridico dell'Università di Catania*, 1947-48, p.3, e ora in *Saggi di diritto civile*, Napoli, 1959, p. 1071.

## Volontariato e diritti dei lavoratori dopo il Jobs Act\*

Lorenzo Zoppoli

1. Espansione e ambiguità del “volontariato”.	58
2. Possibili effetti del Jobs Act sul “falso volontariato”.	59
3. Ostacoli al riassorbimento nel lavoro subordinato regolare.	60
4. La ridefinizione dello “status” dei volontari nella legge sul terzo settore e nella Carta dei diritti della Cgil.	61
5. Qualche idea nuova.	62

---

\* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 289/2016

## 1. Espansione e ambiguità del “volontariato”.

Il volontariato è un fenomeno ampio e in crescita (tanto che si parla di “volontariati”). Importante e noto all’ordinamento del lavoro, ma sdruciolevole, oggi più di ieri<sup>178</sup>. Può essere utile partire da un dato quantitativo ricavabile già da un Rapporto dell’Osservatorio nazionale sul volontariato di qualche anno addietro (2005): se assumiamo la definizione della legge quadro sul volontariato (l. 266/1991), in Italia abbiamo 4 milioni circa di volontari. Per quella legge (art. 2) “è attività di volontariato quella prestata in modo personale, spontaneo e gratuito tramite l’organizzazione di cui il volontario fa parte, senza fini di lucro anche indiretto ed esclusivamente per fini di solidarietà”.

Dunque un mare di lavoro gratuito nel quale dovrebbe prevalere la dimensione del dono, caratterizzata dal c.d. *animus donandi*, da parte del prestatore di lavoro. Ma è proprio così? O, anche utilizzando le tante sfaccettature della nozione (anche giuridica) di dono, dobbiamo chiederci quali aspettative di fatto o giuridiche (se non veri e propri diritti) si celano, o si inabissano, dietro i milioni di volontari che popolano il variegato panorama del belpaese?

Qui, oltre al citato rapporto dell’Osservatorio nazionale, può essere utile guardare la fotografia del volontariato che emerge dal Censimento Istat 2001/2011, nel quale mi pare però che la nozione di volontariato utilizzata sia più ampia di quella desumibile dalla l. 266/91. In ogni caso ne deriva che impegnati in attività di volontariato risultano 4,14 milioni di cittadini (una conferma dei dati del 2005), in prevalenza (16% circa) compresi tra i 55-64 anni, occupati (15% circa) e componenti di famiglie agiate (23%). Un 13% sono poi studenti. Indubbiamente guardando questi dati l’area del vero e proprio volontariato si conferma vasta; però se ne ricava anche che molti volontari sono al contempo privi di un’occupazione vera e propria e forse la cercano o dallo stesso volontariato traggono fonti di (generalmente scarso, tranne fenomeni gravemente patologici) reddito.

D’altronde il suddetto rapporto dell’Osservatorio nazionale ci dice ancora che le organizzazioni di volontariato nel 2003 impegnavano sì ben 826.000 volontari (+71,4% rispetto al 1995), ma anche 12.000 dipendenti, cresciuti in misura persino maggiore rispetto ai volontari (+77%, sempre rispetto al 1995). Dunque già nelle organizzazioni di volontariato c’è un confine mobile tra lavoro gratuito e lavoro retribuito. Senza dire poi che gli altri circa 3 milioni di volontari operano in situazioni dove probabilmente i confini sono ancora più sfumati. Non può allora sfuggire il significato del “campanello d’allarme” che si legge nel rapporto dell’Osservatorio nazionale già nel 2005 (p. 32), rilevando l’attenuazione del principio di gratuità che si manifesta attraverso il ricorso ai rimborsi forfettari per “fidelizzare” i volontari ma anche attraverso “fenomeni degenerativi circa il concetto di gratuità”.

Pur nel più pieno rispetto dell’ampio e apprezzabile impegno dei milioni di volontari “autentici”, se il principio di gratuità “si attenua”, non c’è dubbio che in questo scenario si possono formulare almeno tre quesiti sul modo in cui il lavoro dei volontari incrocia problematicamente i diritti dei lavoratori: a) quanto è vasta l’area dell’uso distorto del lavoro volontario che maschera altre tipologie di uso del lavoro (e cosa si fa e c’è da fare per “stanare” il falso volontariato)? b) se e fino a che punto è necessario riconoscere anche ai volontari tutti o alcuni dei diritti dei lavoratori (e

<sup>178</sup> V. da ultimo, anche per esaurienti indicazioni bibliografiche, L. Menghini, *Volontariato e gratuità del lavoro*, in *Enc.dir. Annali*, 2013, vol. VI.

nel caso, con quali filtri selettivi tra i diritti)? c) viste le dimensioni assunte, il volontariato può in sé costituire un'alternativa di cittadinanza attiva equivalente al lavoro subordinato senza tener conto delle difficoltà pratiche che possono in concreto vivere i volontari privi di un reddito adeguato?

Su tutte e tre queste problematiche incide in qualche misura il c.d. Jobs Act (cioè la legge delega 184/14 e gli otto decreti legislativi attuativi adottati tra il marzo e il settembre 2015). Vediamo un po' meglio come.

## 2. Possibili effetti del Jobs Act sul "falso volontariato".

È opportuno premettere che il c.d. Jobs Act ricomprende ormai un'area di nuove regole piuttosto ampia, che va dalla tipologia dei contratti di lavoro flessibile, alla disciplina dei licenziamenti nel "contratto a tutele crescenti" (catuc), alla riforma degli ammortizzatori sociali e, più in generale, agli strumenti per le politiche del lavoro attive e passive<sup>179</sup>. Non tutto è chiaro nella nuova trama normativa, specie ove se ne vogliano considerare gli impatti applicativi; inoltre, la riforma dei rapporti di lavoro si intreccia con misure promozionali dell'occupazione a tempo indeterminato, previste dalle leggi di stabilità 2015 e 2016, basate su incentivi di tipo esclusivamente economico (consistenti sgravi su oneri previdenziali o fiscali) che però hanno una durata di due/tre anni.

Dando per scontato che ora è possibile soltanto qualche prima valutazione complessiva, riguardante soprattutto le tendenze (quindi facendo salva ogni ulteriore analisi basata sul dettaglio normativo o casistico), si può ragionevolmente affermare che il Jobs Act potrebbe avere le seguenti ripercussioni sui problemi segnalati in coda al precedente paragrafo:

Nell'immediato può rendere più facile e meno costoso il ricorso al lavoro subordinato a termine (liberalizzato per contratti che possono arrivare a una durata triennale) o a tempo indeterminato (reso meno costoso per alcuni anni e più flessibile) con un potenziale riassorbimento del "falso volontariato" in un'area forse, almeno in parte, più tutelata;

Il Jobs Act rende però il contratto di lavoro subordinato in generale meno paritario, più permeato da un autoritarismo unilaterale, a cominciare dalla maggiore facilità di licenziare il dipendente assunto con catuc. Ma si pensi anche al lavoratore assunto con un contratto a termine (prorogabile ben 5 volte nell'arco di un triennio) che - per acquiescenza "paranegoziale" del lavoratore o

<sup>179</sup> In materia la bibliografia è già ricchissima. Per tutti v. M. Rusciano, L. Zoppoli (a cura di), *Jobs Act e contratti di lavoro dopo la legge delega 10 dicembre 2014*, n. 183, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" – Collective Volumes – 3/2014, p. 34; L. Zoppoli, *Il contratto a tutele crescenti e le altre forme contrattuali*, in *Diritti lavori mercati*, 2015, n. 1; F. Carinci (a cura di), *La politica del lavoro del Governo Renzi*, ADAPT Labour Studies, e-book series, n. 40/2015; A. Perulli, *Il contratto a tutele crescenti e la Naspi: un cambio di paradigma per il diritto del lavoro?*, in L. Fiorillo- A. Perulli (a cura di), *Contratto a tutele crescenti e Naspi. Decreti legislativi 4 marzo 2015*, n. 22 e 23, Giappichelli, 2015; A. Zoppoli, *Legittimità costituzionale del contratto di lavoro a tutele crescenti, tutela reale contro il licenziamento, tecnica del bilanciamento*, in *Diritti lavori mercati*, 2015, n. 1; M. Magnani, *Correzioni e persistenti aporie nel regime sanzionatorio dei licenziamenti: il cd. contratto a tutele crescenti*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 256/2015; V. Speciale, *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra law and economics e vincoli costituzionali*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 259/2015; B. Caruso, *Il contratto a tutele crescenti tra politica e diritto: variazioni sul tema*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 265/2015; L. Nogler, *La subordinazione nel d.lgs. 81 del 2015: alla ricerca dell' "autorità" del punto di vista giuridico*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 267/2015; C. Cester, *I licenziamenti nel Jobs Act*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 273/2015; R. Pessi, *Il tipo contrattuale: autonomia e subordinazione dopo il Jobs Act*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 282/2015; M.T. Carinci- A. Tursi (a cura di), *Jobs Act. Il contratto a tutele crescenti*, Giappichelli, 2015; A. Vallebona (a cura di), *Il lavoro parasubordinato organizzato dal committente*, in *Colloqui giuridici sul lavoro*, 2015 (suppl. a *Mass.giur.lav.*, 12/2015); L. Fiorillo-A- Perulli (a cura di), *Tipologie contrattuali e disciplina delle mansioni. Decreto legislativo 15 giugno 2015*, n. 81, Giappichelli, 2015.

in via di mero fatto - può ridurre le tutele fino a minimizzarle. Che vuol dire dare vita a una omologazione del modo di utilizzare la forza-lavoro che accosterebbe sì lavoro subordinato e volontariato, ma in un senso deteriore - già da me descritto qualche tempo fa<sup>180</sup> - che pare del tutto agli antipodi con una valorizzazione dell'*animus donandi* del lavoratore, cioè con l'elemento che (pur nelle sue diverse accezioni) dovrebbe costituire l'essenza del volontariato;

Comunque il Jobs Act ha rimesso in moto un processo di regolazione - legale e no, più o meno praticabile - dei diritti/doveri dei lavoratori, che non si è esaurito con la raffica di decreti legislativi 2015 di cui si è detto e che può concretamente incidere sulla cultura della regolazione proprio con specifico riguardo ai rapporti di lavoro che confinano con il volontariato. Mi riferisco in particolare alla legge di riforma del terzo settore, in discussione in Parlamento, e alla Carta universale dei diritti dei lavoratori, promossa dalla Cgil: due testi interessantissimi proprio per cogliere quanto c'è di nuovo nel complesso intreccio tra lavoro volontario e diritti dei lavoratori.

### 3. Ostacoli al riassorbimento nel lavoro subordinato regolare.

Su tutte e tre le linee di incidenza del Jobs Act si può formulare qualche ulteriore osservazione.

Riguardo alla prima, v'è da dire che, come già dimostra la prima esperienza applicativa, il processo di sostituzione del "lavoro-senza-diritti" con forme contrattuali relativamente più garantiste è lungo e incerto, nonostante gli incentivi. Infatti il Jobs Act ha anche un "volto repressivo" che riguarda proprio quelle tipologie contrattuali finora abbastanza utilizzate nel mondo del volontariato, come le collaborazioni a progetto e il lavoro autonomo o pseudo autonomo. Ricorrendo ad esse, com'è noto, si è in passato assicurata la possibilità di utilizzare lavoro sostanzialmente subordinato con forme giuridiche poste al di fuori della legislazione che offriva le maggiori tutele. Anche se queste tutele sono indebolite nei nuovi contratti di lavoro subordinato (catuc), il Jobs Act elimina il lavoro a progetto e complica notevolmente la possibilità di ricorrere a contratti di collaborazione coordinata e continuativa quando le prestazioni si svolgono con caratteristiche di stringente organizzazione spazio-temporale (v. art. 2 d.lgs. 81/15). L'intento, in generale apprezzabile, è quello di spingere i datori di lavoro a usare contratti di lavoro regolari, a termine o a tempo indeterminato, convertendo co.co.pro. e co.co.co. che si ponevano ai confini con il vero e proprio lavoro subordinato. Un fenomeno, ripeto, molto presente tra le organizzazioni che si avvalgono di volontari più o meno autentici. Si può però nutrire più di un dubbio sulla solidità economico-organizzativa di queste organizzazioni e sulla loro tendenza a elevare costi e tutele formali dei "volontari di confine" piuttosto che risospingerle nel volontariato "ambiguo" (ad esempio quello dei "rimborsi forfettari"<sup>181</sup>). Soprattutto in stagioni di *spending review*, è più probabile che molti ex co.co.pro. e co.co.co. anziché essere "regolarizzati" come lavoro subordinato regrediscano verso il "falso volontariato" (magari con "rimborsi forfettari" *et similia*), considerando che

<sup>180</sup> *Lavoro subordinato e dono*, in il Tetto, n. 306-307/2015.

<sup>181</sup> Proprio sui rimborsi forfettari v., di recente, con orientamento fortemente restrittivo Cass. 23 novembre 2015 n. 23890, secondo cui ai fini fiscali le somme erogate da una organizzazione di volontariato ai propri volontari possono essere riqualificate come compensi in assenza della dimostrazione che si è trattato di rimborsi spesa. In particolare nella sentenza, sulla scorta della l. 266/91, si richiede che: "i rimborsi a ciascun volontario, per un verso, siano connessi a spese effettivamente sostenute – il che risulta intrinsecamente incompatibile con la determinazione dell'entità del rimborso con criteri forfettari – e, per altro verso, rientrino in limiti preventivamente stabiliti. Quest'ultima prescrizione, nella prospettiva teleologica fin qui delineata, non può che essere letta nel senso – fermo il limite della documentabilità delle spese per le quali viene erogato il rimborso – al singolo volontario non possono erogarsi rimborsi illimitati, ma solo rimborsi contenuti in limiti individuali quantitativi/qualitativi (per tipologia di spesa) preventivamente individuati da parte degli organi deliberativi dell'associazione".

i principali committenti delle organizzazioni di volontariato sono pubbliche amministrazioni alle prese con i tagli alla spesa sociale.

È vero che l'art. 2 c. 2 lett. a) del d.lgs. 81/15 consente agli accordi sindacali di mantenere in un limbo normativo e retributivo le collaborazioni a progetto per le quali la stessa contrattazione collettiva si prendesse la briga di configurare specifici trattamenti economico/regolativi. Ma si tratta di ipotesi nuova, tutta da verificare e che, per quanto sinora si vede (ad esempio l'accordo del 19.9.2015 sulle co.co.co. nelle organizzazioni non governative), non produce modelli pacificamente conformi al nuovo dettato legislativo.

#### 4. La ridefinizione dello "status" dei volontari nella legge sul terzo settore e nella Carta dei diritti della Cgil.

Per quanto riguarda poi i nuovi percorsi regolativi, si possono rilevare dinamiche interessanti, ma anch'esse ben lungi dall'approdare facilmente, e in tempi brevi, a lidi di maggiore nitore concettuale e giuridico.

Più avanti è senz'altro la nuova disciplina del terzo settore (AC 2617, approvato il 9 aprile 2015; AS 1870, in corso di esame in commissione) in cui è contenuta una delega caratterizzata da principi ampi fino alla genericità riguardanti vari aspetti che toccano in un modo o nell'altro i temi sin qui accennati. Si prevede, in generale, che per tutto il terzo settore<sup>182</sup> si debbano "definire forme e modalità organizzative degli enti ispirate a principi di democrazia, eguaglianza e pari opportunità, partecipazione degli associati e dei lavoratori, nonché ai principi di efficacia, di efficienza, di trasparenza, di correttezza e di economicità della gestione degli enti, prevedendo strumenti idonei a garantire il rispetto dei diritti degli associati e dei lavoratori, con facoltà di adottare una disciplina differenziata che tenga conto delle peculiarità della compagine e della struttura associativa nonché della disciplina relativa agli enti delle confessioni religiose che hanno stipulato patti o intese con lo Stato" (art. 4 lett. c). L'art. 5 prevede poi una delega "al riordino e alla revisione organica della disciplina vigente in materia di attività di volontariato" dove l'indicazione più puntuale e pregnante è la seguente: "armonizzazione e coordinamento delle diverse disposizioni vigenti in materia di volontariato...valorizzando i principi di gratuità, democraticità e partecipazione e riconoscendo la specificità e le tutele dello *status* di volontario all'interno degli enti del Terzo settore" (lett. a). Infine, nell'ambito di una riforma diretta a potenziare l'impresa sociale (art. 6) - regolata attualmente dal d.lgs. 24 marzo 2006 n. 155 (che consente il ricorso a volontari per il 50% degli organici) - si dettano alcuni ulteriori principi riguardanti "modalità di gestione responsabili e trasparenti e che favoriscono il più ampio coinvolgimento dei dipendenti" (lett. a), "obblighi di trasparenza e limiti in materia di...retribuzione dei titolari degli organismi dirigenti" (lett. e) e "ridefinizione delle categorie di lavoratori svantaggiati tenendo conto delle nuove forme di esclusione sociale, anche con riferimento ai principi di pari opportunità e non discriminazione di cui alla vigente normativa nazionale e dell'Unione europea" (lett. f). Spiccano in queste formule

<sup>182</sup> "Per Terzo settore si intende il complesso degli enti privati costituiti per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche e solidaristiche e che, in attuazione del principio di sussidiarietà e in coerenza con i rispettivi statuti o atti costitutivi, promuovono e realizzano attività di interesse generale anche mediante la produzione e lo scambio di beni e servizi di utilità sociale nonché attraverso scambi di mutualità" (art. 1). Secondo questa definizione rientrano nel Terzo settore associazioni, fondazioni e altre istituzioni di carattere privato senza scopo di lucro nonché le imprese sociali. Invece non lo sono le formazioni e le associazioni politiche, i sindacati e le associazioni professionali e di rappresentanza di categorie economiche.

ridondanti “le tutele dello *status* di volontario”: ma è difficile prevedere allo stato della normativa sia quali siano queste tutele sia quale possa mai essere questo *status*.

Anche a tal riguardo può essere interessante avere sott’occhio quanto prevede la Carta universale dei diritti dei lavoratori, promossa dalla Cgil nel 2015 e resa nota agli inizi del 2016<sup>183</sup>. Si tratta di un vero e proprio articolato, corposo (poco meno di 100 articoli) e sistematicamente volto a sostituire buona parte della legislazione vigente, che la Cgil vorrebbe tradurre in un disegno di legge di iniziativa popolare e che, tenendo conto di quanto accaduto con il Jobs Act, mira a ridefinire i diritti di tutti lavoratori, andando ben oltre l’ambito dei tradizionali contratti di lavoro subordinato. Qui appare interessante l’ultima formulazione del campo di applicazione del Titolo primo che riguarda l’ambito di tutele più ampio, che, come recita la rubrica del Titolo, sono da considerarsi “diritti fondamentali di tutte le lavoratrici e tutti i lavoratori”. Tali tutele andrebbero riferite, oltre che ai lavoratori subordinati e autonomi, anche “alle persone operanti nei luoghi di lavoro in esecuzione di relazioni giuridiche con i datori di lavoro, quali... le attività socialmente utili o altre relazioni a queste assimilabili comunque denominate”. Tra i diritti fondamentali c’è quello ad un compenso “equo, in proporzione alla quantità e qualità del lavoro svolto” (art. 5), che dunque andrebbe corrisposto anche a chi non è titolare di un contratto di lavoro in senso stretto, ma svolge attività socialmente utili o attività assimilate. Tenendo conto di quanto si legge nella legge sul terzo settore, in un campo di applicazione così definito potrebbe rientrare gran parte del volontariato previsto dalla legislazione vigente e da quella futura, che perderebbe dunque ogni caratteristica di gratuità.

Una riforma di tal genere varrebbe a prosciugare gran parte dell’ambito, formale e sostanziale, in cui oggi l’ordinamento consente il lavoro gratuito<sup>184</sup>. E per quanto se ne possa capire l’intento – arginare cioè l’abuso del lavoro volontario, che ha avuto anche impreviste e discusse reviviscenze (in particolare in occasione dell’Expo 2015 di Milano) – rischia di cancellare o rendere estremamente problematico lo svolgimento di attività basate sul volontariato come scelta entusiastica e genuina, animata da un profondo desiderio di condivisione e arricchimento umano espressamente contrapposto a qualsiasi logica commutativa di tipo retributivo.

Probabilmente occorrerebbe qualche soluzione intermedia, diretta a valorizzare scelte individuali consapevoli che si inseriscano o no in un contesto organizzativo adeguato. E al riguardo molto servirebbe un approccio attento e lungimirante nel combinare diritti dei lavoratori e afflato umanitario del volontariato autentico, un approccio difficile da maturare in tempi caratterizzati da una crescente diffidenza in tutte le relazioni che attengono al lavoro e al suo declinante valore di “scambio” economico.

## 5. Qualche idea nuova.

Proprio considerando gli *hard times* che caratterizzano la difficile coesistenza tra volontariato in

<sup>183</sup> Il testo finale sarà pubblicato nel n. 2/2016 della Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale.

<sup>184</sup> Cioè, in base alla frammentata normativa vigente considerata anche alla luce delle prevalenti interpretazioni giurisprudenziali: a) attività di volontariato prestato presso le organizzazioni non governative di cui agli artt. 31 e 32 della l. 1987 n. 49, le organizzazioni di volontariato di cui alla l. 1991 n. 266, i soci volontari di cui alla l. 1991 n. 381, il Club alpino italiano di cui al d.P.R. 1992 n. 162, le associazioni di promozione sociale di cui all’art. 18 c. 1 della l. 2000 n. 383, gli organismi di protezione civile di cui al d.P.R. 2001 n. 194, i volontari delle imprese sociali di cui al d.lgs. 2006 n. 155; b) attività di cura svolte dai familiari di cui all’art. 230bis comma 3 del codice civile; c) attività svolte a favore di organizzazioni di tendenza e giustificate esclusivamente da fini solidaristici o dalla condivisione di convinzioni religiose, sindacali o politiche.

crescita (con tratti di ambiguità) e diritti dei lavoratori in declino (con tratti di non minore ambiguità), una strada interessante e innovativa potrebbe essere quella di non partire dalla tradizionale connessione tra diritti e lavoro, ma analizzare più attentamente la scala delle dimensioni esistenziali in cui trovano collocazione le scelte individuali e le attività lavorative a titolo tanto oneroso quanto gratuito. In effetti proprio le riforme alla Jobs Act rendono sempre più evidente che al lavoratore subordinato si chiede sempre più un "ingaggio" impegnativo sotto il profilo non solo economico-giuridico ma anche valoriale: nel senso che doveri e diritti risultano sempre più "calati" in un contesto culturale e organizzativo in cui viene riconosciuta da un legislatore profondamente "revisionista" di tradizionali equilibri la prevalenza di interessi e visioni connessi all'agire dell'impresa che compete su mercati aperti alla competizione o, comunque, alimentati da risorse scarse. Non dissimile dal punto di vista assiologico e giuridico è la situazione del lavoratore autonomo, il cui statuto di tutela, ancora tutto da definire<sup>185</sup>, appare però da sempre "incorporare" valori e regole di mercato. Non deve stupire allora se anche lo statuto giuridico dei lavoratori che si trovano a prestare la propria attività in settori dove è legittimo ricorrere al vero e proprio volontariato possa risentire, nel bene e nel male, delle peculiarità dei mercati in cui operano organizzazioni e imprese che li utilizzano. In questo la legge sul Terzo settore può essere un'importante occasione per perimetrare appunto alcuni ambiti di attività *anche* condizionate da logiche di mercato dove però le condizioni complessive sono tali da richiedere particolari trattamenti economico-normativi per i lavoratori a vario titolo utilizzati che facciano la scelta di effettuare la propria prestazione, per ragioni varie (professionali, ideologiche, umanitarie, di mera necessità), in quei settori. Si tratterà di scelte esistenzial-lavorative "di mercato" che devono essere tutelate come le altre ma che, proprio in ragione delle peculiarità dei mercati di riferimento, potranno caratterizzarsi per graduazioni quantitative dei diritti e dei compensi. Qui più che altro stupisce che la legge sul Terzo settore nulla preveda proprio in ordine agli strumenti di regolazione dei trattamenti dei lavoratori, continuando così ad alimentare ambiguità tra dimensioni esistenziali diverse. Dovrebbe invece essere chiaro il più possibile che lo *status* di volontario, pur potendo comportare tutele e diritti (si pensi alla sicurezza nei luoghi di lavoro), non deve avere tratti in comune con la condizione del lavoro subordinato: due situazioni da regolare diversamente perché proiezioni giuridiche di diverse scelte esistenziali.

Se si riesce a meglio definirne i confini, l'autentico volontariato dovrà essere quello che si colloca in una dimensione totalmente esterna al mercato, alla concorrenza, all'acquisizione di ricchezza materiale. Le motivazioni profonde di ciascuno (psicologiche, affettive, ecc.) possono essere ai nostri fini lasciate in ombra. Quel che conta deve essere la convinzione di effettuare la propria attività senza voler assolutamente ottenere in cambio un corrispettivo monetario o comunque rapportato al lavoro prestato. È la gratuità e spontaneità di cui già parla la legge 166 del 1991; forse rispetto a questa definizione occorre prendere atto che il riferimento alla tipologia dell'organizzazione non è né esaustiva né realistica. Se di scelta esistenziale si tratta, occorre garantirsi che essa risponda alla genuina volontà del singolo non sempre garantita dalla caratterizzazione "sociale" dell'organizzazione o della sua attività. Potrebbe essere utile al riguardo l'istituto della certificazione adeguatamente rivisitato quanto ai soggetti certificatori che possano dare sufficienti garanzie e riscontri della scelta volontaria del singolo prestatore. Da tale scelta potranno pure conseguire tutele, ma non certo quelle connesse ai diritti al compenso.

<sup>185</sup> Ma v. il ddl sul c.d. statuto dei lavoratori autonomi approvato dal Consiglio dei Ministri il 28 gennaio 2016.

Qui non va però trascurato che scelte draconiane potrebbero ingiustamente tagliar fuori da attività di volontariato intere fasce della popolazione prive di un qualsiasi reddito, considerate incapaci o inaffidabili quanto alla scelta genuina di svolgere autentico volontariato. Impossibilitati (per ragioni fattuali) o contrari (per scelta esistenziale) ad accedere a qualsiasi mercato del lavoro, si precluderebbe così a moltissimi cittadini di svolgere, anche fuori da logiche mercantili, “attività che concorrono al progresso materiale o spirituale della società” previste, peraltro come un dovere, dall’art. 4 Cost. La povertà diverrebbe così sinonimo di drastica esclusione sociale, con perdita notevole della ricchezza legata alla biodiversità umana. Al riguardo si potrebbe intervenire con un reddito di cittadinanza legato alle condizioni personali e non necessariamente strutturato come corrispettivo di attività lavorativa. Un reddito di cittadinanza che varrebbe a rendere autentica ogni scelta esistenziale del titolare, sia essa di prestare lavoro volontario gratuito oppure di accedere al lavoro strutturato intorno all’impresa di mercato<sup>186</sup>.

Vi è qui da rimarcare una netta differenza ancora con le scelte effettuate dal Jobs Act, dove l’art. 26 del d.lgs. 150/2015 caratterizza invece le attività socialmente utili come una “condizionalità” per conservare le misure di sostegno al reddito (v. art. 22 c. 3 dello stesso d.lgs. 150). Può essere una misura necessaria in una logica di Workfare e di riforma delle politiche attive del lavoro. Nulla però ha a che vedere né con il lavoro volontario né con la prospettiva promozionale di innovazione sociale. In fondo è un ritorno agli anni ’70 (penso alla l. 285 del 1977), ai noti lavoratori socialmente utili (Isu) - che hanno richiesto poi molti decenni per essere utilizzati bene o accompagnati in altri percorsi lavorativi o assistenziali - ma non certo alle migliori esperienze della legislazione sul lavoro italiana<sup>187</sup>.

<sup>186</sup> Sul carattere invece autoritario, persino coattivo, che assumono i contratti di lavoro subordinati asimmetricamente configurati dal nuovo diritto del lavoro v. L. Zoppoli, *Emancipazione e biodiversità nel diritto del lavoro*, in *L’idea di diritto del lavoro, oggi*, intervento a convegno dell’Università Cà Foscari di Venezia, settembre 2015 (in corso di pubblicazione).

<sup>187</sup> Mentre si licenzia questo articolo il Consiglio dei Ministri ha anche approvato un disegno di legge delega che istituisce una nuova “misura nazionale di contrasto alla povertà, individuata come livello essenziale delle prestazioni da garantire su tutto il territorio nazionale”. È però troppo presto per dire se si tratta di un reddito di cittadinanza del tipo di quello accennato nel testo o di una riedizione degli ormai molti tentativi italiani di mettere una pezza alla povertà dilagante.

## Appunti sulla funzione delle categorie civilistiche nel diritto del lavoro dopo il Jobs Act\*

Giuseppe Santoro Passarelli

1. Prologo.	66
2. La subordinazione: conservazione o ampliamento della fattispecie?	66
3. La frantumazione dell'inderogabilità della disciplina delle mansioni e la rilevanza del contratto individuale.	68
4. L' apporto della dottrina e della giurisprudenza alla valorizzazione degli artt. 2087 e 2103 c.c. in tema di risarcimento del danno non patrimoniale.	69
5. Il riconoscimento del diritto del lavoratore all'esecuzione della prestazione lavorativa e la causa del contratto di lavoro.	70
6. Valore attuale delle clausole generali nel rapporto di lavoro.	73
7. Rapporti tra invalidità e illiceità dell'atto.	73
8. Rapporti tra il regime generale delle nullità ex artt. 1324 e 1418 c.c. e il regime di tutela del licenziamento illegittimo stabilito dagli artt. 2 e 3 del d.lgs. n. 23 del 2015.	74
9. Matrice civilistica del diritto sindacale italiano.	76
10. Funzione attuale delle categorie civilistiche nel rapporto di lavoro.	79
11. Conclusioni: metodo e obiettivi del Jobs Act.	80

---

\* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 290/2016

## 1. Prologo.

Venendo a Pisa e avendo avuto dal collega Mazzotta l'invito a parlare dei nuovi rapporti tra diritto del lavoro e diritto civile ripensavo al suo discorso che più di 20 anni fa, esattamente nel 1992, aveva svolto, come relatore<sup>188</sup>, al convegno da me organizzato a Roma sul diritto del lavoro e categorie civilistiche e a quello di Pedrazzoli, che sottolineava nel suo intervento quanto servono e quanto sviano le categorie del diritto civile, soggiungendo che era opportuno che il diritto del lavoro si emancipasse dal diritto civile come "il figlio dal padre"<sup>189</sup>.

Ebbene a circa 23 anni di distanza di fronte ad una legislazione speciale come il Jobs Act che ha modificato radicalmente la disciplina di alcune categorie fondanti della nostra materia stiamo assistendo ai tentativi di una parte della dottrina e anche della giurisprudenza di utilizzare le categorie del diritto civile per garantire al lavoratore tutele che, invece, la legislazione speciale ha ridimensionato o addirittura eliminato.

## 2. La subordinazione: conservazione o ampliamento della fattispecie?

E allora nell'attuale contesto diventa doveroso chiedersi come si siano svolti in questi anni i rapporti tra il diritto del lavoro e il diritto civile e quale sia la funzione attuale delle categorie civilistiche nel diritto del lavoro.

Procedendo ad un breve e parziale inventario delle tematiche che hanno riguardato il rapporto di lavoro bisogna prendere in considerazione, in primo luogo, la subordinazione che collega il contratto individuale id est diritto civile, con il rapporto di lavoro id est diritto del lavoro.

Certo bisogna riconoscere, ed è noto che nel rapporto di lavoro il rilievo del contratto è stato soverchiato dall'inderogabilità della legge e del contratto collettivo e solo uno spazio residuale era riservato alla volontà delle parti, diretta a costituire il rapporto di lavoro e a determinare trattamenti più favorevoli.

Mentre il rapporto di lavoro e cioè la subordinazione costituisce la fattispecie tipica o se si preferisce il tipo legale su cui si fonda l'apparato di tutele che costituisce il *proprium* del diritto del lavoro<sup>190</sup>.

È noto che tra i civilisti la nozione di fattispecie come struttura logica che precede il fatto è entrata in crisi<sup>191</sup> perché sarebbe inadeguata a contrastare l'imprevedibile<sup>192</sup>. Il campo sarebbe oggi occupato soltanto dai valori che non hanno bisogno di fattispecie<sup>193</sup>. Qui è sufficiente rilevare che nella nostra disciplina la fattispecie tipica non è uno strumento immutabile o una monade senza

<sup>188</sup> O. Mazzotta, *Diritto del lavoro e categorie civilistiche Relazione* in G. Santoro-Passarelli (a cura di), *Diritto del lavoro e categorie civilistiche*, Torino 1992 pp 33 e ss

<sup>189</sup> M. Pedrazzoli, *Quanto servono e quanto sviano le categorie civilistiche ibidem*, pp.84 e ss e in part. 88 dove affermava che il contratto e l'autonomia privata non riuscirà a raffigurare la peculiarità del diritto del lavoro sottolineando che il diritto del lavoro incide sulla distribuzione di potere nella società e fra ceti sociali e alloca risorse economiche stabilendo le regole della loro utilizzazione per lo più senza lasciarsi invadere dal potere politico, conservando di massima la separazione tra sfera sociale e sfera politica.

<sup>190</sup> E su questo rilievo si fonda la tesi dei cosiddetti acontrattualisti come Scognamiglio che comunque non nega l'origine contrattuale del rapporto di lavoro

<sup>191</sup> v. N. Irti, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, pp. 36-44; G. Benedetti, *Fattispecie e altre figure di certezza in Persona e Mercato*, 2015 p. 67 ; A. Proto Pisani, *Brevi note in tema di regole e principi in Persona e Mercato*, 2015, p. 73

<sup>192</sup> N. Irti, *op. cit.*, p. 37

<sup>193</sup> N. Irti, *op.cit.*, p. 42

finestre impermeabile ai valori che nel tempo possono connotare e integrare la sua disciplina a seconda del contesto che la circonda. Non è neppure una fotografia che fissa una determinata realtà statica, ma è uno strumento che, per effetto dell'interpretazione, registra la realtà del fatto in divenire e da questo ne risulta integrata in un processo continuo e osmotico tra fattispecie e disciplina, senza per questo perdere la funzione di supporto per l'applicazione di una determinata normativa, eventualmente, inderogabile in un determinato momento storico. E di questo processo può considerarsi esempio vivente proprio la subordinazione.

Fattispecie in origine molto rigida e tuttavia nel corso del tempo ampliata progressivamente anche per effetto del metodo tipologico e destinata a coprire sotto il suo manto prima gli operai, per opera della dottrina e della giurisprudenza dei probiviri e di talune leggi, come quella sugli infortuni sul lavoro, poi gli impiegati con la legge sull'impiego privato, e poi ancora gli operai, gli impiegati e i dirigenti nel codice civile del 1942, e infine i quadri con una legge del 1985. E tuttavia la tensione espansiva della subordinazione non si è registrata soltanto all'interno della fattispecie ma, già dal 1973, al confine della subordinazione, quando il legislatore ha previsto in una norma di natura processuale la categoria dei rapporti di collaborazione continuativa e coordinata<sup>194</sup> poi trasformati dal d.lgs n. 276 del 2003 in un vero proprio tipo legale in funzione antifraudolenta: quello del lavoro a progetto, ora abrogato dal legislatore del 2015 perché il progetto non ha funzionato come efficace criterio selettivo<sup>195</sup>.

Non solo ma questo legislatore, come è noto, ha, da un lato, lasciato in vita i rapporti di collaborazione ex art. 409 n. 3 c.p.c e dall'altro ha complicato ulteriormente la linea di confine della subordinazione perché l'art. 2 comma 1 del d.lgs. n. 81 applica la disciplina del lavoro subordinato *ai rapporti di lavoro organizzati dal committente*.

In dottrina infatti è aperto il dibattito tra coloro che affermano che la norma abbia inciso e ampliato la fattispecie della subordinazione<sup>196</sup>, e coloro che continuano a qualificare i rapporti organizzati dal committente di natura autonoma<sup>197</sup>, e secondo altri<sup>198</sup> ancora, l'art. 2 comma 1 non ha inciso sulla fattispecie dell'art. 2094 c.c. ma ha positivizzato alcuni indici elaborati dalla giurisprudenza per qualificare come subordinato il rapporto di lavoro, singolarmente non decisivi ma

<sup>194</sup> G. Santoro-Passarelli, *Il lavoro parasubordinato*, Angeli, Milano, 1979; M. Pedrazzoli, *Prestazione d'opera e parasubordinazione*, in *RIDL*, 1984, I, 506 e ss; M. Persiani, *Autonomia, subordinazione e coordinamento nei recenti modelli di collaborazione lavorativa*, in *DL*, 1998, I, p. 209

<sup>195</sup> G. Santoro-Passarelli, *Lavoro a progetto (voce)*, in *Enc. Dir., Annali IV*, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 667-693;

<sup>196</sup> Con diverse sfumature v. Treu T. (2015), *In tema di Jobs Act. Il riordino dei tipi contrattuali*, in *DLRI*, 163; Ghera E. (2015), *Sulle collaborazioni organizzate dal committente*, 2 del dattiloscritto; Mariucci L. (2015), *il diritto del lavoro al tempo del renzismo*, in *LD*, 25; Carinci M.T. (2015), *All'insegna della flessibilità*, in Carinci M. T., Tursi A. (a cura di), *Jobs Act, Il contratto a tutele crescenti*, Giapichelli, Torino, XIX, nota 23; Marazza M. (2015), *Lavoro autonomo e collaborazioni organizzate nel Jobs Act*, Supplemento de *Il sole 24 ore*, mese di luglio.

<sup>197</sup> A. Perulli, *Il lavoro autonomo, le collaborazioni coordinate e le prestazioni organizzate dal committente*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona"*, 2015, 272; e R. Pessi, *Il tipo contrattuale: autonomia e subordinazione dopo il Jobs Act*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, 2015, 282.

<sup>198</sup> Cairoli S., *Commento all'art. 2 d. lgs. 81/2015*, in Vallebona A. (diretto da), *Il lavoro parasubordinato organizzato dal committente, Colloqui giuridici sul lavoro*, 2015, 1, 15 ss; G. Santoro-Passarelli, *I rapporti di collaborazione organizzati dal committente e le collaborazioni continuative e coordinate ex art. 409 n.3 c.p.c.*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona"*, 278 e in Carinci F. (a cura di) (2015), *Commento al d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo jus variandi*, ADAPT E-book series, 48.

spesso utilizzati congiuntamente in funzione sussidiaria rispetto alla prova dell'esercizio di un potere direttivo da parte del datore di lavoro, elemento non sempre individuabile in via diretta nell'accertamento concreto<sup>199</sup>.

Così intesa la definizione normativa "rapporti di collaborazione organizzati dal committente" attribuisce all'etero organizzazione una funzione di ulteriore supporto all'identificazione della fattispecie (lavoro subordinato), con la finalità di ricondurre nell'ambito effettuale della stessa subordinazione le forme contrattuali di falso lavoro autonomo e quelle che si collocano sul confine<sup>200</sup>.

Ad avviso di chi scrive è preferibile l'ultima tesi ma non si può negare che l'obiettivo di politica del diritto perseguito dal Jobs Act sia quello di allargare le maglie della subordinazione senza modificare la fattispecie dell'art. 2094 c.c. nel tentativo di ridurre il mercato del lavoro costituito dagli outsiders.

Come si può constatare quindi il legislatore ha continuato ad utilizzare la fattispecie per delineare i confini della subordinazione mentre, come si vedrà, la giurisprudenza e la dottrina hanno introiettato, attraverso l'interpretazione delle norme costituzionali, nella disciplina della subordinazione una serie di valori costituzionali e in primis la dignità del lavoratore.

In questa prospettiva i valori e i principi costituzionali integrano la disciplina applicabile alla fattispecie che non per questo cessa di esistere e di assolvere alla sua funzione anche se certamente non è più soltanto una struttura logica ma diventa una categoria storica a cagione della contaminazione che si realizza attraverso l'opera dell'interprete tra fattispecie e fatti, valori, principi e diritti riconosciuti dalle leggi e dalla Costituzione e dalle fonti sovraordinate. In questo senso è vero che nell'interpretazione si incarna il diritto<sup>201</sup>.

### 3. La frantumazione dell'inderogabilità della disciplina delle mansioni e la rilevanza del contratto individuale.

In secondo luogo si deve avere riguardo al nuovo testo dell'art. 2103 c.c. che modifica radicalmente la disciplina precedente.

Leggendo questa disposizione si percepisce con chiarezza che da un lato la norma inderogabile subisce un processo di frantumazione rilevante perché è vero che il nuovo testo la conserva all'ultimo comma come norma di principio, ma in realtà il numero e la portata delle eccezioni sono così rilevanti da trasformare la inderogabilità da monolite in una sorta di simulacro. Questa disposizione si colloca, a ben vedere sulla scia dell'art. 8 del dlgs. n. 138 del 2011 e in qualche misura la supera. Infatti a differenza dell'art. 8 che legittimava solo i contratti aziendali a derogare norme di legge su determinate materie tra le quali anche le mansioni, il nuovo testo dell'art. 2103 c.c. frantuma ulteriormente il monolite dell'inderogabilità della norma di legge perché in questo caso non si limita ad abilitare i contratti collettivi nazionali e aziendali a derogare norme di legge (comma 4) ma anche il potere unilaterale del datore di lavoro e addirittura il contratto individuale a derogarla sia pure a certe condizioni.

<sup>199</sup> Come ha sostenuto in un noto saggio M. Persiani, *Riflessioni sulla giurisprudenza in tema di individuazione della fattispecie lavoro subordinato*, in *Studi in onore di F. Santoro Passarelli*, vol. V, Napoli, 1972. In giurisprudenza, v. Cass. S.U., 30.6.1999, n. 379 e, più recentemente, *ex plurimis*, Cass., 19.4.2010, n. 9252.

<sup>200</sup> v. in questo senso Del Punta, *Diritto del lavoro*, Milano, 2015 p. 372.

<sup>201</sup> G. Benedetti, *Oggettività esistenziale dell'interpretazione*, Studi su ermeneutica e diritto, Torino, 2014, p. 71 che richiama un'espressione di Paolo Grossi.

Il nuovo testo dell'art. 2103 c.c. prevede infatti condizioni di legittimità per l'adibizione a mansioni inferiori. Da un lato le modifiche organizzative che incidono sulla posizione del lavoratore per giustificare il potere unilaterale del datore di lavoro di adibire il lavoratore ad un livello di inquadramento inferiore. E dall'altro lato la novazione del rapporto di lavoro per consentire la conservazione del posto di lavoro attraverso la conclusione di un nuovo contratto tra le parti sia pure in sede assistita.

E si noti che al processo di frantumazione della inderogabilità corrisponde l'ampliamento dello spazio negoziale delle volontà individuali delle parti con la riemersione della categoria del contratto individuale, relegata, come già detto, dalla normativa lavoristica ad un ruolo secondario e cioè solo come fonte costitutiva del rapporto individuale e come fondamento dei trattamenti di miglior favore.

Viceversa, allo stato attuale il contratto individuale, sia pure in sede protetta, acquista addirittura una funzione normativa di regolazione del trattamento normativo ed economico spettante al lavoratore, il quale, pur di conservare il posto di lavoro è disposto ad accettare una modificazione sostanziale *in pejus* della propria posizione lavorativa.

#### 4. L' apporto della dottrina e della giurisprudenza alla valorizzazione degli artt. 2087 e 2103 c.c. in tema di risarcimento del danno non patrimoniale.

In terzo luogo è opportuno ricordare il proficuo dibattito sulla valorizzazione dell'art. 2087 c.c., non solo relativamente alla tutela dell'integrità psicofisica del lavoratore attraverso il riconoscimento del danno biologico, ma anche con riguardo al profilo della personalità morale (tradotto nel linguaggio attuale della dignità) del lavoratore, la cui lesione ha contribuito al riconoscimento del danno non patrimoniale.

La copiosa giurisprudenza sul tema, ha sicuramente contribuito ad arricchire la fattispecie del danno non patrimoniale, anche sotto la specie del danno esistenziale, del quale, per altro la giurisprudenza di legittimità ha escluso la rilevanza come voce autonoma di danno<sup>202</sup>, danno che, secondo quella sentenza, deve essere provato.

È anche notorio che la giurisprudenza successiva, di merito<sup>203</sup> ed anche di legittimità<sup>204</sup>, nella delicata fase di liquidazione del danno non patrimoniale da demansionamento, pur senza affermare la configurabilità di un danno *in re ipsa*, ha continuato a fare ricorso al criterio equitativo. E lo ha fatto sulla base di meri indici presuntivi quali la durata e l'intensità del demansionamento, talora desumendo da tali elementi sia l'esistenza del danno non patrimoniale, sia la sua quantificazione.

Certo la ricchezza che in questo caso la giurisprudenza e la dottrina lavoristica hanno sicuramente apportato al tema del risarcimento del danno non patrimoniale sarà drasticamente ridimensionata dalla nuova disciplina dell'art. 2103 c.c. che riduce le ipotesi di demansionamento vietato, e soprattutto non sarà più configurabile una forma di risarcimento ogni qualvolta non si tenga conto della professionalità acquisita.

<sup>202</sup> Cass., S.U., 11 novembre 2008, n. 26972; conf. recente Cass., sez. III, 8 maggio 2015, n. 9320.

<sup>203</sup> App. Firenze 14 giugno 2012; App. Potenza 9 aprile 2015; Trib. Roma 23 dicembre 2010; Trib. Bari 19 aprile 2012.

<sup>204</sup> Cass. 26 giugno 2006, n. 14729, in *Dir. prat. lav.*, 2007, p. 492; Cass. 26 novembre 2008, n. 28274, in *Foro it., Rep.* 2008, voce *impiegato dello stato e pubblico*, n. 427; Cass. 19 settembre 2014, n. 19778; Cass. 17 dicembre 2014, n. 26590, in *Danno e resp.*, 2015, p. 503; Cass. 28 aprile 2015, n. 8581, in *Dir. giust.*, 2014, 29 aprile; Cons. St., sez. III, 12 gennaio 2015, n. 28, in *Dir. giust.*, 2015..

## 5. Il riconoscimento del diritto del lavoratore all'esecuzione della prestazione lavorativa e la causa del contratto di lavoro.

E il riferimento alla dignità del lavoratore, evocato anche dal riferimento all'art. 2 cost. oltre che al testo previgente dell'art. 2103 c.c., ha consentito alla giurisprudenza di enucleare un diritto all'esecuzione della prestazione lavorativa, risarcibile, in caso di lesione, non solo nelle ipotesi di assegnazione a mansioni non equivalenti alle ultime effettivamente svolte, ma anche in quelle ipotesi in cui il lavoratore non è in realtà demansionato, ma è lasciato inattivo, o è comunque emarginato dalla vita lavorativa ed aziendale<sup>205</sup> (senza per questo essere considerato vittima di mobbing).

In passato una siffatta condotta del datore, attesa la natura corrispettiva del contratto di lavoro, non riceveva alcuna sanzione e il lavoratore restava sprovvisto di tutela.

Solo secondo una parte della dottrina più avanzata<sup>206</sup>, la condotta del datore di lavoro poteva essere sanzionata, attraverso la mora credendi e cioè sanzionando il datore di lavoro creditore che, senza motivo legittimo, si rifiutasse di ricevere la prestazione di lavoro<sup>207</sup>. E il ricorso a questo schema derivava dalla convinzione che il contratto di lavoro fosse contrassegnato da due obbligazioni corrispettive quella di lavorare e quella di retribuire. In altre parole la causa del contratto di lavoro consentiva di annoverare questo contratto fra quelli di scambio.<sup>208</sup>

Si noti però che lo stesso Francesco Santoro- Passarelli<sup>209</sup>, che può essere considerato a ragione uno dei primi e più convinti sostenitori della natura corrispettiva del contratto di lavoro, nel secondo dopo guerra, già nelle prime edizioni delle Nozioni di diritto del lavoro sottolineava che gravitano intorno alle due obbligazioni principali: "Oneri, obblighi strumentali o accessori e corrispondenti pretese, potestà di preposizione e corrispondenti soggezioni, costituiscono siffatti doveri e poteri, che, rimanendo distinti dal debito e dal credito di lavoro o di retribuzione compongono tuttavia *necessariamente* la rispettiva posizione del prestatore e del datore di lavoro". E lo stesso Santoro Passarelli riconosceva il diritto del lavoratore all'esecuzione della prestazione e all'utilizzazione del lavoro quando fosse giustificato oggettivamente dalla natura del lavoro<sup>210</sup>.

Orbene bisogna prendere atto che parecchia acqua è passata sotto i ponti rispetto al tempo in cui furono formulati questi rilievi, ma solo da una ventina di anni, a seguito di un'evoluzione normativa rilevante attuata e provocata dallo Statuto dei lavoratori, e da una normativa antidiscrimi-

<sup>205</sup> Riferimenti all'art. 2 Cost. si possono cogliere in Cass. 27 aprile 2004, n. 7980 e Cass. 9 febbraio 2007, n. 2878, in *Dir. prat. lav.*, 2008, p. 1424. Cfr. Cass. 14 novembre 2001, n. 14199.

<sup>206</sup> G. Ghezzi, *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1965; E. Ghera, F.Liso, *La mora del creditore (dir. lav.) in Enc.dir.*, vol. XXVI, Giuffrè, Milano, 1976, E. Balletti, *La cooperazione del datore all'adempimento dell'obbligazione di lavoro*, Cedam, Padova, 1990, V. Speciale, *Mora del creditore e contratto di lavoro*, Cacucci, Bari, 1992

<sup>207</sup> Era comunque diffusa la convinzione secondo cui la *mora accipiendi*, una volta assicurata la permanenza dell'obbligo retributivo (artt. 1206 e 1217 c.c.) non consentirebbe il riconoscimento di ulteriori danni per mancanza dei presupposti, se non nelle ipotesi espressamente previste dalla legge o dal contratto collettivo.

<sup>208</sup> E si noti che subito dopo la caduta dell'ordinamento corporativo questa qualificazione non era pacifica. Un civilista autorevolissimo come Pugliatti, scriveva che il contratto di lavoro era un contratto associativo o altri come Scognamiglio hanno sempre sostenuto che il rapporto di lavoro non avesse origine contrattuale.

<sup>209</sup> Nozioni di diritto del lavoro, Napoli, 1995 pp. 189.

<sup>210</sup> *Ibidem* p. 194.

natoria ricchissima, successiva allo Statuto, una parte della dottrina e della giurisprudenza, propone sempre più frequentemente un'interpretazione costituzionalmente orientata delle norme in materia di lavoro, utilizzando come criteri interpretativi valori costituzionali come dignità, solidarietà uguaglianza, merito.

Questo tipo di interpretazione ha consentito alla giurisprudenza e alla dottrina<sup>211</sup>, attraverso un lungo e non agevole percorso di superare progressivamente la resistenza a qualificare in termini di diritto, la pretesa del lavoratore di eseguire la prestazione pattuita nel contratto di assunzione, rinunciando peraltro ad affrontare la questione della causa del contratto<sup>212</sup>.

Il dubbio che si pone agli interpreti rispetto alla ricostruzione del diritto a eseguire la prestazione di lavoro è relativo al passo ulteriore, e cioè chiarire se il fondamento di tale diritto sia da rinvenire direttamente nelle disposizioni stesse della Costituzione<sup>213</sup>, o sia ancora ricavabile da un'interpretazione, costituzionalmente orientata ma sempre più forzata, dell'art. 2103 c.c.

Questa norma, come si è detto, è diretta ad apporre limiti all'esercizio dello *jus variandi* nella determinazione dell'oggetto dell'obbligazione lavorativa. E secondo il vecchio testo, in caso di mobilità orizzontale, il limite era costituito dall'equivalenza delle mansioni rispetto alle ultime effettivamente svolte, invece secondo il nuovo testo, è costituito dal medesimo livello di inquadramento e della categoria legale rispetto alle ultime effettivamente svolte.

Come è noto, il nuovo testo dell'art. 2103 c.c. non garantisce più la professionalità acquisita ma una professionalità di eguale valore nell'ambito della categoria e dello stesso livello di inquadramento nel caso di mobilità orizzontale e, ferma la irriducibilità della retribuzione, consente diverse ipotesi di adibizione a mansioni riconducibili al livello di inquadramento inferiore in presenza di certe condizioni.

Se dunque è vero che sotto questo profilo il nuovo testo dell'art. 2103 non consente al datore di lavoro la sottrazione totale delle mansioni<sup>214</sup>, tuttavia non sembra che l'assetto complessivo della disposizione (basta pensare al comma 6 dell'art. 2103) sia utilizzabile come base normativa del diritto del lavoratore all'esecuzione della prestazione lavorativa.

E tuttavia non si può escludere che il suddetto diritto, salva una verifica rigorosa di tale ricostruzione, che ovviamente finisce per toccare la causa del contratto (perché l'esecuzione della prestazione lavorativa secondo questa ricostruzione diventa contemporaneamente oggetto di un obbligo e di un diritto dello stesso lavoratore), possa essere configurato come diritto autonomo

<sup>211</sup> F. Liso, *Brevi osservazioni sulla revisione della disciplina delle mansioni contenuta nel decreto legislativo n. 81/2015 e su alcune recenti tendenze di politica legislativa in materia di rapporto di lavoro*, in WP C.S.D.L.E "Massimo D'Antona", 2015, 257, p. 3. l'a. che in passato ha sostenuto la tesi della mora del creditore, ora, sia pure per accenno, riconosce al lavoratore la titolarità del diritto ad eseguire la prestazione. In senso contrario C. Pisani, *La nuova disciplina del mutamento di mansioni*, Giappichelli, Torino, pp. 101 102

<sup>212</sup> Ovviamente tale diritto non va confuso con il diritto ad avere un posto di lavoro che certo non può essere oggetto di una pretesa nei confronti dello Stato chiamato dall'art. 4 Cost a predisporre misure e procedure di formazione e qualificazione dei lavoratori volte a rendere effettivo questo diritto.

<sup>213</sup> V. in q. senso Cass. 27 aprile 2004, n. 7980, secondo cui "Sul piano generale, deve rilevarsi che danno patrimoniale e danno non patrimoniale furono disciplinati dal legislatore del 1942 rispettivamente agli artt. 2043 e 2059 c.c.,... Il quadro normativo è, però, successivamente e profondamente mutato: l'art. 2 Cost. di ispirazione democratica e liberale, riconosce e garantisce infatti i diritti inviolabili dell'uomo sia come singolo che nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità".

<sup>214</sup> In questo senso anche C. Pisani, *La nuova disciplina del mutamento di mansioni*, cit., p. 99.

del lavoratore e più precisamente come diritto della personalità<sup>215</sup>, che ha il suo fondamento su norme costituzionali come l'art. 2, che tutela la dignità umana<sup>216</sup>.

In questo modo sarebbe possibile svincolare tale diritto dalla tutela, non sempre coincidente, della professionalità, a maggior ragione dopo la novella che ha profondamente modificato il vecchio testo dell'art. 2103 c.c., o dalla tutela della salute del lavoratore ex art. 2087 c.c.

Bisogna comunque prendere atto che, pur configurato come diritto della personalità, l'interesse del lavoratore all'esecuzione della prestazione lavorativa non avrebbe la tutela "forte", per esempio, del diritto al nome e anche il ricorso al provvedimento di urgenza ex art. 700 c.p.c., non sembra risolutivo, perché consiste pur sempre in una condanna ad eseguire, generica e del tutto incoercibile<sup>217</sup>.

E d'altra parte, a seguito dell'accertamento da parte del giudice, nel giudizio ordinario, dell'inadempimento dell'obbligo del datore di lavoro di consentire lo svolgimento della prestazione, cioè di un obbligo di fare, il rimedio sarebbe pur sempre di natura risarcitoria e non restitutoria del diritto leso. E tale danno sarebbe ascrivibile all'art. 2059 c.c. e cioè al danno non patrimoniale.

Insomma la violazione di questo diritto, pur costituzionalmente fondato, non può essere sanzionata con l'esecuzione in forma specifica e cioè con una tutela restitutoria ma soltanto risarcitoria.

La vicenda di questo diritto consente di affermare però che lo schema dello scambio, anche se doverosamente arricchito del profilo organizzativo<sup>218</sup>, non appare adeguato e sufficiente a descrivere la trama dei poteri, doveri e diritti riferibili alle parti del rapporto di lavoro.

Con questa affermazione non si nega che la prestazione di lavoro e la retribuzione continuino a contrassegnare il contratto di lavoro ma bisogna prendere atto che altre situazioni giuridiche soggettive distinte dal credito e dal debito che compongono necessariamente la posizione del prestatore e del datore di lavoro convivono con le prime o più precisamente interferiscono con esse in posizione pari ordinata e non accessoria.

Se questo è vero diventa inevitabile iniziare a riflettere sulla causa del contratto di lavoro nel momento in cui nel contenuto di questo contratto penetrano valori costituzionali come dignità, solidarietà, discriminazione, pari opportunità in generale e non solo con riferimento al sesso.

Beninteso un discorso sulla causa è ovviamente condizionato dalla normativa in vigore e riguarda

<sup>215</sup> v. P. Rescigno, *Personalità (diritti della)*, in senso critico con riferimento al diritto al lavoro che considera diritto complementare della personalità" è arduo pensare che possa costituire oggetto di pretese interpretative" tesi condivisibile, ma poi aggiunge "discorso diverso riguarda i casi in cui il datore di lavoro sia tenuto ad instaurare o a conservare il rapporto"; v. sia pure per accenno, in senso favorevole R. Scognamiglio, *Diritto del lavoro*, Bari, 2003, 137-8; Scalisi, *Il valore della persona nel sistema e i nuovi diritti della personalità*, Milano, 1990.

<sup>216</sup> Oltre alla giurisprudenza già citata, si possono cogliere spunti interessanti, ancorché non completamente sviluppati, in Cass. 26 maggio 2004, n. 10157, in *Lav. giur.*, 2004, p. 1265; Trib. Treviso 13 ottobre 2000, in *Lav. prev. oggi*, 2000, p. 2324 e Trib. Camerino 2 aprile 2007, in *Lav. giur.*, 2007, p. 1044 nonché, per il riferimento agli artt. 4 e 35 Cost., nelle sentenze Cass. 2 agosto 2006, n. 17564, cit.; Cass. Ss. Uu. 6 marzo 2009, n. 5454, in *Rep.* 2009, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 644; Cass. 30 luglio 2009, n. 17778, in *Guida dir.*, 2009, 35, p. 29.

<sup>217</sup> V. Nogler, in *(Ri)scoprire le radici giuslavoristiche del "nuovo" diritto civile*, in *Europa e diritto privato*, 2013, in part. p. 1000-1008, tutto teso a superare la deriva indennitaria del diritto a lavorare del prestatore di lavoro. In giurisprudenza v. già ord. Trib. Perugia 10 giugno 2004, in *Lav. giur.*, 2006, p. 85.

<sup>218</sup> Persiani, *Contratto di lavoro e organizzazione*, Cedam, Padova, 1966

non solo le situazioni giuridiche soggettive attive e passive attribuite alle parti ma anche l'incidenza delle clausole generali come la buona fede o la correttezza sull'esercizio dei poteri datoriali<sup>219</sup> o una nuova rilevanza e incidenza della diligenza nell'esecuzione della prestazione lavorativa per esempio sulle clausole di scarso rendimento finora rilevanti solo nei limiti della prova della negligenza.

## 6. Valore attuale delle clausole generali nel rapporto di lavoro.

Proprio con riferimento ai poteri datoriali, infatti, potrebbe essere forte la tentazione di ricorrere a tali clausole generali per recuperare garanzie che la legge ha voluto attenuare, ma una tale operazione potrebbe portare ad interpretazioni in contrasto con la normativa vigente.

D'altra parte, rinunciare del tutto all'uso di tali clausole in ragione di una asserita autonomia e autosufficienza della nostra disciplina rischia di suffragare interpretazioni del tutto avulse dal sistema giuridico nel quale le stesse si inseriscono.

A mio avviso è fortemente dubbio che clausole generali come la correttezza e la buona fede possano essere utilizzate in funzione di recupero di determinate garanzie. Infatti, queste, come norme di condotta, non possono essere utilizzate per apporre limiti di validità agli atti compiuti nell'esercizio dei poteri dell'imprenditore, limiti che non siano previsti dal legislatore o dal contratto collettivo<sup>220</sup>, diversamente da quanto si verificava nel regime precedente.

Sotto quel regime l'illegittimo esercizio del potere del datore di lavoro determinava di norma l'invalidità dell'atto mentre con il nuovo regime, di norma, l'illegittimo esercizio del potere è punito con una sanzione risarcitoria.

Parimenti, affermare secondo lo *jus receptum* della giurisprudenza che le clausole di scarso rendimento rilevano solo nei limiti della prova della negligenza significa negare un valore aggiunto di queste clausole che invece tendono a spostare la responsabilità dell'adempimento del debitore (lavoratore) al momento della realizzazione del risultato.

Sono discorsi qui solo necessariamente accennati che vanno approfonditi.

## 7. Rapporti tra invalidità e illiceità dell'atto.

Anche i riferimenti all'illiceità e all'invalidità di determinati atti di esercizio dei poteri datoriali de-

<sup>219</sup> Giugni, A questo proposito mi piace ricordare l'ammonimento di Giugni "a non fare derivare dalle clausole generali un concetto generale di discrezionalità da applicare al rapporto di lavoro" e di pari passo considerare "questo concetto come strumentale ad un'idea più generale di parità di trattamento.....il rischio è che emarginiamo definitivamente il diritto del lavoro dai suoi rapporti con l'economia di mercato", in G. Santoro-Passarelli, *Diritto del lavoro e categorie civilistiche*, cit. p. 74

<sup>220</sup> Sul tema in generale Cfr. A. Di Majo, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in *Riv.crit.dir.priv.*, 1984, p. 539 ss., ivi 553; U. Natoli, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1974, p. 27; L. Mengoni, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv.crit.dir.priv.*, 1986, p. 5 ss., ivi 13 e 17. V. anche P. Rescigno, *Appunti sulle clausole generali*, in *Riv. dir. comm.*, 1998, p. 1 ss. In senso contrario si esprime S. Rodotà, *Le fonti di integrazione del contratto*, ristampa integrata, Milano, 2004, p. 178.

Tra i giuslavoristi si legga L. Montuschi, *L'applicazione giurisprudenziale del principio di correttezza e di buona fede nel rapporto di lavoro*, in *Lav dir.*, 1996, p. 143; A. Perulli, *La buona fede nel diritto del lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 2002, p. 3 ss.; 2001; M. Persiani, *Considerazioni sul controllo di buona fede dei poteri del datore di lavoro*, in *Dir. lav.*, 1995, p. 135 ss., p. 142-143 e, da ultimo, le relazioni alle giornate di studio AIDLASS (29-30 maggio 2014) di G. Loy, *Diritto del lavoro e nozioni a contenuto variabile*; P. Campanella, *Clausole generali e obblighi del prestatore di lavoro*; S. Bellomo, *Autonomia collettiva e clausole generali*, tutte in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2015, p. 3 e ss.

vono essere opportunamente precisati: l'illiceità dell'atto non determina necessariamente l'invalidità dello stesso.

Così il licenziamento privo di giustificato motivo oggettivo ai sensi dell'art. 3 del d. lgs. n. 23 del 2015 è illecito ma valido, perché estingue il rapporto dando luogo alla sola indennità risarcitoria commisurata all'anzianità di servizio, mentre lo stesso licenziamento privo di giustificato motivo e giusta causa ai sensi dell'art. 18 è invalido.

Anche il licenziamento discriminatorio è invalido, perché non idoneo ad estinguere il rapporto.

A volte le due categorie sono concorrenti o alternative nell'ambito della stessa disposizione: si pensi al nuovo testo dell'art. 2103 c.c.: l'adibizione a mansioni diverse in mancanza di adempimento dell'obbligo formativo, laddove necessario, è illecita ma valida.

Il demansionamento al di fuori delle ipotesi previste dalla legge, invece, ricade nella nullità di ogni patto contrario e conseguentemente è invalido e si tratta di una sanzione forte come la nullità.

In linea generale si potrebbe affermare che la concorrenza tra le due categorie si verifica tutte le volte in cui l'illegittimo esercizio del potere si traduce nella nullità dell'atto con conseguente tutela reale (altro discorso è, ovviamente, la possibilità di esecuzione in forma specifica); l'alternatività tra illiceità e invalidità si ravvisa, invece, laddove l'illegittimo esercizio del potere datoriale determina soltanto una tutela risarcitoria.

Una delle categorie civilistiche maggiormente interessata dalle nuove disposizioni è proprio la nullità, a volte espressamente menzionata dal legislatore (nuovo testo dell'art. 2103, comma 9; art. 2 del d. lgs. n. 23 del 2015; altre volte, invece, non presa in considerazione ma astrattamente ricavabile in base alla disciplina generale del Codice civile.

#### **8. Rapporti tra il regime generale delle nullità ex artt. 1324 e 1418 c.c. e il regime di tutela del licenziamento illegittimo stabilito dagli artt. 2 e 3 del d.lgs. n. 23 del 2015.**

Come si è detto, l'art. 2 prende in considerazione accanto al licenziamento discriminatorio altri casi di nullità del licenziamento *espressamente* previsti dalla legge, mentre l'art. 3 dello stesso decreto ha stabilito la tutela indennitaria nei casi in cui risulti accertato che non ricorrono gli estremi del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, giustificato motivo soggettivo e giusta causa con l'eccezione prevista dal secondo comma della stessa disposizione, che invece prevede la reintegrazione in certe ipotesi di licenziamento per giustificato motivo soggettivo.

Orbene queste due norme pongono all'interprete un interrogativo sul regime sanzionatorio applicabile alle ipotesi di illegittimità del licenziamento derivanti da violazione di norme imperative o dal motivo illecito e determinante ma che non siano previsti dalla normativa lavoristica espressamente come ipotesi di nullità.

E quindi la prima domanda che bisogna porsi è quale sia l'ambito di applicazione dell'espressione adottata dal legislatore nell'art. 2 e cioè *"quali siano gli altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge"*.

Un'interpretazione letterale della norma porta ad individuare solo due ipotesi:

1) i licenziamenti intimati per causa di matrimonio ai sensi dell'art. 35, comma 2, d.lgs. n. 198 del 2006 (testo unico delle pari opportunità uomo donna);

2) i licenziamenti intimati durante la gravidanza e fino al compimento di un anno di vita del bambino, ed altre ipotesi connesse alla tutela della c.d. genitorialità<sup>221</sup> (in base all'art. 54, comma 5, d.lgs. n. 151 del 2001).

L'interpretazione letterale di questa formulazione legislativa escluderebbe dalla nullità tutte le ipotesi prese in considerazione dall'art. 18 commi 1 e 7 della legge Fornero e tra queste, in particolare quella del licenziamento determinato da un motivo illecito "determinante".

La fattispecie evocava in modo netto l'art. 1345 c.c. e con esso il licenziamento determinato da un motivo di ritorsione o di rappresaglia rispetto ad un comportamento legittimo del dipendente, da tempo assimilato dal diritto vivente, almeno negli effetti, al licenziamento discriminatorio<sup>222</sup>.

La nuova disciplina, invece, non menziona più l'art. 1345 c.c.

Pertanto, a rigore, la nullità del licenziamento determinato da un motivo illecito determinante non risulta più "espressamente" prevista<sup>223</sup>, come pure non risulta espressamente prevista la nullità del licenziamento in violazione di norme imperative come per esempio la violazione dell'art. 2110 comma 2 c.c.

L'interpretazione letterale di questa formulazione legislativa indubbiamente esclude dalla dall'applicazione della nullità queste, come anche altre gravi ipotesi di recesso, se è vero che esistono previsioni di divieto non espressamente poste a pena di nullità eppure desumibili dal testo della legge (si pensi al divieto di licenziare un lavoratore in caso di trasferimento d'azienda o il licenziamento irrogato prima del superamento del periodo di comporto ossia per violazione dell'art. 2110 comma 2 c.c.).

Ma prima di arrivare a questa conclusione bisogna avere riguardo all'art. 1324 c.c. secondo cui si applicano agli atti unilaterali tra vivi aventi contenuto patrimoniale le norme che regolano i contratti in materia di nullità in quanto compatibili, salve diverse disposizioni di legge.

Anche questa norma riferibile certamente al licenziamento contiene una riserva a favore di una normativa apposita, e cioè, nel caso di specie, del Jobs Act che, come si è detto, applica al licenziamento illegittimo per giustificato motivo oggettivo, e soggettivo in alcuni casi, soltanto la sanzione indennitaria e cioè considera il licenziamento valido ma illecito.

D'altra parte anche l'art. 1418 comma 1 sancisce la nullità del contratto quando è contrario a norme imperative *salvo che la legge disponga diversamente*.

Quindi anche in caso di violazione di norme imperative la sanzione della nullità non può essere applicata quando una normativa espressamente prevede un regime sanzionatorio diverso, in questo caso costituito dall'art. 3 comma 1 del d.lgs. n. 23.

Ma questa disposizione, come è noto, richiama espressamente il licenziamento per giustificato motivo oggettivo o soggettivo o per giusta causa.

---

<sup>221</sup> Si tratta delle ipotesi dell'art. 54, commi 1, 6, 7 e 9: licenziamenti intimati in conseguenza della domanda o della fruizione del congedo parentale o per malattia del bambino, licenziamenti intimati al padre del bambino durante il periodo di astensione obbligatoria e fino al compimento di un anno di vita del bambino, nel caso di morte o grave infermità della madre, di abbandono o di affidamento esclusivo al padre.

<sup>222</sup> Cfr. *ex plurimis* v. Cass. 8 agosto 2011, n. 17087; Cass. 18 marzo 2011, n. 6282.

<sup>223</sup> Cfr. sul punto, M. Marazza, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, 311 ss., propende per considerare comunque espressamente prevista dalla legge la nullità del licenziamento per motivo illecito.

E perciò il giudice dovrà in primo luogo accertare se il licenziamento sottoposto al suo esame integri gli estremi del giustificato motivo oggettivo o soggettivo o per giusta causa.

E così ad esempio il licenziamento per mancato superamento del periodo di comportamento e il licenziamento del lavoratore in caso di trasferimento di azienda integrano gli estremi del giustificato motivo soggettivo o oggettivo?

In questi casi, a mio avviso, sia pure con qualche dubbio, si può rispondere affermativamente<sup>224</sup>.

Si deve aggiungere a questo punto che l'art. 1418 al comma 2 cc. stabilisce che producono nullità del contratto, tra le altre cause, l'illiceità dei motivi nel caso indicato dall'art. 1345 c.c.

Quest'ultima disposizione sembra avere una portata fortemente inderogabile perché non fa salva una diversa disposizione di legge ma soprattutto il licenziamento per ritorsione o rappresaglia, e cioè per motivo illecito, non appare riconducibile né al giustificato motivo soggettivo né a quello oggettivo ma provoca la lesione della dignità del lavoratore analogamente a quello discriminatorio.

E quindi nel silenzio del Jobs Act, il licenziamento per ritorsione, non essendo riconducibile né al giustificato motivo oggettivo né a quello soggettivo, deve essere considerato nullo ai sensi dell'art. 1418 comma 2 c.c. al pari del licenziamento discriminatorio.

Vale la pena anche precisare che in questo caso non si tratta di usare la nullità per aggirare le norme di legge e per perseguire obiettivi non voluti dal legislatore ma soltanto si propone un'interpretazione delle norme che non stravolga la corretta e conseguente applicazione del regime generale delle nullità previsto dall'art. 1418 c.c. in assenza di una espressa tutela risarcitoria prevista dalla legge.

## 9. Matrice civilistica del diritto sindacale italiano.

Quanto alla matrice civilistica del diritto sindacale mi corre l'obbligo di ricordare un famoso convegno, quello di Taormina del 1954, dove si fronteggiarono due tesi sull'art. 39 cost. una di stampo pubblicistico di Mortati<sup>225</sup> e l'altra di impronta privatistica di Santoro-Passarelli<sup>226</sup>.

In quel caso prevalse la ricostruzione privatistica, a mio avviso, non per ragioni di natura teorica e scientifica, ma perché la qualificazione del sindacato come associazione privata e il contratto collettivo, come contratto di diritto comune, soddisfacevano in modo immediato le esigenze e le aspettative del sindacato, in assenza e nell'attesa di una legge sindacale che tardava ad intervenire.

Certamente se fosse intervenuta la legge sindacale, la partita si sarebbe svolta in modo diverso. Ma la storia non si fa con i se, e nell'attesa della legge sindacale la privatizzazione del diritto sindacale apparve la soluzione più efficiente alla risoluzione dei problemi concreti e immediati dei

---

<sup>224</sup> Infatti l'art. 2112 comma 4 pur affermando che il trasferimento di azienda non costituisce di per se motivo di licenziamento fa salva la facoltà di esercitare il recesso ai sensi della normativa in materia di licenziamento con la conseguenza che il licenziamento disposto in occasione del licenziamento potrà essere considerato illegittimo ma sanzionato con il risarcimento e non più con la reintegrazione.

<sup>225</sup> C. Mortati, *Il lavoro nella Costituzione*, in DL, 1954, I, 149.

<sup>226</sup> Non è mai stata pubblicata la relazione di F. Santoro-Passarelli, ma l'illustre autore ha pubblicato le sue tesi in una serie di saggi *Autonomia collettiva, giurisdizione e diritto di sciopero, Contratto collettivo e norma collettiva, Esperienze e prospettive giuridiche dei rapporti tra i sindacati e lo Stato, Autonomia collettiva* ora tutti in *Saggi di diritto civile*, I, Jovene, Napoli, 1961.

sindacati, notoriamente contrari all'intervento legislativo in materia sindacale e, in particolare la Cisl, all'attuazione dell'art. 39 comma 4 cost.

Tuttavia e, doverosamente, si deve aggiungere che la necessità di approntare un minimo di disciplina giuridica ai sindacati e al contratto collettivo non ha impedito di mettere in luce i limiti che pure presenta la ricostruzione privatistica: e cioè la difficoltà di fondare normativamente l'inderogabilità del contratto collettivo una volta che fosse considerato atto di autonomia priva sia pure collettiva anzichè atto normativo.

Come pure l'efficacia soggettiva del contratto collettivo necessariamente limitata e non erga omnes ha sempre costituito un limite.

Entrambi questi limiti sono stati superati sul piano empirico con molta disinvoltura dalla giurisprudenza che ha continuato a fondare sull'art. 2077 c.c. l'inderogabilità del contratto collettivo di diritto comune anche se la norma si riferiva al contratto corporativo che era un atto normativo e non un atto di autonomia privata.

Mentre ha riconosciuto l'efficacia generalizzata, e, si noti, non generale del contratto collettivo, sia, attraverso i meccanismi volontari dell'autonomia individuale di estensione dell'efficacia soggettiva come l'accettazione tacita, il comportamento concludente, la clausola di rinvio, sia, in caso di dissenso delle parti, ricorrendo al combinato disposto dell'art. 36 Cost. e art. 2099 comma 2 c.c.

D'altra parte bisogna ricordare che sul piano teorico i problemi legati all'efficacia soggettiva del contratto collettivo sono stati risolti nell'esperienza sindacale italiana dal principio dell'effettività dell'attività sindacale come portato della teoria dell'ordinamento intersindacale<sup>227</sup>.

Questa teoria ha avuto una funzione notevole nello sviluppo delle relazioni industriali e in generale nella cultura giussindacale nel periodo degli anni 60 e 70, e il suo autore ha partecipato in veste di protagonista, non solo alla redazione dello Statuto dei diritti dei lavoratori, ma può considerarsi l'autore tecnico di diversi accordi cd. di concertazione a cominciare da quelli del 1984 e, in particolare, quello del 1993 (con annesso accordo interconfederale sull'istituzione delle r.s.u) dove le parti sociali e il governo si obbligavano a uno scambio politico in cui ciascuna delle parti si impegnavano fare qualcosa: il governo riconosceva incentivi fiscali e previdenziali alle imprese che creavano nuove occasioni di lavoro, e i sindacati si impegnavano a una politica di moderazione salariale e di contenimento del conflitto collettivo<sup>228</sup>.

In questi accordi la funzione del sindacato travalica quella rappresentativa degli interessi del mondo del lavoro dipendente per assumere senza infingimenti un vero e proprio ruolo politico di partecipe alle scelte di politica economica del Governo in materia di lavoro.

Infatti secondo la Corte costituzionale tali accordi non rientrano nella sfera di applicazione dell'art. 39 cost.<sup>229</sup>.

---

<sup>227</sup>Giugni, *Introduzione allo studio dell'autonomia collettiva*, Milano 1960.

<sup>228</sup>G. Santoro Passarelli, *Intervento*, in *Parlamento e concertazione, Atti dell'Incontro di studio, Roma, 18 febbraio 1999*, in *Quad. arg. dir. lav.*, Padova, Cedam, 1999, pp. 75 ss.; E. Ghera, *la Concertazione sociale nell'esperienza italiana*, in *RIDL*, 2000, I, p. 115

<sup>229</sup>Corte cost., 7 febbraio 1985, n. 34 in *Giust. civ.*, 1985, I, p. 607

E questo aiuta a comprendere come la rappresentanza sindacale come rappresentanza volontaria degli interessi e come fondamento dell'efficacia soggettiva del contratto collettivo ovviamente non risulta più utile schema di imputazione degli effetti del contratto collettivo, imputazione già messa in discussione da quelle dottrine<sup>230</sup> secondo le quali il potere del sindacato non deriva dai suoi associati ma dallo stesso art. 39 cost.

Certamente, come si è detto, un portato della ricostruzione di Giugni è il principio dell'effettività dell'attività sindacale che consente di riconoscere al contratto collettivo efficacia generalizzata in via di fatto, a tutti i lavoratori iscritti e non iscritti ad eccezione di quei lavoratori iscritti al sindacato dissidente che abbia la forza di imporre alla controparte un nuovo contratto collettivo. Così operando il contratto collettivo si avvicina molto alla fonte. E infatti, Giugni con grande equilibrio e realismo, afferma che il contratto collettivo, deve essere considerato fonte dell'ordinamento intersindacale e atto di autonomia privata nell'ambito dell'ordinamento statale e definisce " bivalenza normativa" questa attitudine del contratto collettivo.

A questo proposito bisogna anche aggiungere che il sistema sindacale italiano si è potuto sviluppare e articolare in modo fecondo secondo il principio dell'effettività sindacale se e nella misura in cui ha retto e regge l'unità di azione tra i grandi sindacati storici. Quando questa è venuta meno, inesorabilmente viene meno l'effettività dell'attività sindacale e l'intervento della legge diventa inevitabile.

L'efficacia generalizzata era favorita nei fatti dall'unità di azione dei sindacati e anche dalla crescita economica.

È vero infatti che non ci sono dissensi quando la contrattazione è acquisitiva. I problemi diventano rilevanti, in assenza di una norma di legge, quando la contrattazione è in parte ablativa, nel senso che introduce deroghe peggiorative alla disciplina preesistente o di rango superiore, *perché con il contratto non è facile governare il dissenso*.

Il venir meno dell'unità di azione sindacale ha mostrato in modo evidente la limitata operatività del contratto collettivo di diritto comune sia nei confronti dei lavoratori non iscritti ad alcun sindacato, sia quando nello stesso settore si abbiano più contratti collettivi nazionali.

Nè è riuscita ad arginare il dissenso sindacale la tesi suggestiva del contratto collettivo come fonte e della sua possibile collocazione nel sistema delle fonti sostenuta da una parte della dottrina pubblicistica<sup>231</sup> e lavoristica<sup>232</sup> sulla base del principio di effettività e del tasso di osservanza e di accettazione del contratto collettivo e su un dato normativo come l'art. 360 n. 3 c.p.c nel testo novellato dal d.lgs. n. 40 del 2006 che prevede la ricorribilità in Cassazione per violazione o falsa applicazione delle clausole dei contratti collettivi nazionali.

<sup>230</sup> R. Scognamiglio, *Autonomia sindacale ed efficacia del contratto collettivo di lavoro*, in *RDC.*, 1971, I, p. 140 M. Persiani, *Saggio sull'autonomia privata collettiva*, Cedam, Padova, 1972

<sup>231</sup> A Pizzorusso, Art. 1- 9 Fonti del diritto, in Comm Sialoja e Branca, Giuffrè Milano, 2011; F. Modugno, I contratti collettivi di diritto comune sono fonti? in G. Santoro- Passarelli (a cura) *Rappresentanza sindacale e contratto collettivo*, Jovene, pp. 7 e ss. Napoli, 2010; 1

<sup>232</sup> *Ex multis* M. Rusciano, *Contratto collettivo e autonomia sindacale*, Torino 2003, in part. p. 254; *Utet*, Torino 2003, in part. 254; Id, *La difficile metamorfosi del contratto collettivo*, in Studi in onore di Ghera, Bari, 2008, p. 106; G. Proia, *Questioni sulla contrattazione collettiva*, Giuffrè, Milano, 1994, pp.119, 167 parla di fonte fatto; E. Ghera, *L'articolo 39 della Costituzione e il contratto collettivo*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, 202/2014.

Per completezza però va ricordato che un'altra parte della dottrina<sup>233</sup> contesta questo assunto, ribadisce la natura privata degli interessi collettivi destinati a prevalere su quelli individuali ed osserva come la previsione di sanzioni ed incentivi all'applicazione di una disciplina sindacale presupponga l'efficacia limitata del contratto collettivo.

Ma anche superando questi ultimi rilievi, si deve riconoscere che il contratto come fonte non si è imposto sui dissenzienti nelle aule di giustizia, mentre si è imposto sul piano dell'effettività solo nei confronti dei soggetti che non hanno la forza contrattuale di imporre al datore di lavoro un altro contratto. Ma questo, come si è detto è un portato dell'effettività dell'attività sindacale che regge quando c'è l'unità di azione tra sindacati.

Mentre, come è noto la norma di legge si impone sui destinatari anche contro la volontà degli stessi.

Certamente al di là delle questioni di costituzionalità, il contratto collettivo aziendale ex art. 8 legge n. 148 del 2011 può essere considerato una fonte in senso tecnico perché è munito non solo dell'efficacia generale attribuita dall'art. 8 ma anche della forza di derogare direttamente norme inderogabili di legge<sup>234</sup>. E ormai anche il Jobs act si colloca sulla stessa scia dell'art. 8, ossia la legge autorizza non soltanto il contratto collettivo ma anche a quello individuale a derogare norme di legge, *ma diversamente dall'art. 8 non ha attribuito efficacia generale ai contratti collettivi in deroga*.

E infine il diritto di sciopero: come è noto ha prevalso la tesi della titolarità individuale del diritto di sciopero, sostenuta da autorevoli civilisti, o come diritto potestativo<sup>235</sup>, ormai superato dalla giurisprudenza costituzionale che ha riconosciuto lo sciopero d'imposizione politica economica e anche lo sciopero politico, o come diritto assoluto della persona<sup>236</sup>, perché era l'unico modo per esercitarlo subito all'indomani della promulgazione della Costituzione.

Non è prevalsa la tesi della titolarità collettiva dello sciopero<sup>237</sup> che sicuramente era più persuasiva perché avrebbe avuto, come ha anche oggi bisogno, dell'intervento del legislatore ordinario.

Eppure anche in questo caso la realtà sta diventando sempre più pressante soprattutto in tema di sciopero nei servizi pubblici essenziali e sta riprendendo vigore la tesi della titolarità collettiva e cioè del fatto che lo sciopero si attua solo se la maggioranza dei lavoratori è favorevole. Ma anche in questo caso dovrà intervenire il legislatore.

## 10. Funzione attuale delle categorie civilistiche nel rapporto di lavoro.

Sulla base delle tematiche esaminate è ora possibile formulare una risposta all'interrogativo prima sollevato in ordine alla funzione delle categorie civilistiche nel diritto del lavoro.

<sup>233</sup> M. Persiani, *Il contratto collettivo di diritto comune nel sistema delle fonti del diritto del lavoro*, in ADL, 2004, I, pp. 1, 8, 15.

<sup>234</sup> G. Santoro-Passarelli, *Sistema delle fonti nel diritto del lavoro e l'art.8 l. n.148/2011*, in Mass. giur. lav., 2012, pp. 157-159.

<sup>235</sup> F. SANTORO-PASSARELLI, *Autonomia collettiva, giuridizione diritto di sciopero*, cit., p. 177.

<sup>236</sup> L. MENGONI, *Lo sciopero nel diritto civile*, in AAVV, *Il diritto di sciopero*, Giuffrè, Milano, 1964, 4.

<sup>237</sup> In questo senso già Calamandrei, *Significato costituzionale del diritto di sciopero*, RGL., 1952.I, 221.

Esse hanno una funzione strumentale e cioè servono a colmare le lacune del sistema e a spiegare fatti e valori dell'esperienza concreta ma non possono sovrapporsi ad essa ed ingabbiare o ingessare la materia sempre mutevole oggetto della nostra disciplina e quindi a proporre soluzioni interpretative in contrasto con la normativa lavoristica che è pur sempre speciale.

E questo aiuta a comprendere perché l'uso delle categorie civilistiche nel rapporto di lavoro non è cessato, ma ha favorito, dove ha trovato vuoti di disciplina, l'emersione di situazioni giuridiche soggettive nuove ed un arricchimento di nuovi profili della figura del danno non patrimoniale e ha configurato, negli interstizi della disciplina del licenziamento illegittimo, prevalentemente indennitaria, ulteriori ipotesi di nullità del licenziamento.

Invece, in altri casi lo stesso legislatore ha valorizzato l'autonomia delle parti individuali, consentendo, da un lato, al lavoratore sia pure in sede assistita, di accettare una retribuzione e un declassamento inferiori, e, dall'altro lato, limitando sensibilmente l'inderogabilità delle norme di legge e di contratto collettivo.

Insomma il diritto del lavoro si è sicuramente emancipato dal diritto civile ma non per questo cessa di considerarlo suo interlocutore privilegiato.

E anzi si può dire di più, e cioè che il diritto del lavoro ha contribuito a favorire un'interpretazione costituzionalmente orientata di molte categorie del diritto civile attraverso il riconoscimento di valori come la dignità della persona e la solidarietà, la non discriminazione che ormai sicuramente permeano tutta la trama della disciplina del contratto di lavoro subordinato.

## **11. Conclusioni: metodo e obiettivi del Jobs Act.**

In conclusione di questo intervento l'interprete può osservare che i diversi decreti legislativi del Jobs Act disegnano un nuovo volto del diritto del lavoro, molto diverso e forse opposto a quello degli anni 70 in cui la nostra generazione si è formata, ma diverso anche dal diritto del lavoro disegnato dalla cd. riforma Fornero di appena tre anni fa.

Si percepisce chiaramente l'intento dell'attuale legislatore del lavoro di proporre una riforma più in sintonia con quella degli altri Paesi Europei anche se siamo ancora lontani da una disciplina uniforme europea del rapporto e del mercato del lavoro.

In secondo luogo si avverte rispetto alla legge Fornero l'assoluta assenza dell'intervento delle parti sociali e anzi la contrarietà dei sindacati dei lavoratori rispetto ai nuovi provvedimenti legislativi perché è vero che il livello di tutele nel rapporto di lavoro si è attenuato.

Quindi si osserva una diversità di metodo nella predisposizione del nuovo apparato normativo lontano anni luce dai tempi della concertazione.

E si noti che l'assenza sindacale si registra anche nella disciplina di materie naturalmente sindacali. Il noto testo unico promulgato in forma solenne all'inizio del 2014 in materia di rappresentatività ed efficacia del contratto collettivo non ha avuto alcuna attuazione.

Le cause di questa incapacità del sindacato di incidere su queste materie come su quelle del rapporto e del mercato di lavoro sono molteplici.

La prima ragione dell'arretramento dell'intervento sindacale dipende dalla sostanziale crisi di rappresentatività dei sindacati, se si considera che solo il 13% degli occupati è sindacalizzato.

La seconda ragione è il timore, non espresso, ma palese di alcuni sindacati di contarsi effettivamente. Timore che poi impedisce di misurare la rappresentatività sindacale, che invece è considerata l'architrate non solo per l'esercizio dei diritti sindacali ma anche ai fini della conclusione del contratto collettivo.

La terza ragione è che il legislatore ha fessibilizzato direttamente la disciplina del rapporto di lavoro e sta tentando di rendere più efficiente la funzione del mercato del lavoro, finora assai inadeguato, allo scopo di favorire il reperimento di nuova occupazione <sup>238</sup>.

È vero che la legge lascia ampi spazi alla contrattazione collettiva ad esempio in materia inquadramento di mansioni. Opportunamente la legge ha affidato al contratto collettivo il compito di stabilire il valore delle mansioni nello stesso livello di inquadramento e non al giudizio di equivalenza inevitabilmente discrezionale e soggettivo del giudice. In altre ipotesi la legge ha delegato il contratto collettivo a introdurre trattamenti in parte peggiorativi e ha valorizzato la contrattazione aziendale perché questo contratto appare più adeguato a risolvere direttamente assetti e crisi aziendali senza essere obbligato a osservare modalità e procedure dettate dal contratto nazionale.

Questa nuova impostazione dei rapporti tra legge e contratto collettivo ha prodotto sicuramente l'effetto di ridimensionare una delle caratteristiche essenziali del diritto del lavoro tradizionale e cioè l'inderogabilità delle norme di legge e di contratto collettivo.

Il secondo effetto del nuovo rapporto tra legge e contratto collettivo sarà, a mio avviso, costituito dal superamento del doppio livello di contrattazione a favore di quello aziendale per le ragioni appena esposte.

L'impressione complessiva è che stiamo assistendo ad un forte ridimensionamento del potere sindacale ed ad un contestuale rafforzamento del potere dell'esecutivo e del potere legislativo in materia sindacale.

Una spia del mutato rapporto tra potere politico e potere sindacale e quindi della legge rispetto al contratto collettivo sarà costituito dal destino che avranno i vari disegni di legge sulla rappresentanza sindacale a seguito della sostanziale inattuazione del testo unico del 2014<sup>239</sup>.

Come è noto in Italia non è stato possibile varare una legge sindacale per la contrarietà dei sindacati confederali. Ora si vedrà se il legislatore con il mutato clima politico riuscirà a realizzare una legge sulla rappresentanza sindacale della quale si parlava già nel 1960<sup>240</sup>.

<sup>238</sup> A proposito della disoccupazione giovanile Ichino fa presente nell'editoriale del 10 gennaio 2016 i difetti dei servizi di orientamento scolastico e professionale.

<sup>239</sup> Sulla genesi del testo unico e sui suoi contenuti cfr. F. Carinci *Il lungo cammino per Santiago della rappresentatività sindacale: (dal Tit.III dello Statuto dei lavoratori al Testo Unico sulla Rappresentanza 10 gennaio 2014*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", 205/2014 e in Dir. rel. ind., 2014, p. 309 e ss.

<sup>240</sup> Sul problema generale Cfr. G. Santoro-Passarelli (a cura di), *Rappresentanza sindacale e contratto collettivo*, Napoli, 2010 ma già in precedenza Id., *Rappresentanza e rappresentatività sindacale: istituzionalizzazione della rappresentatività sindacale?*, in Giorn. dir. rel. ind., 1989, p. 329 e ss. ed ora in Id. *Realtà e Forma nel diritto del lavoro*, Torino, 2006, I, p. 47 e ss.. Si veda inoltre M. Rusciano M., *Lettura e rilettura dell'art. 39 Costituzione*, in *Dir. lav. merc. LM*, 2013, 2, 263; E. Ghera, *L'articolo 39 della Costituzione e il contratto collettivo*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", 202/2014; B. Caruso, *Per un intervento eteronomo sulla rappresentanza sindacale: se non ora quando!*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona", 206/2014.

È vero però che anche nella recente proposta sulla contrattazione collettiva i sindacati confederali hanno richiesto l'attuazione dell'art. 39 comma 4 Cost con l'evidente intento di scongiurare l'intervento del Governo sul salario minimo garantito.

È ovvio che l'attuazione di questa disposizione costituzionale, considerata dai sindacati fino ad ora un tabù, cambierebbe gli scenari del diritto sindacale in modo radicale perché il contratto collettivo acquistando efficacia generale<sup>241</sup> in senso tecnico diventerebbe una fonte del diritto a tutti gli effetti e cioè un atto normativo e non più negoziale.

La seconda domanda che bisogna porsi è perché il legislatore italiano ha ritenuto di ridefinire la disciplina del rapporto di lavoro subordinato del lavoro, delle collaborazioni, dei poteri del datore di lavoro, del mercato del lavoro e ha annunciato anche la riforma del lavoro autonomo?

La risposta sta nella convinzione radicata che le nuove normative debbano ridurre l'elevato tasso di disoccupazione che raggiunge livelli impressionanti per quanto riguarda la disoccupazione giovanile, in particolare nel mezzogiorno d'Italia.

Ovviamente il Governo, come tutti, è ben consapevole che non basta una legge sul rapporto e sul mercato di lavoro per aumentare i livelli di occupazione ma sono necessarie, come si dice oggi, la crescita e lo sviluppo.

E, d'altra parte, bisogna riconoscere che la competizione tra le imprese derivante dalla internazionalizzazione dei mercati, diventata brutale (basti pensare alla vicenda della Volkswagen), e la concorrenza, assunta come valore dalla normativa europea, hanno imposto alle imprese di ridurre i costi di produzione e, tra questi, quello del lavoro.

La funzione del Jobs Act è quindi quella di rendere più attrattiva per le imprese la disciplina del rapporto di lavoro oggi denominato a tutele crescenti.

E per realizzare questo obiettivo il legislatore ha tentato di ridurre non soltanto i costi contributivi attraverso sgravi ma anche la discrezionalità del giudice per consentire all'impresa di quantificare con certezza i costi di una determinata operazione e per rafforzare la certezza del diritto nella gestione dei rapporti di lavoro, messa a dura prova quando questioni identiche sono risolte in modo diverso, se non diametralmente opposto, dalla diversa sensibilità dei singoli giudici.

In realtà la discrezionalità del giudice è stata eliminata con riferimento all'indennità corrisposta in caso di licenziamento illegittimo e anche con il superamento della valutazione da parte del giudice dell'equivalenza delle mansioni ormai sostituita dal riferimento del contratto collettivo alla categoria e al livello di inquadramento.

Per contro non sembra eliminata la discrezionalità del giudice quando questi debba valutare l'esigenza organizzativa che giustifica l'adibizione del lavoratore al livello di inquadramento inferiore e neppure quando si tratti di stabilire quali siano i criteri per individuare i rapporti di collaborazione soggetti alla disciplina del lavoro subordinato. È forte ancora tra gli interpreti la discussione sulla natura, ancor prima che sulla delimitazione dei rapporti di collaborazione organizzati dal committente e cioè se siano autonomi o subordinati.

---

<sup>241</sup> V. in questo senso già Crisafulli, *Fonti del diritto*, in *Enc dir.* vol. XVII, Milano, 1968, pp.925 -966

In secondo luogo il Jobs Act persegue un duplice obiettivo di favorire nuove assunzioni e di dirottare nel rapporto a tutele crescenti la gran parte dei rapporti di lavoro cd. precari (contratto a termine, somministrazione, apprendistato).

E per conseguire questo risultato, il legislatore, da un lato si preoccupa di ricondurre nell'area del lavoro subordinato il maggior numero possibile di lavoratori con l'obiettivo di ridurre il numero dei cd. outsiders, ai quali, abrogata la disciplina del lavoro a progetto, si applicano poche tutele, e dall'altro lato, annuncia una disciplina del lavoro autonomo, attualmente in corso di discussione parlamentare.

In terzo luogo, nell'evidente intento di rendere il contratto a tutele crescenti, - id est il lavoro subordinato a tempo indeterminato, - più attrattivo, attenua le tutele esistenti del rapporto di lavoro attraverso la drastica riduzione dell'inderogabilità dell'art. 2103 c.c. in materia di mutamento di mansioni, dell'art. 4 dello Statuto in materia di controlli e infine in materia di licenziamento riduce sensibilmente l'ambito di applicazione della reintegrazione.

In altre parole nell'ambito dell'impresa si rafforzano i poteri dell'imprenditore e, tra l'interesse di quest'ultimo alla temporaneità dei vincoli contrattuali e quello del lavoratore alla continuità e alla stabilità del posto di lavoro viene privilegiato il primo.

E tuttavia bisogna precisare che questa non è una scelta di valori o una scelta di campo: in questo contesto il Jobs Act privilegia le ragioni dell'impresa per favorire una maggiore occupazione come dimostrano quei provvedimenti legislativi che disciplinano il mercato del lavoro attraverso la valorizzazione della formazione e della riqualificazione delle persone che sono in cerca di prima o di nuova occupazione.

L'obiettivo è sicuramente ambizioso perché il nuovo legislatore tende al superamento della tradizionale contrapposizione tra valori come l'uguaglianza sostanziale e la solidarietà con i valori come l'efficienza, la competitività e il merito.

È vero che il riconoscimento di questi ultimi valori concorre per esempio al tramonto del mito del posto fisso per tutta la durata della vita lavorativa con i suoi privilegi ed inefficienze ma non bisogna dimenticare che la continuità del rapporto di lavoro è un supporto rilevante per garantire al lavoratore la dignità e la possibilità di programmare il suo futuro.

Si vedrà nei prossimi anni se le nuove normative avranno favorito effettivamente una maggiore occupazione.

Nell'attesa di queste verifiche bisogna ribadire però un punto fermo: è vero che il diritto del lavoro attuale riconosce le ragioni dell'impresa ed è proiettato a favorire la maggiore occupazione, ma è altrettanto vero che non può disconoscere un valore importante e cioè che nel contratto di lavoro è coinvolta la persona del lavoratore e quindi deve essere garantita la sua dignità.

Questo valore, consacrato anche dalla nostra Costituzione, ha giustificato in definitiva il superamento dello schema della locazione dove le energie lavorative erano prese in considerazione come bene staccato dalla persona del lavoratore.

Già da tempo la dottrina ha avvertito che il tratto distintivo rispetto agli altri contratti consiste nel fatto che il contratto di lavoro riguarda l'aver per l'imprenditore e l'essere per il lavoratore <sup>242</sup>.

Questa conclusione, sicuramente un po' agè, non deve indurre a perdere di vista l'orizzonte che oggi si manifesta alla nostra osservazione. Se la prospettiva è la riduzione a tutti i costi della disoccupazione bisogna prendere atto che il legislatore europeo e nazionale non potrà avere come referente principale la tutela dei diritti del lavoratore nella sua relazione individuale con il datore di lavoro ma dovrà dare corpo e sostanza normativa ad una serie di politiche fiscali e previdenziali e di formazione professionale che incentivano l'occupazione e che poco hanno a che fare con il diritto del lavoro che noi conosciamo.

Ciò significa che il diritto del lavoro ormai non può essere disgiunto dal diritto dell'occupazione che ricomprende tutti i provvedimenti del Governo e delle Regioni che hanno come obiettivo la formazione, la riqualificazione professionale e la tutela del reddito dei lavoratori disoccupati che hanno perso il posto di lavoro e sono in cerca di una nuova occupazione o di coloro che sono inoccupati e che sono in cerca di prima occupazione. E l'art. 4 Cost è sicuramente la base costituzionale del neo diritto dell'occupazione o, se si preferisce all'occupazione del quale abbiamo un primo significativo esempio nel Jobs Act.

In altre parole lo scenario che si presenta prepotentemente di fronte a noi è costituito dai provvedimenti di varia natura che il Governo dovrà attivare per risolvere una crisi occupazionale ormai endemica e aggravata sempre di più dall'ingresso nel nostro Paese di migranti che sicuramente possono costituire in potenza una risorsa ma che in atto costituiscono un costo enorme. È una partita di una complessità inaudita che non può essere affrontata soltanto dalla solidarietà dei singoli Paesi membri ma deve essere risolta da un progetto di solidarietà e di cooperazione dell'Europa che invece stenta a decollare e a manifestarsi con provvedimenti concreti.

---

<sup>242</sup> F. Santoro-Passarelli, *Spirito del diritto del lavoro*, in *Annali del Seminario giuridico dell'Università di Catania*, 1947-48, p.3, e ora in *Saggi di diritto civile*, Napoli, 1961, p. 1071.

## La disciplina delle mansioni nel d.lgs. n. 81 del 2015\*

Fabrizio Amendola

1. Mansioni e contratto di lavoro subordinato.	86
2. La riforma del mutamento di mansioni al tempo del Jobs Act.	86
3. Le questioni relative all'osservanza della legge delega.	88
4. La scomparsa dell'equivalenza.	90
5. La tutela della professionalità.	92
6. Adibizione a mansioni appartenenti al livello di inquadramento inferiore.	97
7. Gli accordi individuali in deroga.	102
8. Gli obblighi formativi.	103
9. Assegnazione a mansioni superiori.	103

---

\* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 291/2016

## 1. Mansioni e contratto di lavoro subordinato.

L'oggetto dell'obbligazione principale del lavoratore è determinato, essenzialmente, dal tipo di attività che è chiamato a svolgere: le mansioni indicano i compiti cui il prestatore è obbligato<sup>243</sup>.

Secondo il principio di contrattualità delle mansioni, costantemente presente nel nostro ordinamento, il lavoratore deve essere adibito alle mansioni per cui è stato assunto. Le stesse, nel momento genetico del rapporto di lavoro, vengono individuate con riferimento alla qualifica ed alla categoria pattuita<sup>244</sup>.

In ragione delle mutevoli esigenze dell'organizzazione dell'impresa, nel corso del rapporto è attribuito al datore di lavoro non solo il potere di dettagliare, tempo per tempo, i compiti concretamente assegnati al lavoratore, ma anche di mutare le mansioni.

L'esercizio di tale potere conformativo della prestazione - riflesso del potere direttivo dell'imprenditore rispetto al quale il dipendente versa in situazione di soggezione - è regolato dall'art. 2103 cod. civ., di cui esamineremo la terza versione introdotta dal d. lgs. n. 81 del 15 giugno 2015<sup>245</sup>.

Con l'indispensabile premessa che la prestazione del lavoro, secondo la giurisprudenza di legittimità, non è solo l'obbligo principale del lavoratore, ma anche un diritto del prestatore all'esecuzione dell'attività lavorativa<sup>246</sup>, quale esplicazione della sua personalità e della sua dignità, di rilievo costituzionale<sup>247</sup>.

## 2. La riforma del mutamento di mansioni al tempo del Jobs Act.

Con la l. n. 183 del 10 dicembre 2014 il Governo è stato delegato ad adottare una serie di decreti legislativi tra cui l'art. 1, comma 7, espressamente pone anche quello "recante un testo organico

<sup>243</sup> In materia possono essere ricordati, tra gli altri, gli studi di GIUGNI, *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, Jovene, 1963; LISO, *La mobilità dei lavoratori in azienda: il quadro legale*, Franco Angeli, 1982; PISANI, *La modificazione delle mansioni*, Franco Angeli, 1996; BROLLO, *La mobilità interna del lavoratore. Mutamento di mansioni e trasferimento. Art. 2103 c.c.*, in *Commentario Schlesinger*, Giuffrè, 1997, p. 673 ss. Più di recente: GARGIULO, *L'equivalenza delle mansioni nel contratto di lavoro*, Rubettino, 2008; FERLUGA, *Tutele del lavoratore e disciplina delle mansioni. Innovazioni tecnologiche e vincoli normativi*, Giuffrè, 2012.

<sup>244</sup> In base all'art. 96 disp. att. cod. civ. l'imprenditore deve far conoscere al prestatore di lavoro, al momento dell'assunzione, la categoria e la qualifica che gli sono assegnate in relazione alle mansioni per cui è stato assunto. In attuazione della direttiva 91/533/CEE l'art. 1, comma 1, lett. f), d. lgs. n. 152 del 1997, prescrive che il datore di lavoro pubblico e privato è tenuto a fornire al lavoratore, entro trenta giorni dalla data di assunzione, "l'inquadramento, il livello e la qualifica attribuitagli oppure le caratteristiche o la descrizione sommaria del lavoro".

<sup>245</sup> Nella originaria versione della norma *ius variandi* era riconosciuto all'imprenditore, se non diversamente convenuto, "in relazione alle esigenze dell'impresa", purché non importasse una diminuzione nella retribuzione o un mutamento sostanziale nella posizione del lavoratore; le modifiche consensuali erano però ritenute ammissibili dalla giurisprudenza, anche in forma di tacita acquiescenza (*ad ex.*: Cass. n. 3195 del 1962). Per ovviare ai possibili abusi, in chiave garantista l'art. 13 della l. n. 300 del 1970, pur non eliminando lo *ius variandi* datoriale, quale eccezionale forma di modifica unilaterale del contratto, ne ha "limitato rigorosamente l'esercizio" (cfr. Cass. n. 1388 del 2006; Cass. n. 4012 del 2002), erigendo a difesa del divieto di modifiche peggiorative la nullità di ogni patto contrario.

<sup>246</sup> Per Cass. Sez. Un. 6 marzo 2009 n. 5454, l'esercizio del potere datoriale privato di determinare unilateralmente il contenuto dell'obbligo di prestazione lavorativa, "è esso stesso oggetto di una obbligazione strumentale a carico del datore di lavoro che è tenuto a conformare la prestazione lavorativa del lavoratore, il quale ha diritto a svolgerla".

<sup>247</sup> Nel rapporto di lavoro subordinato la tutela dell'interesse del lavoratore all'adempimento trova il suo fondamento negli artt. 4 e 36 Cost. e serve quale criterio di interpretazione e di determinazione secondo buona fede degli effetti del contratto; sull'imprenditore-creditore gravano obblighi di cooperazione, essendo tenuto non solo a predisporre gli strumenti materiali necessari all'esecuzione del lavoro, ma anche ad utilizzare appieno le capacità lavorative del dipendente nei limiti dell'oggetto del contratto (in termini: Cass. Sez. Un. 7 agosto 1998 n. 7755, in *RIDL*, 1999, II, p. 170, con nota di G. Pera).

*semplificato delle discipline delle tipologie contrattuali e dei rapporti di lavoro”, al dichiarato “scopo di rafforzare le opportunità di ingresso nel mondo del lavoro da parte di coloro che sono in cerca di occupazione, nonché di riordinare i contratti di lavoro vigenti per renderli maggiormente coerenti con le attuali esigenze del contesto occupazionale e produttivo e di rendere più efficiente l’attività ispettiva”<sup>248</sup>.*

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

In attuazione della delega enunciata è stato emanato il d. lgs. n. 81 del 2015, il cui articolo 3 ha sostituito la precedente formulazione dell’art. 2103 cod. civ. con un nuovo testo in vigore dal 25 giugno 2015, rubricato *“Prestazione del lavoro”<sup>249</sup>*.

Opportuno subito sottolineare che la norma, a differenza di quanto previsto con il d. lgs. n. 23 del 2015, operante per i contratti di lavoro stipulati a partire dal 7 marzo 2015, si applica immediatamente anche ai rapporti di lavoro subordinato in corso, ponendo delicati problemi anche di disciplina transitoria.

In sintesi vanno premessi i tre ambiti rispetto ai quali possono essere evidenziate le differenze fondamentali tra la vecchia e la nuova normativa.

Innanzitutto il primo comma del novellato articolo 2103 cod. civ. modifica il parametro legale in base al quale deve essere verificata la legittimità dell’esercizio dello *ius variandi* dell’imprenditore: si passa dal potere di adibizione *“a mansioni equivalenti alle ultime effettivamente svolte”*, previsto dalla precedente disciplina, alla possibilità di assegnare il lavoratore *“a mansioni riconducibili allo stesso livello e categoria legale di inquadramento delle ultime effettivamente svolte”* secondo il nuovo regime (v. *infra* § 4).

Eliminato il criterio dell’equivalenza, un tempo affidato al sindacato ultimo del giudice, secondo il testo normativo modificato l’imprenditore potrà assegnare il prestatore a tutti i compiti che siano sussumibili nell’ambito del livello di inquadramento attribuito.

<sup>248</sup> Sulla legge delega di riforma v. *La politica del lavoro del Governo Renzi, Atto II*, (a cura di F. Carinci), ADAPT, University Press, 2014, nonché *Jobs Act e contratti di lavoro dopo la legge delega 10 dicembre 2014 n. 183* (a cura di Rusciano, L. Zoppoli), CSDLE, It-Collective Volumes n. 3/14.

<sup>249</sup> La precedente rubrica recava la titolazione: *“Mansioni del lavoratore”*. È stato sottolineato che la nuova rubrica *“rispolvera”* quella della versione originaria codicistica, lasciando intravedere il senso di marcia della novella, verso il progressivo *“tramonto dello statuto dei lavoratori”* ed il ritorno al codice civile, a garanzia del datore di lavoro, *“quale contraente/capo dell’impresa”*: BROLLO, *Disciplina delle mansioni (art. 3)*, in *Commento al d. lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo ius variandi*, (a cura di F. Carinci) ADAPT, University Press, 2015, p. 40. Si ribella alla *“rottamazione”* dello statuto: ROMAGNOLI, *La ruga dello statuto dei lavoratori*, in questa rivista, 2015, I, p. 6, ss.

L'ampliamento dell'area della prestazione dovuta dal lavoratore senza il suo consenso e senza che ricorrano specifiche condizioni, se non la volontà datoriale, si accompagna ad una articolata previsione della possibilità di assegnazione a mansioni inferiori (v. *infra* § 6).

Oltre le ipotesi di deroga al principio di nullità della modifica *in peius* già previste in precedenza dalla legge e praticate dalla giurisprudenza, si configurano in generale fattispecie di mutamenti peggiorativi affidati sia al potere unilaterale dell'imprenditore, sia alle previsioni della contrattazione collettiva, sia alla stipulazione di accordi individuali.

Infatti il lavoratore *"può essere assegnato a mansioni appartenenti al livello di inquadramento inferiore ... in caso di modifica degli assetti organizzativi aziendali che incide sulla posizione del lavoratore"* (comma 2).

I contratti collettivi possono poi prevedere *"ulteriori ipotesi di assegnazione di mansioni appartenenti al livello di inquadramento inferiore"* (comma 4).

La modifica delle mansioni in senso peggiorativo - ma anche della categoria legale, del livello di inquadramento e della relativa retribuzione - può poi essere convenuta tra le parti mediante la stipulazione di *"accordi individuali"* in sedi protette, con eventuale assistenza qualificata richiesta dal lavoratore (comma 6) (v. *infra* § 7).

L'insieme delle nuove possibilità che consentono modifiche peggiorative della posizione lavorativa del dipendente ha imposto la riformulazione del tradizionale divieto di patti in deroga, sicché *"ogni patto contrario è nullo ... salvo che ricorrano le condizioni di cui al secondo e quarto comma e fermo quanto disposto dal sesto comma"* (comma 9).

La terza direttrice su cui si è sviluppato l'intervento riformatore del legislatore è stata, infine, quella dell'assegnazione a mansioni superiori (comma 7), ove in precedenza l'assegnazione diveniva definitiva dopo un periodo comunque non superiore a tre mesi, mentre nell'attuale formulazione *"il periodo (è) fissato dai contratti collettivi o, in mancanza, dopo sei mesi continuativi"* (v. *infra* § 9).

### 3. Le questioni relative all'osservanza della legge delega.

La sintetica descrizione delle novità più rilevanti apportate dal decreto legislativo in esame consente subito - prima di procedere agli approfondimenti che seguiranno - di affrontare i dubbi di compatibilità dell'articolato con i *"principi e criteri direttivi"* della delega contenuta nella l. n. 183 del 2014 innanzi ricordata.

È nota la circospezione con cui la giurisprudenza del giudice delle leggi verifica il rispetto dell'art. 76 Cost.<sup>250</sup>, sulla premessa che la varietà delle materie riguardo alle quali si può ricorrere alla delega legislativa comporta che non è possibile enucleare una nozione rigida valevole per tutte

<sup>250</sup> Apertamente parla di atteggiamento "tollerante" della Consulta SPECIALE, *Le politiche del lavoro del Governo Renzi: il Jobs Act e la riforma dei contratti e di altre discipline del rapporto di lavoro*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", 2014, n. 233, p. 30 ss. Per l'analogo tema dei rapporti tra legge delega n. 183 del 2014 e d.lgs. n. 23 del 2015 si segnalano: CELENTANO, *La tutela indennitaria e reintegratoria: compatibilità costituzionale e comunitaria*, in RIDL, 2015, I, p. 377 ss.; GIUBBONI, *Profili costituzionali del contratto a tutele crescenti*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", 2015, n. 246; DE LUCA, *Contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti e nuovo sistema sanzionatorio contro i licenziamenti illegittimi: tra legge delega e legge delegata*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", 2015, n. 251.

le ipotesi di “principi e criteri direttivi”, quindi “il Parlamento, approvando una legge di delegazione, non è certo tenuto a rispettare regole metodologicamente rigorose”<sup>251</sup>.

La relativa indeterminatezza con cui la giurisprudenza costituzionale traccia il confine oltre il quale si deborda nell'eccesso di delega sovente impedisce agli interpreti di effettuare prognosi attendibili in ordine alla legittimità costituzionale di norme sospettate di un vizio siffatto.

Tuttavia nella specie non può tacersi che il legislatore aveva delegato il Governo ad adottare decreti di “*revisione della disciplina delle mansioni*”, specificando, come criterio e principio direttivo, che essa dovesse essere collegata al “*caso di processi di riorganizzazione, ristrutturazione o conversione aziendale individuati sulla base di parametri oggettivi*” (art. 1, co. 7, lettera e) l. n. 183/14).

Orbene l'evidenza per la quale il decreto delegato ha revisionato la disciplina delle mansioni sia nel caso di mobilità orizzontale che verticale, svincolata da qualsiasi processo di riorganizzazione, ristrutturazione o conversione aziendale, lascia fondato il dubbio di non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale<sup>252</sup>.

Maggior resilienza ad uno scrutinio infausto del giudice delle leggi potrebbe essere riservata alla disciplina dell'assegnazione a mansioni inferiori, che comunque postula una “*modifica degli assetti organizzativi aziendali che incide sulla posizione del lavoratore*”, riecheggiante i “*processi di riorganizzazione, ristrutturazione o conversione aziendale*” di cui alla delega, nonché la “*conservazione del livello di inquadramento*”, nel rispetto del criterio direttivo che imponeva appunto “*limiti alla modifica dell'inquadramento*”.

Certo mancano i “*parametri oggettivi*” sulla base dei quali la delega invitava ad individuare i processi organizzativi di modifica aziendale rilevanti per consentire il mutamento *in peius*<sup>253</sup>; nel secondo comma del novellato art. 2103 cod. civ. mancano pure, in caso di modifica disposta unilateralmente dall'imprenditore, i riferimenti al contemperamento dell'interesse dell'impresa con l'interesse del lavoratore, invece presenti nel caso di accordi individuali nelle sedi protette di cui al sesto comma.

Tuttavia appare meritevole di considerazione il tentativo di una interpretazione costituzionalmente orientata che legge l'art. 3 del decreto legislativo in relazione ai criteri direttivi della delega: l'assegnazione a mansioni inferiori non potrà essere disposta per un “qualsiasi” mutamento dell'assetto organizzativo ma, fermo il nesso di causalità tra modifica e posizione del lavoratore, soltanto per contemperare “*l'interesse dell'impresa all'utile impiego del personale con l'interesse del lavoratore alla tutela del posto di lavoro, della professionalità e delle condizioni di vita ed economiche*” come vuole la l. n. 183/2014; in assenza di un “rischio” concreto - e verificabile in sede

<sup>251</sup> C. Cost. sent. n. 340 del 2007 e n. 250 del 1991.

<sup>252</sup> Tra gli altri v. DE ANGELIS, *Note sulla nuova disciplina delle mansioni ed i suoi (difficilissimi) rapporti con la delega*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”, 2015, n. 263, p. 5. L'A., pur “consapevole della particolare generosità dimostrata dalla Corte costituzionale nel valutare le tensioni tra legge di delegazione e provvedimenti delegati”, sostiene che in questo caso “non di generosità dovrebbe trattarsi ma di *chiusura degli occhi*”, in quanto le “norme delegate non appaiono né coerente sviluppo, né completamento delle scelte espresse dal legislatore delegante”.

<sup>253</sup> Considera “evidente” l'eccesso di delega C. ZOLI, *La disciplina delle mansioni*, in Fiorillo, Perulli (a cura di), *Tipologie contrattuali e disciplina delle mansioni*, Giappichelli, p. 13, in corso di pubblicazione.

giudiziaria – per il posto di lavoro, per la professionalità o per talune condizioni individuali del dipendente «non potrà essere riconosciuto come sussistente il presupposto che legittima la modifica peggiorativa dell'assetto negoziale»<sup>254</sup>.

In tale prospettiva conservatrice dovrebbe essere valorizzata la *ratio* della legge delega che pone tra i suoi scopi il rafforzamento delle opportunità di ingresso nel mondo del lavoro ed un riordino della disciplina dei contratti di lavoro da rendere maggiormente coerenti con le attuali esigenze del contesto occupazionale e produttivo nonché, tra i suoi principi, l'interesse dell'impresa all'utile impiego del personale. Così potrebbe sostenersi che la maggiore flessibilità gestionale è coerente con gli obiettivi di maggiore competitività delle imprese e di incremento occupazionale auspicati dal legislatore delegante<sup>255</sup>.

#### 4. La scomparsa dell'equivalenza.

Dal testo del nuovo art. 2103 c.c. è stato eliminato il riferimento alla "equivalenza" delle mansioni da ultimo effettivamente svolte, che costituiva il criterio cardine della formulazione precedente, sostituito dal potere datoriale di assegnare unilateralmente il lavoratore "a mansioni riconducibili allo stesso livello e categoria legale di inquadramento delle ultime effettivamente svolte".

Nella visione governativa l'area delle mansioni esigibili dall'imprenditore nei confronti del suo subordinato è delimitata *per relationem* dal livello di inquadramento, evidentemente individuato sulla base della contrattazione collettiva applicabile.

Una volta attribuito al lavoratore un certo livello di inquadramento, sia perché conferito al momento dell'assunzione, sia perché corrispondente all'inquadramento superiore successivamente acquisito, il subordinato è obbligato a svolgere tutte le mansioni che siano riconducibili a detto livello.

Scomparso dal testo il parametro di giudizio dell'equivalenza, sembra che il significato proprio delle parole utilizzate dal legislatore, secondo la loro connessione, indichino che, in caso di mutamento in fatto delle mansioni espletate, l'unico sindacato consentito al giudice eventualmente adito dal lavoratore sia quello di verificare se i nuovi compiti siano riconducibili al livello di inquadramento formalmente attribuito al medesimo; in caso di esito positivo di tale verifica, nessun'altra comparazione sarebbe consentita, in particolare con le mansioni in precedenza espletate dal dipendente e con la professionalità che dall'esercizio di esse ne è derivato.

In altre parole, mentre in precedenza era indispensabile un raffronto empirico tra vecchie e nuove mansioni condotto alla luce del criterio della "equivalenza professionale", interpretato secondo

<sup>254</sup> Così GARGIULO, *Lo ius variandi nel nuovo art. 2103 c.c.*, in *RGL*, 2015, I, p. 623. Dello stesso A., per una visione complessiva della delega in materia di mansioni antecedente all'emanazione del decreto legislativo, *La revisione delle mansioni*, in Rusciano, L. Zoppoli (a cura di), *Jobs Act e ...*, cit., p. 99 ss.

<sup>255</sup> È noto che taluni studiosi contestano che il diritto del lavoro possa essere "letto esclusivamente in una dimensione di (presunta) «efficienza economica», quale strumento in grado di evitare disfunzioni del sistema produttivo": così, da ultimo, diffusamente SPEZIALE, *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra law and economics e vincoli costituzionali*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, 2015, n. 259, p. 7; v. anche PERULLI, *Il contratto a tutele crescenti e la Naspi: un mutamento di paradigma per il diritto del lavoro?*, in Fiorillo, Perulli (a cura di), *Contratto a tutele crescenti e Naspi*, Giappichelli, 2015, p. 3 ss.. Dà credito a chi sostiene che le regole sul contratto di lavoro poco incidono sulle dinamiche del mercato del lavoro, mentre incidono di più sul modo in cui si distribuisce la ricchezza prodotta L. ZOPPOLI, *Contratto a tutele crescenti e altre forme contrattuali*, in questa rivista, 2015, I, p. 18.

la mediazione giudiziale, con la nuova formula il giudizio è esclusivamente di sussunzione delle nuove mansioni nell'ambito della declaratoria astratta del livello di inquadramento<sup>256</sup>.

È stato subito sottolineato il chiaro intento di ridurre il ruolo del giudice<sup>257</sup>. Coerente con una linea di politica del diritto, sviluppatasi negli ultimi anni, che tende alla progressiva riduzione del controllo giudiziale sull'esercizio dei poteri del datore di lavoro<sup>258</sup>.

Il legislatore preferisce affidarsi all'autonomia collettiva<sup>259</sup>, considerata "la naturale autorità di governo delle problematiche relative alla mobilità professionale"<sup>260</sup>.

Invero, la contrattazione collettiva, nell'esercizio della sua autonomia, ordinariamente prevede il sistema di classificazione del personale articolandolo in plurimi livelli di inquadramento, secondo l'apprezzamento delle parti sociali. Già l'art. 96, co. 2, disp. att. cod. civ., - che opera sullo stesso piano dell'art. 2103 cod. civ. – contempla espressamente la possibilità che le qualifiche del prestatore di lavoro, nell'ambito di ciascuna categoria legale, possano essere raggruppate per "gradi" secondo la loro importanza nell'ordinamento dell'impresa.

Posto che anche in precedenza era possibile che il contratto collettivo accorpasse nel medesimo livello di inquadramento mansioni diverse che esprimessero distinte professionalità, nel vigore della disciplina pregressa la giurisprudenza di legittimità ha, però, costantemente escluso che la circostanza che le mansioni svolte e quelle di nuova assegnazione rientrassero nella medesima

<sup>256</sup> In tal senso si è già espressa la giurisprudenza di merito (Trib. Roma, 30 settembre 2015, est. Sordi, in *LG*, 2015, 11, p. 1031 e ss., con nota di F. Aiello) secondo cui "a differenza che nel passato, è oggi legittimo lo spostamento del lavoratore a mansioni che appartengono allo stesso livello di inquadramento cui appartenevano quelle svolte in precedenza dallo stesso dipendente, non dovendosi più accertare che le nuove mansioni siano aderenti alla specifica competenza del dipendente" (la pronuncia è annotata adesivamente da Nuzzo, *Il nuovo art. 2103 c.c. e la (non più necessaria) equivalenza professionale delle mansioni*, in *RIDL*, in corso di pubblicazione). La sentenza si segnala anche perché esamina un mutamento di mansioni disposto prima del 25 giugno 2015 ma in atto ancora dopo tale data: secondo la pronuncia, costituendo il demansionamento una sorta di illecito "permanente", per cui la liceità della condotta datoriale deve essere compiuta con riferimento alla disciplina legale e contrattuale vigente giorno per giorno, l'assegnazione di determinate mansioni considerata illegittima in un certo momento, può non esserlo più in un momento successivo; con l'ulteriore conseguenza, in tale ultimo caso, che il datore di lavoro non può essere condannato al risarcimento del danno per il periodo successivo al 25 giugno 2015 né all'assegnazione di mansioni al lavoratore diverse da quelle in atto svolte. Al contrario Trib. Ravenna, 30 settembre 2015, inedita a quanto consta, ha ritenuto non applicabile la nuova normativa alla fattispecie concreta "perché il fatto generatore del diritto allegato nel giudizio (il demansionamento) si è prodotto nel vigore della legge precedente. Ed il fatto che segna il discrimine tra una normativa e l'altra è proprio il prodursi del demansionamento; con la correlata tutela reintegratoria e risarcitoria. A nulla conta invece che essa continui nel vigore della legge successiva; la quale peraltro non contiene alcuna norma retroattiva e nemmeno di diritto intertemporale".

<sup>257</sup> Secondo il giudizio *tranchant* di MISCHIONE, *Jobs Act: le mansioni e la loro modificazione*, in *LG*, 2015, 5, p. 437, "si è tentato di precisare la normativa introdotta dallo Statuto modificata e distorta da contraddizioni cocenti in applicazioni giurisprudenziali volatili ed incerte".

<sup>258</sup> In argomento si veda SPEZIALE, *Processo del lavoro, certezza del diritto ed effettività delle tutele*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, 2014, n. 215, p. 12 ss., secondo il quale «In questo contesto prevale una dimensione della certezza del diritto diversa da quella tradizionale ed intesa come insindacabilità della scelta del datore di lavoro – con l'eliminazione del contenzioso – ed esatta prevedibilità del "costo dell'inadempimento"».

<sup>259</sup> Sin dalle "Osservazioni e proposte sulla revisione della legislazione sul rapporto di lavoro avanzate dal CNEL" (4 giugno 1985, n. 206/154, relatore Mengoni) si poneva l'accento sulla "strutturale difficoltà del giudice ad esercitare poteri di controllo in questa materia" prospettandosi come soluzione migliore quella di affidare alla contrattazione collettiva il compito di definire in concreto il rapporto di equivalenza.

<sup>260</sup> LISO, *Brevi osservazioni sulla revisione della disciplina delle mansioni contenuta nel decreto legislativo n. 81/2015 e su alcune recenti tendenze di politica legislativa in materia di rapporto di lavoro*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, 2015, n. 257, p. 4. NUZZO, *Il nuovo art. ..., cit.*, § 2, "maliziosamente" afferma che il legislatore attribuisce potere al sindacato solo se è funzionale a ridurre quello del giudice.

qualifica contrattuale fosse sufficiente ad escludere la violazione dell'art. 2103 cod. civ., essendo comunque riservato al giudice il sindacato ultimo di "equivalenza professionale".

Attualmente, invece, si delinea un meccanismo per certi versi analogo a quello previsto per i dipendenti delle pubbliche amministrazioni<sup>261</sup>.

Secondo la versione originaria dell'art. 52, comma 1, del d. lgs. n. 165 del 2001, *"il prestatore di lavoro deve essere adibito ... alle mansioni considerate equivalenti nell'ambito della classificazione professionale prevista dai contratti collettivi..."*.

Ci si è chiesti se, alla stregua di tale formulazione, anche nel settore di lavoro pubblico il datore di lavoro, nel modificare le mansioni del dipendente, dovesse tener conto, oltre che del livello di inquadramento cui erano riconducibili le nuove mansioni, anche del bagaglio professionale acquisito in precedenza dal lavoratore, ovvero se l'unico vincolo per l'Amministrazione fosse costituito dalle formali previsioni della classificazione del personale prevista dal contratto collettivo<sup>262</sup>.

I giudici di legittimità hanno percorso tale seconda strada, sostenendo che il citato art. 52 specifica un concetto di equivalenza "formale", ancorato cioè ad una valutazione demandata ai contratti collettivi, e non sindacabile da parte del giudice, per cui condizione necessaria e sufficiente affinché le mansioni possano essere considerate equivalenti è la mera previsione in tal senso da parte della contrattazione collettiva, indipendentemente dalla professionalità acquisita<sup>263</sup>.

## 5. La tutela della professionalità.

Il cambio di orizzonte attuato anche per il lavoro privato non è senza effetto.

Innanzitutto sono ipotizzabili inconvenienti applicativi determinati dalla possibilità che non vi sia adesione datoriale ad un contratto collettivo ovvero che siano assegnate mansioni non "testualmente" previste nella declaratoria contrattuale<sup>264</sup>.

<sup>261</sup> L'ispirazione è ammessa dalla stessa Relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo.

<sup>262</sup> Cfr. SORDI, *Il sindacato giudiziale sugli atti della pubblica amministrazione datrice di lavoro*, relazione al corso della Scuola Superiore della Magistratura, Scandicci, 2-4 aprile 2014, p. 17. In materia v. ESPOSITO (a cura di), *Mansioni e professionalità nel pubblico impiego tra efficienza organizzativa e diligenza del prestatore di lavoro*, Jovene, 2007; PERRINO, *L'equivalenza delle mansioni tra riforma Brunetta e poteri del giudice: possibili scenari*, in *FI*, 2010, I, p. 2376, nonché, della stessa Autrice, *Segnali di deriva del principio di equivalenza delle mansioni del lavoratore pubblico*, in *FI*, 2007, I, p. 1615.

<sup>263</sup> Cfr. Cass. n. 4583 del 2014; n. 18283 del 2010; n. 11405 del 2010; n. 11835 del 2009; n. 8740 del 2008; nonché Cass. Sez. Un. 4 aprile 2008 n. 8740 (quest'ultima può leggersi in *LPA*, 2008, p. 351 ss., con nota di M.G. Murrone). Il principio è tuttavia circostanziato dai rilievi che il riferimento all'aspetto, necessariamente soggettivo, del concetto di professionalità acquisita, mal si concili con le esigenze di certezza di corrispondenza tra mansioni e posto in organico, e che la natura pubblica del datore di lavoro lo condiziona a vincoli strutturali di conformazione al pubblico interesse ed alla compatibilità finanziaria delle risorse. Inoltre non può tacersi che la contrattazione collettiva del personale alle dipendenze di pubbliche amministrazioni non è realmente paragonabile – per formazione, efficacia e controlli – alla contrattazione collettiva nel settore privato, finanche di prossimità. La modifica introdotta all'art. 52, comma 1, d. lgs. n. 165 del 2001, dal d. lgs. n. 150 del 2009, secondo la quale *"il prestatore di lavoro deve essere adibito ... alle mansioni equivalenti nell'ambito dell'area di inquadramento"*, non sembra tale da giustificare di per sé un cambiamento degli esiti cui è pervenuta la giurisprudenza richiamata: v. SORDI, *op. cit.*, p. 7, con la dottrina ivi citata.

<sup>264</sup> Cfr. GARGIULO, *Lo ius variandi*, *cit.*, p. 622, il quale ritiene che «l'interprete dovrà comunque ricorrere ad un criterio di valutazione che tenga conto del valore delle mansioni nuove rispetto alle "ultime effettivamente svolte", applicando dunque nuovamente il principio di equivalenza». Sostiene l'uso «in via parametrica della scala classificatoria del contratto collettivo di riferimento anche nelle ipotesi in cui esso non trovi applicazione ... analogamente, cioè, a quanto avviene per la parte retributiva», NUZZO, *Il nuovo art. ..., cit.*, § 3.

Ma il tramonto dell'equivalenza soprattutto pone all'interprete il delicato interrogativo se - ed eventualmente entro quali nuovi confini – l'attuale stesura dell'art. 2103 cod. civ. tuteli ancora il bene della professionalità<sup>265</sup>.

Dubbio legittimato dalla formulazione adottata dal decreto delegato, nonostante la legge delega n. 183/14 sancisse, tra i criteri ed i principi direttivi, che la revisione della disciplina delle mansioni dovesse contemperare l'interesse dell'impresa con l'interesse del lavoratore *"alla tutela ... della professionalità"*.

Opportuno dunque il riferimento a taluni arresti delle Alte Corti sul tema della professionalità, onde verificare se detti pronunciamenti possano influire sulla interpretazione della nuova disciplina.

Secondo la Corte costituzionale il primo comma dell'art. 2103 c.c., nel testo sostituito dall'art. 13 della l. n. 300 del 1970, doveva considerarsi una speciale norma di protezione del lavoratore per preservarlo dai "danni a quel complesso di capacità e di attitudini che viene definito con il termine professionalità, con conseguente compromissione delle aspettative di miglioramenti all'interno o all'esterno dell'azienda"<sup>266</sup>.

Anche per le Sezioni unite della Suprema Corte "il baricentro della disposizione in esame ... è la protezione della professionalità acquisita del prestatore di lavoro" (Cass. Sez. Un. 24 novembre 2006 n. 25033)<sup>267</sup>.

In tale pronuncia, confermando una pregressa giurisprudenza consolidata, si è specificato che l'equivalenza legittimante lo *ius variandi* dell'imprenditore "deve essere intesa non solo nel senso di pari valore professionale delle mansioni, considerate nella loro oggettività, ma anche come attitudine delle nuove mansioni a consentire la piena utilizzazione o anche l'arricchimento del patrimonio professionale del lavoratore acquisito nella pregressa fase del rapporto"; ed ancora che "nell'indagine circa tale equivalenza non è sufficiente il riferimento in astratto al livello di categoria, ma è necessario accertare che le nuove mansioni siano aderenti alla specifica competenza del dipendente in modo tale da salvaguardare il livello professionale acquisito e da garantire lo svolgimento e l'accrescimento delle sue capacità professionali, con le conseguenti possibilità di miglioramento professionale, in una prospettiva dinamica di valorizzazione delle capacità di arricchimento del proprio bagaglio di conoscenze ed esperienze"<sup>268</sup>.

<sup>265</sup> Secondo LISO, *Brevi osservazioni sulla ...*, cit., p. 7, «il bene tutelato non è più la professionalità del lavoratore intesa nel senso della giurisprudenza tradizionale, bensì la "posizione" da lui occupata in azienda in ragione della categoria di inquadramento alla quale appartiene». Parimenti per BROLO, *Disciplina delle mansioni*, cit., p. 51, con la riforma del 2015 cambia il bene tutelato dal legislatore «dalla professionalità "acquisita" (secondo l'interpretazione prevalente) della persona che lavora alla professionalità "classificata" in un determinato contesto organizzativo aziendale» e l'Autrice acutamente evidenzia come l'operazione legislativa abbia trascinato la disciplina delle mansioni "fuori" del titolo I dello Statuto dei lavoratori che, con la sua rubrica dedicata alla *Libertà e dignità del lavoratore*, era stata utilizzata per ricercare la *ratio* della norma di cui all'art. 13 della l. n. 300/70 nella dignità professionale del lavoratore.

<sup>266</sup> C. Cost. sent. n. 113 del 2004, che, sulla base della valenza costituzionale del bene protetto, dichiarò l'illegittimità costituzionale dell'art. 2751 bis, n. 1, c.c., nella parte in cui non muniva di privilegio generale sui mobili il credito del lavoratore subordinato per danni da demansionamento causati dall'illegittimo comportamento del datore di lavoro.

<sup>267</sup> Può leggersi in MGL, 2007, 17, con nota di C. Pisani.

<sup>268</sup> I seguiti della giurisprudenza di legittimità sono numerosi nel senso del rispetto di tali principi. *Ex pluribus*: Cass. n. 1916 del 2015; n. 4989 del 2014; n. 15010 del 2013; n. 25897 del 2009.

Si è andata così consolidando una nozione dinamica della professionalità, in quanto tesa a garantire anche l'accrescimento del bagaglio di conoscenze ed esperienze<sup>269</sup>.

La professionalità così evolutivamente intesa può essere sacrificata – secondo la Cassazione – quando il lavoratore “chieda o accetti il mutamento in peggio al fine di evitare il licenziamento, comunque giustificato”<sup>270</sup>, ovvero quando la contrattazione collettiva predisponga, “per esigenze di maggiore flessibilità che derivano dalla sempre più penetrante integrazione dei sistemi produttivi”, “meccanismi convenzionali di mobilità orizzontale prevedendo, con apposita clausola, la fungibilità funzionale tra esse per sopperire a contingenti esigenze aziendali ovvero per consentire la valorizzazione della professionalità potenziale di tutti i lavoratori inquadrati in quella qualifica”<sup>271</sup>.

Il Supremo Collegio, che già aveva configurato “il danno professionale” risarcibile come consistente “nel pregiudizio derivante dall'impovertimento della capacità professionale acquisita dal lavoratore e dalla mancata acquisizione di una maggiore capacità”<sup>272</sup>, ha inserito poi l'art. 2103 c.c. nella tavola dei diritti inviolabili della persona suscettibili di dar luogo al risarcimento del danno non patrimoniale, in quanto attinente alla dignità personale del lavoratore in riferimento agli artt. 2, 4 e 32 della Costituzione: ha infatti descritto come lesione di tale diritto proprio “i pregiudizi alla professionalità da dequalificazione, che si risolvano nella compromissione delle aspettative di sviluppo della personalità del lavoratore che si svolge nella formazione sociale costituita dall'impresa”<sup>273</sup>.

Di recente si è affermato che “dal riconoscimento costituzionale della personalità morale e della dignità del lavoratore deriva il diritto fondamentale di questi al pieno ed effettivo dispiegamento del suo professionalizzarsi espletando le mansioni che gli competono; la lesione di tale posizione giuridica soggettiva ha attitudine generatrice di danni a contenuto non patrimoniale, in quanto idonea ad alterare la normalità delle relazioni del lavoratore con il contesto aziendale in cui opera, del cittadino con la società in cui vive, dell'uomo con se stesso”<sup>274</sup>.

Con tale imponente *acquis* giurisprudenziale dovrà misurarsi l'esegesi della modifica normativa dell'art. 2103 c.c..

<sup>269</sup> Si è ben lontani da quella originaria dottrina secondo cui la scelta codicistica era diretta al mantenimento del *quantum* di professionalità dedotto nel rapporto, ritenendo una forzatura che la norma fosse preordinata a finalizzare il mutamento di mansioni alla crescita professionale del prestatore, laddove questa è tutelata solo in senso negativo, contro l'ipotesi di una dequalificazione: GIUGNI, *Mansioni e qualifica*, in *ED*, XXV, 545 ss.

<sup>270</sup> Cass. Sez. Un. n. 7755/1998 cit..

<sup>271</sup> Ancora Cass. Sez. Un. n. 25033/2006 cit. che ha così risolto in senso favorevole a Poste Italiane la questione della validità di una clausola di fungibilità prevista dalla contrattazione collettiva di settore che rendeva equivalenti le mansioni di addetto allo sportello e quelle di addetto al recapito in quanto inserite nella medesima Area operativa.

<sup>272</sup> Cass. Sez. Un. 24 marzo 2006 n. 6572, in *FI*, 2006, I, c. 2334, con nota di P. Cendon.

<sup>273</sup> Cfr. Cass. Sez. Un. 11 novembre 2008, nn. 26972, 26973, 26974, 26975. La n. 26973 può leggersi in *RIDL*, 2009, II, p. 465, con note di R. Scognamiglio e R. Del Punta.

<sup>274</sup> Cass. 12 giugno 2015, n. 12253, in *RIDL*, 2015, n. 4, con nota di U. Gargiulo, in corso di pubblicazione.

Lecito tuttavia dubitare che esso possa ancora consentire al giudice un sindacato che vada oltre le classificazioni della contrattazione collettiva, direttamente investita dalla legge del compito di delimitare i confini delle mansioni esigibili dal prestatore di lavoro subordinato<sup>275</sup>.

Il limite esterno al potere dell'imprenditore di modificare le mansioni del lavoratore, che prima trovava fonte esclusivamente nella legge e nel giudizio di equivalenza in essa iscritto, ora dalla stessa legge è affidato all'autonomia collettiva<sup>276</sup>.

Il legislatore ha deliberatamente scelto di preservare il patrimonio professionale del lavoratore in ambiti più ristretti, con il manifesto intento di venire incontro alle esigenze dell'impresa; nel temperamento degli opposti interessi ha deciso di spostare il confine.

Solo ove esso venga valicato, e quindi si trasmodi dallo *ius variandi* lecito al mutamento peggiorativo illegittimo, scatteranno le guarentigie del novellato art. 2103 c.c., con il corredo di conseguenze risarcitorie<sup>277</sup> e ripristinatorie<sup>278</sup>.

In altre parole solo nei casi di dequalificazione che si consumino oltre il livello di inquadramento – ovvero oltre l'assegnazione a mansioni inferiori consentite – nonché nelle più gravi ipotesi di demansionamento, cioè di svuotamento delle mansioni, sarà configurabile una responsabilità datoriale.

Residua uno spazio di criticità.

L'attuale contrattazione collettiva è stata stipulata nel vigore del canone dell'equivalenza delle mansioni legislativamente imposto, per cui, pur prevedendo livelli di inquadramento in cui confluivano professionalità disparate, era dato per presupposto dal quadro legale che non tutte le mansioni di quel livello potessero essere assegnate al lavoratore.

In attesa della stipulazione di nuovi contratti collettivi che tengano conto dell'art. 2103 c.c. di novellato conio<sup>279</sup> potrebbe accadere che un imprenditore assegni un dipendente a compiti as-

<sup>275</sup> Ipotizza, invece, che, «al fine di trovare una soluzione più coerente con la tradizione e con condivisibili esigenze sistematiche, la "riconcucibilità" venga, alla fine, ad essere intesa quale variante semantica dell'equivalenza», FERRANTE, *La nuova disciplina delle mansioni del lavoratore*, in *I quaderni del C.E.D.R.I.*, 1/2015, p. 6.

<sup>276</sup> Quasi superfluo sottolineare il ruolo decisivo che assume la contrattazione collettiva, anche futura: la scelta di accorpare più o meno mansioni nella declaratoria del medesimo livello di inquadramento inciderà in modo determinante sul potere unilaterale dell'imprenditore di esigerle e sul dovere del lavoratore di prestarle.

<sup>277</sup> Sulla valutazione equitativa dell'entità del risarcimento v., da ultimo, Cass. n. 12253/2015 cit.. Ritiene che sia cambiato il criterio di risarcimento del danno alla professionalità, perché mutato il tipo di bene tutelato dall'ordinamento, M. MARAZZA, *Quale professionalità risarcire nel nuovo testo dell'art. 2103 c.c.?*, in *Giustiziavivile.com*, 19 ottobre 2015, il quale lo identifica nel differenziale retributivo tra il livello delle mansioni di provenienza ed il livello di inquadramento di quelle illegittimamente assegnate.

<sup>278</sup> Ove venga accertata l'esistenza di un comportamento contrario all'art. 2103 cod. civ., il giudice di merito, oltre a sanzionare l'inadempimento dell'obbligo contrattualmente assunto dal datore di lavoro con la condanna al risarcimento del danno, ben può emanare una pronuncia di adempimento in forma specifica, avente contenuto pienamente soddisfacente dell'interesse leso, portante la condanna del medesimo datore di lavoro a rimuovere gli effetti che derivano dal provvedimento di assegnazione delle mansioni inferiori, affidando al lavoratore l'originario incarico, ovvero un altro di contenuto equivalente, salva la dimostrata impossibilità, per inesistenza in azienda delle ultime mansioni o di mansioni equivalenti, con onere della prova incombente sul datore di lavoro (da ultimo Cass. n. 16012 del 2014). Nel nuovo regime è ipotizzabile che la condanna all'adempimento si faccia per tutte le mansioni del livello di inquadramento attribuito al lavoratore.

<sup>279</sup> ZOLI, *op. cit.*, p. 11, ravvisa la necessità di un ripensamento dei sistemi classificatori, specie in quei settori nei quali sono stati adottati modelli di inquadramento a fasce larghe (cd. *broad banding*).

solitamente eterogenei rispetto alla professionalità acquisita, pur nel formale rispetto del medesimo livello di inquadramento<sup>280</sup>; magari, nei casi conosciuti dai nostri repertori, in cui il lavoratore veniva privato delle mansioni con intenti latamente punitivi, si sceglierà ora la strada giudizialmente più difendibile dell'attribuzione di compiti mai prima svolti, ma riconducibili al medesimo livello di inquadramento.

In tali ipotesi – che pur marginali non possono essere escluse *a priori* nella patologia dei rapporti – potrebbe soccorrere il punto di vista della Corte costituzionale espresso nella celebre sentenza n. 103 del 1989.

In essa il giudice delle leggi, sollecitato dal dubbio di legittimità costituzionale delle norme del codice civile nella parte in cui consentono all'imprenditore di attribuire ai dipendenti, a parità di mansioni, diversi livelli o categorie generali di inquadramento retributivo, lo ha dichiarato infondato, ma nei sensi di cui in motivazione.

Secondo la Corte costituzionale “per tutte le parti, anche quelle sociali, vige il dovere di rispettare i precetti costituzionali”<sup>281</sup>.

Testualmente per la Consulta “il datore di lavoro deve astenersi dal compiere atti che possano produrre danni e svantaggi ai lavoratori, cioè lesioni di interessi economici, professionali e sociali; in particolare, dell'interesse allo sviluppo professionale (riferito sia alla carriera che alla valorizzazione delle relative capacità)”<sup>282</sup>.

Pertanto “è demandato al giudice l'accertamento e il controllo dell'inquadramento dei lavoratori nelle categorie e nei livelli retributivi in base alle mansioni effettivamente svolte ... con il rispetto dei richiamati precetti costituzionali e dei principi posti in via generale dall'ordinamento giuridico vigente”, sicché “il giudice deve provvedere alle necessarie verifiche ed ha il potere di correggere eventuali errori, più o meno volontari”<sup>283</sup>.

<sup>280</sup> FERRANTE, *op. cit.*, p. 5, propone come esempio paradossale quello del contratto collettivo del trasporto ferroviario AGENS per cui potrebbe accadere che “il capotreno venga adibito a mansioni di ufficiale di macchina nei collegamenti tramite ferry boat con le isole (livello “B”) o che il tecnico verificatore faccia il carpentiere (livello “C”)”.

<sup>281</sup> Tra essi nell'occasione la sentenza elenca, non solo la tutela del lavoro, ma l'elevazione morale e professionale dei lavoratori, la proporzionalità tra retribuzione e quantità e qualità del lavoro prestato, la pari dignità sociale dei lavoratori, il divieto di effettuare discriminazioni. In particolare si evidenzia che i principi costituzionali di tutela della dignità sociale e del divieto di discriminazioni sono trasfusi negli artt. 15 e 16 dello Statuto dei lavoratori che vietano atti discriminatori nell'organizzazione del lavoro e nella gestione del rapporto da parte del datore di lavoro e, specificamente, nell'assegnazione di qualifiche e mansioni.

<sup>282</sup> Proprio avuto riguardo allo *ius variandi* del datore di lavoro la Corte costituzionale ammonisce che, in virtù dell'art. 41 Cost., “il potere di iniziativa dell'imprenditore non può esprimersi in termini di pura discrezionalità o addirittura di arbitrio, ma deve essere sorretto da una causa coerente con i principi fondamentali dell'ordinamento ed in specie non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà ed alla dignità umana”.

<sup>283</sup> Segnala il possibile “ritorno del giudice” BROLLO, *Disciplina delle mansioni ...*, *cit.*, p. 61, la quale, constatato che per le criticità dell'attuale contrattazione collettiva la riforma veicola nell'immediato “una inevitabile dilatazione (in alcuni casi a dismisura) del perimetro delle mansioni legittimamente esigibili”, presagisce che “la giurisprudenza potrebbe coltivare operazioni di contenimento del ruolo della contrattazione collettiva ... ritagliando una estrema rete di salvaguardia della professionalità data dall'incompatibilità di certi compiti o attività lavorative, seppur ricompresi nello stesso livello o categoria legale di inquadramento”, nel caso i cui “le nuove mansioni non corrispondano alla specifica competenza tecnica del lavoratore, ovvero la negoziabilità collettiva snaturi la valenza ontologica della professionalità delle mansioni”. Immagina “nuovi spazi dell'intervento della giurisprudenza nella misura in cui all'interno dei livelli di inquadramento siano previste aree professionalmente affatto eterogenee” anche ZOLI, *op. cit.*, p. 11.

In tali più angusti confini, al netto di tentazioni controriformiste o di letture minimaliste, potrebbero, dunque, trovare adeguata soluzione fattispecie concrete in cui l'applicazione della nuova disciplina dovesse condurre a conseguenze manifestamente irragionevoli o dovesse agevolare condotte abusive<sup>284</sup>.

In definitiva, la tutela del bene della professionalità tradizionalmente intesa non è perentoria, anche se dal novellato art. 2103 c.c. di certo fuoriesce ridimensionata<sup>285</sup>.

## 6. Adibizione a mansioni appartenenti al livello di inquadramento inferiore.

Al cospetto del divieto inderogabile di assegnare il lavoratore a mansioni inferiori posto dalla precedente dettatura dell'art. 2103 c.c., nel corso del tempo, la stessa legge ha configurato una serie di eccezioni<sup>286</sup>.

Anche la giurisprudenza ha fatto la sua parte, mostrando aperture – cui si è fatto cenno – che escludono la legittimità del licenziamento per sopravvenuta infermità permanente allorché sia possibile altra attività riconducibile, non solo a mansioni equivalenti, ma anche, in difetto di altre soluzioni, a mansioni inferiori<sup>287</sup>; nella medesima prospettiva di tutela dell'interesse del prestatore al mantenimento del posto di lavoro si è riconosciuta la validità del cd. «patto di demansionamento»<sup>288</sup>, sempre che vi sia il consenso del lavoratore non affetto da vizi della volontà e sussistano le condizioni che avrebbero legittimato il licenziamento in mancanza di accordo<sup>289</sup>.

Il fondamento razionale giustificativo delle deroghe introdotte dalla giurisprudenza all'espressa previsione della nullità di ogni patto contrario è ravvisabile nella oggettiva prevalenza dell'inte-

<sup>284</sup> In tale prospettiva assume valore paradigmatico la vicenda giurisprudenziale concernente la l. 29 gennaio 1992 n. 58, la quale, nel riformare il settore delle telecomunicazioni con il passaggio dei servizi di telefonia dal settore pubblico a quello privato, ha previsto la predisposizione, sulla base di accordo con le organizzazioni sindacali, di tabelle di equiparazione tra le vecchie e nuove qualifiche del personale transitato; secondo i giudici di legittimità, qualora le tabelle di equiparazione, pur contrattate dalle parti sociali, non siano adeguate, per mancata corrispondenza tra le mansioni da esse equiparate, le stesse possono essere disapplicate dal giudice con individuazione ad opera del medesimo della qualifica o livello corrispondente alle astratte previsioni di quella precedentemente rivestita (tra le tante: Cass. n. 15605 del 2004; Cass. n. 10039 del 2007; Cass. n. 24231 del 2010).

<sup>285</sup> Con immagine efficace BROLLO, *Disciplina delle mansioni*, cit., p. 90, chiosa che "la nullità dei patti contrari posta dall'art. 13 dello Statuto a presidio della dignità professionale che potrebbe essere intaccata anche dal potere negoziale (individuale e collettivo) resta come icona, ma diventa molto più pallida".

<sup>286</sup> Secondo l'art. 4, co. 11, l. n. 223 del 1991, gli accordi sindacali stipulati nel corso delle procedure di mobilità, al fine di garantire il riassorbimento totale o parziale dei lavoratori ritenuti eccedenti, possono stabilire l'assegnazione dei lavoratori esuberanti, in deroga al secondo comma dell'art. 2103 c.c., a mansioni diverse e quindi anche inferiori (in tal senso, da ultimo, Cass. n. 14944 del 2014); l'art. 4, co. 4, l. n. 68 del 1999 ammette l'adibizione a mansioni inferiori per il lavoratore divenuto inabile in conseguenza di infortunio o malattia, al fine di evitare il licenziamento e nel caso in cui non possa essere adibito a mansioni equivalenti; l'art. 7, co. 5, d.lgs. n. 151 del 2001, in materia di tutela della maternità, prevede che possa essere "adibita a mansioni inferiori a quelle abituali" la lavoratrice in gravidanza nel caso in cui quelle di assunzione siano ricomprese tra le mansioni a rischio o comunque interdette in relazione al peculiare stato della dipendente.

<sup>287</sup> Cass. Sez. Un. n. 7755/1998 cit.; conforme: Cass. n. 15500 del 2009.

<sup>288</sup> Tra le altre: Cass. n. 6822 del 1992; n. 9386 del 1993; n. 4790 del 2004.

<sup>289</sup> È necessario, cioè, che vi sia una reale situazione che renda concreta una prospettiva di licenziamento e che l'accettazione delle diverse mansioni in deroga all'art. 2103 avvenga in condizioni idonee ad escludere che si tratti di un espediente per ottenere prestazioni lavorative in elusione della norma imperativa (Cass. n. 4790/2004 cit.; n. 2375 del 2005).

resse del lavoratore al posto di lavoro, rispetto alla salvaguardia di una professionalità che sarebbe comunque compromessa dall'estinzione del rapporto<sup>290</sup>; non quindi un qualsiasi interesse del lavoratore né, tanto meno, un interesse meramente organizzativo dell'impresa<sup>291</sup>.

Il d. lgs. n. 81 del 2015 ha intrapreso risolutamente la via di normare fattispecie generali di mutamenti peggiorativi leciti e che possono essere partitamente esaminate a seconda che le modifiche siano consentite al potere unilaterale dell'imprenditore, anche abilitato dalle previsioni della contrattazione collettiva, oppure dalla stipulazione di accordi individuali (v. *infra* § 8).

Innanzitutto il lavoratore *“può essere assegnato a mansioni appartenenti al livello di inquadramento inferiore ... in caso di modifica degli assetti organizzativi aziendali che incide sulla posizione del lavoratore”* (comma 2).

Val la pena sottolineare che si tratta di ipotesi in cui non è richiesto il consenso del lavoratore, essendo sufficiente che ricorra il presupposto indicato dalla norma, e cioè che sussista una *“modifica degli assetti organizzativi aziendali”* e che tale modifica sia causalmente incidente sulla *“posizione del lavoratore”*<sup>292</sup>.

Considerata la genericità della formula e la dubbia coerenza con i criteri direttivi della legge n. 183/2014, si è già detto della tesi che interpreta la disposizione alla luce dei principi della delega per cui la *reformatio in peius* non sarebbe ammessa per qualsiasi mutamento organizzativo ma solo quando occorra contemperare *“l'interesse dell'impresa all'utile impiego del personale con l'interesse del lavoratore alla tutela del posto di lavoro, della professionalità e delle condizioni di vita ed economiche”*.

Anche secondo questa più prudente esegesi vi sarebbe comunque un ampliamento dei poteri dell'imprenditore rispetto alle deroghe giurisprudenziali in precedenza riconosciute, secondo le

<sup>290</sup> Ancora Cass. Sez. Un. n. 7755/1998 cit.: le esigenze di tutela del diritto alla conservazione del posto di lavoro sono prevalenti su quelle di salvaguardia della professionalità del lavoratore; già all'epoca il Supremo Collegio osservava che *“ad una non rigida interpretazione dell'art. 2103 c.c. inducono le maggiori e notorie difficoltà in cui versa oggi il mercato del lavoro”*.

<sup>291</sup> Opina che la teoria del *“male minore”* abbia dato luogo a grande variabilità dei responsi giurisprudenziali, *“con il doppio difetto, reciprocamente nutrito, della grande incertezza ed allo stesso tempo di conoscere solo dopo la sentenza del giudice se c'era o no diritto”*, MISCIONE, *op. cit.*, p. 439. Talune pronunce sembrano legittimare la modifica *in peius* delle mansioni su mera richiesta del lavoratore per soddisfare un interesse non ulteriormente qualificato (Cass. n. 11297 del 1991; Cass. n. 17095 del 2011), con il rischio di eludere in concreto il principio di nullità dei patti contrari (cfr. BROLLO, *Disciplina delle mansioni ...*, *cit.*, p. 66, con la giurisprudenza citata alla nota 53). Da ultimo Cass. n. 11395 del 2014, ha affermato che l'art. 2103 c.c. va interpretato *“alla stregua del bilanciamento del diritto del datore di lavoro a perseguire un'organizzazione aziendale produttiva ed efficiente e quello di lavoratore al mantenimento del posto, con la conseguenza che, nei casi di sopravvenute e legittime scelte imprenditoriali, comportanti, tra le altre, ristrutturazioni aziendali, l'adibizione del lavoratore a mansioni diverse, ed anche inferiori, a quelle precedentemente svolte, restando immutato il livello retributivo, non si pone in contrasto con il dettato del Codice Civile”*; su cui v. MAGRINI, *Rivoluzioni silenziose nella giurisprudenza della corte di cassazione (in tema di demansionamento e di licenziamento per malattia)*, in *ADL*, 2015, p. 143 ss.

<sup>292</sup> Secondo MIMMO, *Mansioni. La riscrittura di uno dei capisaldi del diritto del lavoro*, in *Speciale Sole24ore*, luglio 2015, p. 20, la circostanza che la modifica degli assetti organizzativi debba incidere sulla posizione del lavoratore *«dovrebbe indurre a ritenere che il presupposto di tale modifica sia in ogni caso quello dell'impossibilità a continuare a far svolgere al prestatore le mansioni assegnate, per esempio nell'ipotesi in cui dal riassetto organizzativo derivi la soppressione del posto di lavoro»*. All'opposto si ritiene che il testo vigente della norma non esiga affatto che il demansionamento del lavoratore si presenti come alternativa ad un licenziamento e neppure ad una comprovata crisi aziendale: VOZA, *Autonomia privata e norma inderogabile nella nuova disciplina del mutamento di mansioni*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”*, 2015, n. 262, p. 7; CANALI DE ROSSI, *Mansioni: ius variandi datoriale e demansionamento*, in *DPL*, 2015, p. 1345; MASSI, *Nuova disciplina delle mansioni*, in *DPL*, 2015, p. 1813.

opzioni più condivisibili, solo ove vi fosse l'alternativa tra il licenziamento e l'adibizione a compiti deteriori<sup>293</sup>.

Resta da comprendere entro che limiti potrà svilupparsi il controllo giudiziale sulla sussistenza del presupposto indicato dalla legge, ed eventualmente anche sull'interesse del lavoratore non solo al mantenimento del posto di lavoro ma pure alla tutela della professionalità e delle condizioni individuali.

La genericità dei termini non dovrebbe comunque impedire la giustiziabilità delle situazioni giuridiche soggettive tutelate<sup>294</sup>, ma è agevole prevedere che si riproporranno i consueti temi del rapporto, sovente conflittuale, tra libertà d'impresa ed estensione del sindacato del giudice sulle scelte del datore di lavoro<sup>295</sup>.

Per il successivo comma 4 *“ulteriori ipotesi di assegnazione di mansioni appartenenti al livello di inquadramento inferiore ... possono essere previste dai contratti collettivi”*<sup>296</sup>.

La disposizione costituisce attuazione del criterio direttivo contenuto nella delega il quale prevedeva che *“la contrattazione collettiva ... possa individuare ulteriori ipotesi rispetto a quelle disposte ai sensi della presente lettera”*.

Probabilmente nella logica dell'art. 1, comma 7, lett. e) della l. n. 183/2014 vi era una prima indicazione di individuare per legge le ipotesi di modifica unilaterale delle mansioni, nei casi di processi di riorganizzazione, ristrutturazione o conversione aziendale, sulla base di parametri oggettivi, contemperando l'interesse dell'impresa e l'interesse qualificato del lavoratore; a tale elencazione avrebbero poi potuto aggiungersi le ipotesi, necessariamente diverse ed ulteriori, previste dalla contrattazione collettiva.

Considerata ora l'ampiezza del potere conferito all'imprenditore già dal comma 2 non è agevole comprendere quali *“ulteriori ipotesi”* possano essere stabilite dall'autonomia collettiva, anche di livello aziendale<sup>297</sup>.

<sup>293</sup> Ad esempio, per Cass. n. 1575 del 2010, la mera soppressione delle mansioni proprie della qualifica di appartenenza non è sufficiente a giustificare l'assegnazione a mansioni inferiori se non è accompagnata dalla necessità di estinguere il rapporto di lavoro (conforme: Cass. n. 12253/2015 cit); v. però, per una più lata prospettiva, la giurisprudenza citata alla nota 52.

<sup>294</sup> Come sembra paventare BELLAVISTA, *Il nuovo art. 2103 nel Jobs Act*, in [www.dirittisocialie cittadinanza.it](http://www.dirittisocialie cittadinanza.it), 2015, p. 2, secondo il quale il presupposto giustificativo dell'adibizione a mansioni inferiori è talmente labile da essere affidato alla piena discrezionalità valutativa del datore di lavoro.

<sup>295</sup> A tal proposito occorrerà verificare se la modifica peggiorativa delle mansioni soggetta al nuovo regime costituisca *“esercizio dei poteri datoriali”* rientrante nell'ambito di applicabilità dell'art. 30 della l. n. 183 del 2010, fermi restando i dubbi circa la reale portata innovativa di detta disposizione.

<sup>296</sup> Secondo il rinvio generale contenuto nell'art. 51 del d. lgs. n. 81 del 2015: *“Salvo diversa previsione, ai fini del presente decreto, per contratti collettivi si intendono i contratti collettivi di livello nazionale, territoriali o aziendali stipulati da associazioni comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e i contratti aziendali stipulati dalle loro rappresentanze sindacali aziendali ovvero dalla rappresentanza sindacale unitaria”*.

<sup>297</sup> Va ricordato che già l'art. 8, d.l. n. 138 del 2011, convertito con modificazioni in l. n. 148 del 2011, ha affidato alla contrattazione collettiva di prossimità la possibilità di disciplinare le materie relative all'organizzazione del lavoro e della produzione, con riferimento anche *“alle mansioni del lavoratore, alla classificazione e inquadramento del personale”* (comma 2, lett. b). Con sentenza n. 221 del 2012 la Corte costituzionale ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale di detta normativa sollevata dalla Regione Toscana in relazione agli artt. 39, 117, comma 3, e 128 Cost. nonché al principio di leale collaborazione. In generale su tale disciplina v. DE LUCA TAMAJO, *Crisi economica e relazioni industriali: alcune osservazioni sull'art. 8 della legge 148/2011*, in *DRI*, 2012, p. 11; secondo SPEZIALE, *Le politiche del lavoro*, cit., p. 30, la previsione in materia di mansioni si porrebbe in termini di specialità rispetto

Probabilmente ad essa residuerà il compito di una specificazione esemplificativa delle vicende aziendali riconducibili ad una modifica degli assetti idonea a legittimare l'assegnazione a mansioni inferiori da parte dell'imprenditore<sup>298</sup>. Non par dubbio, comunque, che l'intervento additivo della contrattazione, ove attuato diversamente da una esemplificazione integrativa, possa prescindere dalla modifica organizzativa di cui al comma 2, in linea con la legge di delegazione che, nel riferirsi alle prerogative della contrattazione collettiva, non fa riferimento ai processi di riorganizzazione, ristrutturazione e conversione<sup>299</sup>.

Sia nel caso del comma 2 che del comma 4 una serie di cautele circondano l'esercizio del potere datoriale.

Innanzitutto barriere generali al declassamento: le mansioni devono rientrare nella medesima categoria legale<sup>300</sup> e nel livello di inquadramento immediatamente inferiore a quello ricoperto dal lavoratore<sup>301</sup>.

Inoltre il mutamento di mansioni deve essere comunicato per iscritto, a pena di nullità; in tal modo si rende certo il momento a partire dal quale è disposta l'assegnazione a mansioni del livello inferiore. Auspicabile che la comunicazione sia accompagnata dalla motivazione che giustifichi l'atto unilaterale, ma non si tratta di una condizione di validità del medesimo, in quanto non prevista dalla legge, alla stregua di quanto accade per i trasferimenti, la cui disciplina è integralmente confermata dal comma 8 del novellato art. 2103 cod. civ.<sup>302</sup>.

---

all'art. 8 citato e pertanto l'autonomia collettiva potrebbe "agire anche in assenza dei presupposti normativi (vincoli di scopo, efficacia soggettiva, etc.) previsti dalla disposizione del 2011".

<sup>298</sup> Così GARGIULO, *Lo ius variandi ...*, cit., p. 629.

<sup>299</sup> Cfr. DE ANGELIS, *op. cit.*, 8, il quale poi esclude che la contrattazione collettiva possa operare non per flessibilizzare ulteriormente la disciplina delle mansioni ma, all'opposto, per aggiungere limiti.

<sup>300</sup> ICHINO, *Appunti irriverenti sui nuovi decreti attuativi della riforma del lavoro*, in [www.pietroichino.it](http://www.pietroichino.it), 27 luglio 2015, definisce il ritorno alla divisione tra operai e impiegati una "cosa curiosa", visto che l'avvento dell'inquadramento unico da decenni sembrava aver superato la distinzione tra dette categorie legali.

<sup>301</sup> Depone in tal senso l'uso della preposizione "al" legato al singolare del "livello di inquadramento".

<sup>302</sup> Come noto ai fini dell'efficacia del provvedimento di trasferimento del lavoratore, anche nella precedente formulazione dell'art. 2103 cod. civ. non era espressamente previsto che venissero contestualmente enunciate le ragioni del trasferimento stesso, atteso che era richiesto soltanto che tali ragioni, ove contestate, risultassero effettive e comprovate. Tuttavia, secondo la giurisprudenza di legittimità, l'onere dell'indicazione delle ragioni del trasferimento, che, in caso di mancato adempimento, determinava l'inefficacia sopravvenuta del provvedimento, sorgeva a carico del datore di lavoro nel caso in cui il lavoratore ne facesse richiesta, dovendosi applicare per analogia la disposizione di cui all'art. 2 l. n. 604 del 1966, che prevedeva l'insorgenza di analogo onere nel caso in cui il lavoratore licenziato chiedesse al datore di lavoro di comunicare i motivi del licenziamento (per tutte Cass. n. 8268 del 2004; Cass. n. 1912 del 1998; v. però Cass. n. 11984 del 2010). L'art. 1, comma 37, della l. n. 92 del 2012, ha sostituito il comma 2 dell'art. 2 della l. n. 604/66 cit., stabilendo che la specificazione dei motivi debba essere contestuale alla comunicazione del licenziamento; si è escluso che l'applicazione analogica del predetto art. 2 possa essere confermata anche rispetto alla nuova versione della norma, introducendosi per tale via a carico del datore di lavoro oneri di motivazione contestuale del trasferimento estranei al tenore dell'art. 2013 c.c. (SORDI, *Le modifiche alla disciplina dei licenziamenti individuali*, in *La riforma del lavoro*, Giuffrè, 2013, 231; GRAGNOLI, *Prime considerazioni sulla nuova disciplina in tema di licenziamento*, in *Nuove regole dopo la legge n. 92 del 2012 di riforma del mercato del lavoro*, Giappichelli, 2013, p. 125). ZOLI, *op. cit.*, p. 15, sul tema giustamente evidenzia che, nel caso di modifica delle mansioni, i termini decadenziali previsti dall'art. 32 della l. n. 183 del 2010 per l'impugnazione dell'atto e per l'azione in giudizio non sono destinati ad operare.

Infine il lavoratore ha diritto alla formale conservazione del livello di inquadramento e del trattamento retributivo in godimento<sup>303</sup>, confermandosi un principio di irriducibilità della retribuzione<sup>304</sup>.

Si verifica una divaricazione tra l'inquadramento ed il corrispondente trattamento economico rispetto alla prestazione lavorativa resa dal dipendente, ma ciò è previsto a tutela di questi e quale contropartita al sacrificio imposto dall'esigenza organizzativa dell'impresa.

Non pare che ciò sia sufficiente a sostenere che l'adibizione *in peius* debba essere temporanea, in assenza di un dato normativo inequivoco. È stato tuttavia ipotizzato un diritto alla riassegnazione del lavoratore a mansioni proprie del livello formalmente conservato, nel caso in cui si liberi una prestazione coerente, in termini contenutistici, con tale livello originario<sup>305</sup>.

Piuttosto la combinazione determinata dall'ampliamento delle mansioni esigibili a tutte quelle previste dal livello di inquadramento unitamente alle strade nuove aperte all'assegnazione a mansioni inferiori ridonda inevitabilmente nei suoi effetti sul tema del *repechage* nel licenziamento per giustificato motivo oggettivo.

La questione sarebbe meritevole di approfondimenti non esperibili in questa sede. Sinteticamente può dirsi che, secondo la consolidata pratica delle Corti, il recesso datoriale per giustificato motivo oggettivo era ritenuto illegittimo se il datore di lavoro non provava anche l'impossibilità di adibire il lavoratore a mansioni equivalenti ovvero, in ipotesi, anche inferiori.

*Mutatis mutandis* occorrerebbe presagire che il licenziamento per motivi economici resta illegittimo<sup>306</sup> se il datore di lavoro non fornirà prova dell'impossibilità di adibire il dipendente a mansioni previste dal suo livello di inquadramento ma anche da quello inferiore, considerato che la soppressione del posto di lavoro configurerebbe senz'altro la modifica organizzativa di cui al comma 2 del novellato art. 2103 cod. civ..

All'ampliamento dell'area del debito di prestazione del lavoratore corrisponde così un restringimento – non si sa quanto voluto – del potere datoriale di licenziare per un giustificato motivo oggettivo<sup>307</sup>.

<sup>303</sup> "... fatta eccezione per gli elementi retributivi collegati a particolari modalità di svolgimento della precedente prestazione lavorativa" (comma 5, ultima parte).

<sup>304</sup> Principio che, essendo previsto per il caso di assegnazione a mansioni inferiori, dovrebbe logicamente valere anche in caso di mobilità orizzontale.

<sup>305</sup> Cfr. GARGIULO, *Lo ius variandi*, cit., p. 623, secondo il quale il lavoratore potrà rivendicare la copertura del posto resosi libero e che gli consenta di riequilibrare inquadramento e mansioni. Convengono sul punto: BROLLO, *Disciplina delle mansioni*, cit., p. 71; ZOLI, op. cit., p. 15.

<sup>306</sup> La questione della legittimità o meno del licenziamento è a monte del problema, solo successivo, del tipo di sanzione applicabile, reintegratoria o indennitaria, di cui all'art. 18 l. n. 300 del 1970, novellato dalla l. n. 92 del 2012 (sul punto v. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *RIDL*, 2012, I, p. 435). Vi è chi ritiene che l'intervento normativo operi, anche se in maniera surrettizia, sulle ragioni giustificative del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, prima ancora che sulle conseguenze inerenti alla valutazione delle medesime: GARGIULO, *Il licenziamento economico alla luce del "novellato" art. 18*, in questa rivista, 2014, I, p. 87 e ss., ove viene esaminato tra l'altro il ruolo da riconoscere al *repechage* nella nuova disciplina (su cui v. anche L. ZOPPOLI, *Flex/insecurity. La riforma Fornero (l. 28 giugno 2012 n. 92) prima, durante e dopo*, Editoriale Scientifica, p. 138).

<sup>307</sup> Cfr. BROLLO, *Disciplina delle mansioni*, cit., p. 42, secondo cui la maggiore flessibilità gestionale del posto di lavoro avrebbe come effetto indiretto quello di irrobustire la stabilità del posto di lavoro, seppur presidiata da una tutela sempre più debole.

## 7. Gli accordi individuali in deroga.

Secondo il comma 6 della disposizione in esame *“possono essere stipulati accordi individuali di modifica delle mansioni, della categoria legale e del livello di inquadramento e della relativa retribuzione”*.

Con tali accordi è dunque possibile modificare, in senso peggiorativo per il lavoratore, non solo le mansioni, ma anche la categoria legale, il livello di inquadramento<sup>308</sup> e perfino la retribuzione acquisita.

Una così ampia potestà derogatoria è consentita nella ricorrenza di talune condizioni.

L'accordo dovrà esser stipulato *“nelle sedi di cui all'articolo 2113 c.c., quarto comma, o avanti alle commissioni di certificazione ...”*<sup>309</sup>, con l'assistenza, ove richiesta dal lavoratore, di *“un rappresentante dell'associazione sindacale cui aderisce o conferisce mandato o da un avvocato o da un consulente del lavoro”*<sup>310</sup>.

Si tratta chiaramente dell'esigenza di proteggere la libera formazione della volontà del lavoratore dal rischio di pressioni indebite, tanto più ipotizzabili atteso che l'accordo avviene in costanza di rapporto di lavoro ed è perfino inutile dire dell'asimmetria delle condizioni psicologiche, e non solo, degli stipulanti.

Inoltre in tali casi l'accordo può farsi *“nell'interesse del lavoratore alla conservazione dell'occupazione, all'acquisizione di una diversa professionalità o al miglioramento delle condizioni di vita”*, richiamandosi così taluni criteri direttivi della legge delega.

Al di là della difficoltà di dettagliare i possibili contenuti di siffatti interessi del lavoratore che giustificano la stipulazione<sup>311</sup>, occorre soprattutto interrogarsi sul rilievo che essi possano avere sulla validità del negozio e sulla loro sindacabilità in giudizio.

Orbene, l'espressa previsione normativa ha fatto esprimere l'opinione che ritiene operante una nullità *“in mancanza di quell'interesse del lavoratore che il decreto ha contemplato così riconoscendo il controllo giudiziale sullo stesso merito dell'intesa modificativa sia pure con riguardo all'esistenza dell'interesse stesso”*<sup>312</sup>.

In realtà, una volta che il lavoratore avrà sottoscritto il patto, indicando la ricorrenza di uno degli interessi specificati dalla norma, il tutto con l'avallo della sede protetta, sarà per lui davvero complicato impugnare l'accordo con qualche probabilità di successo eccependo che detto interesse non sussisteva.

<sup>308</sup> Anche più livelli di inquadramento inferiori secondo MIMMO, *op. cit.*, p. 21.

<sup>309</sup> Si tratta delle cd. “sedi protette” previste dagli artt. 185, 410, 411, 412-ter e 412-quater c.p.c. e dall'art. 76 del d. lgs. n. 276 del 2003.

<sup>310</sup> Sui precedenti legislativi di tale modello di assistenza qualificata al lavoratore v. VOZA, *op. cit.*, p. 14.

<sup>311</sup> Sui quali indaga GARGIULO, *Lo ius variandi, cit.*, p. 629, cui si rinvia.

<sup>312</sup> Così DE ANGELIS, *op. cit.*, p. 9. Al contrario, ZOLI, *op. cit.*, p. 20, ritiene discutibile che il suddetto accordo sia sindacabile in giudizio in ordine alla veridicità delle ragioni addotte, sempre che non emerga un vero e proprio vizio del consenso o che sia fornita la prova della palese pretestuosità dell'interesse addotto, tale da condurre alla nullità dell'accordo per illiceità del motivo o della causa o per frode alla legge. Per FERRANTE, *op. cit.*, p. 9, il negozio sarebbe esposto ad un rischio di annullamento ai sensi dell'art. 1429 c.c.

Piuttosto la tipizzazione degli interessi, in una ottica preventiva, dovrebbe rafforzare i compiti di vigilanza del soggetto innanzi al quale tali accordi sono conclusi, secondo taluno “tenuto a verificare la sussistenza dell’interesse addotto dal lavoratore”<sup>313</sup>, per cui, oltre a garantire una assistenza effettiva ed informata, l’organo di conciliazione dovrà valutare la genuinità della volontà dispositiva del subordinato in relazione all’interesse qualificato dalla norma.

## 8. Gli obblighi formativi.

In base all’inedito comma 3 *“Il mutamento di mansioni è accompagnato, ove necessario, dall’assolvimento dell’obbligo formativo, il cui mancato adempimento non determina comunque la nullità dell’atto di assegnazione delle nuove mansioni”*.

L’apprezzabile tentativo di introdurre il tema della formazione nelle dinamiche della mobilità endoaziendale si scontra con una discutibile formulazione della norma sul piano tecnico<sup>314</sup>, con prevedibili incertezze applicative che non consentono attese enfatiche.

C’è chi si interroga su quale parte del rapporto di lavoro gravi *“l’assolvimento dell’obbligo formativo”*, considerato che vi è un obbligo di fornire formazione ma anche un dovere di eseguirla<sup>315</sup>.

L’inciso *“ove necessario”* è talmente vacuo da rendere necessario confidare nell’intervento integrativo e chiarificatore della contrattazione collettiva.

Il generico richiamo al *“mutamento di mansioni”* e la collocazione del comma, incastonato tra il secondo ed il quarto, lasciano il dubbio se l’obbligo sorga solo in caso di adibizione a mansioni inferiori, ovvero anche nel caso di mobilità orizzontale e finanche di mansioni superiori, dove la formazione potrebbe essere ancor più necessaria.

L’unica cosa certa è che il mancato adempimento dell’obbligo formativo non invalida l’atto di assegnazione delle nuove mansioni, depotenziando però l’efficacia precettiva della norma<sup>316</sup>.

Le conseguenze dell’inadempimento saranno, dunque, essenzialmente di tipo risarcitorio, anche se per il lavoratore sarà difficile allegare e provare il danno subito per la mancata formazione; potrebbe residuare un esercizio di autotutela da parte del dipendente che rifiuti di svolgere mansioni per le quali non ha la necessaria capacità<sup>317</sup>, così come un esonero da responsabilità per lo svolgimento di compiti per i quali non è stato sottoposto alla necessaria formazione<sup>318</sup>.

## 9. Assegnazione a mansioni superiori.

Nel vigore della disciplina anteatta l’assegnazione a mansioni superiori diventava definitiva dopo

<sup>313</sup> VOZA, *op. cit.*, p. 13.

<sup>314</sup> LISO, *Brevi osservazioni sulla ...*, *cit.*, p. 12.

<sup>315</sup> LISO, *Brevi osservazioni sulla ...*, *cit.*, p. 13.

<sup>316</sup> In confronto basti pensare, ad esempio, alla ben diversa portata deterrente prevista per l’adempimento degli obblighi formativi nei contratti di formazione e lavoro suscettibili di conversione in rapporti di lavoro a tempo indeterminato.

<sup>317</sup> MISCIONE, *op. cit.*, p. 444. In tal senso anche ZOLI, *op. cit.*, p. 18, il quale ipotizza tra le conseguenze ipotizzabili in ragione della previsione normativa anche l’esperibilità di un’azione di adempimento, ex art. 1453 c.c., ovvero la giusta causa delle dimissioni eventualmente rese dal lavoratore.

<sup>318</sup> GARGIULO, *Lo ius variandi ...*, *cit.*, p. 627.

un periodo comunque non superiore a tre mesi, in quanto la contrattazione collettiva poteva disporre solo in favore del lavoratore.

Attualmente, fermo il diritto al trattamento corrispondente all'attività svolta, la cd. promozione automatica si consegue "dopo il periodo fissato dai contratti collettivi o, in mancanza, dopo sei mesi continuativi" (comma 7)<sup>319</sup>.

Dunque il periodo minimo che garantisce l'inquadramento superiore può essere liberamente determinato dalla contrattazione collettiva<sup>320</sup>, sia *in melius* che *in peius*, e, ove essa manchi, il limite legale è comunque innalzato a "sei mesi continuativi".

Si è esplicitato il requisito della continuità, già ricavato in via interpretativa dalla giurisprudenza, che ha però sovente sanzionato frazionamenti fraudolenti dell'adibizione a mansioni superiori operati dal datore di lavoro<sup>321</sup>.

Inoltre il lasso temporale per conseguire il diritto all'inquadramento superiore era prima computabile tutte le volte in cui l'espletamento di mansioni superiori non avesse avuto luogo "per sostituzione di lavoratore assente con diritto alla conservazione del posto"<sup>322</sup>, mentre ora si estende la preclusione dei periodi non utili ai fini della promozione automatica a tutte le ipotesi in cui l'assegnazione "non abbia avuto luogo per ragioni sostitutive di altro lavoratore in servizio".

Si esclude così che la sostituzione di un dipendente in servizio, qualsiasi sia la ragione dell'assenza, possa radicare il diritto alla stabilizzazione dell'inquadramento superiore<sup>323</sup>.

Infine, la disposizione lascia salva la "diversa volontà del lavoratore", ipotizzando casi in cui il lavoratore per ragioni personali non ha interesse a conseguire la definitiva promozione<sup>324</sup>.

Si è detto trattarsi non di rifiuto a svolgere mansioni superiori, bensì di mancata accettazione di uno degli effetti legali che ne conseguono, per cui, una volta superato il periodo minimo previsto,

<sup>319</sup> La nuova disciplina si applica anche alla categoria dei quadri in quanto l'art. 3, comma 2, del d. lgs. n. 81 del 2015 ha abrogato l'art. 6 della l. n. 190 del 1985 che prevedeva, in deroga all'art. 13 della l. n. 300 del 1970, che l'autonomia collettiva potesse allungare il termine di tre mesi previsto per la promozione.

<sup>320</sup> Anche in questo caso individuata dal rinvio di cui all'art. 51 del d. lgs. n. 81 del 2015.

<sup>321</sup> Sugli orientamenti circa la cumulabilità dei distinti periodi di svolgimento delle mansioni superiori ai fini del conseguimento del diritto alla promozione, che dovrebbero tuttora mantenere una loro validità, v. BROLLO – VENDRAMIN, *Le mansioni del lavoratore: inquadramento e ius variandi*, in *Trattato di diritto del lavoro* (diretto da Persiani-Carinci), vol. IV, I, 2012, 576-577. Da ultimo cfr. Cass. n. 17870 del 2014.

<sup>322</sup> Secondo la Corte di cassazione per lavoratore assente con diritto alla conservazione del posto di lavoro, la cui sostituzione da parte di altro lavoratore avente una qualifica inferiore non attribuisce a quest'ultimo il diritto alla promozione deve intendersi soltanto quello che non sia presente in azienda a causa di una delle ipotesi di sospensione legale o convenzionale del rapporto di lavoro, e non anche quello destinato, per scelta organizzativa del datore di lavoro, a lavorare fuori dell'azienda o in altra unità o altro reparto, o, ancora, inviato a partecipare ad un corso di formazione (Cass. n. 2280 del 2010; n. 14299 del 2006; n. 17659 del 2002; n. 3145 del 2002;).

<sup>323</sup> Viene fatto l'esempio della sostituzione del dipendente in ferie che non darebbe luogo a promozione automatica: DE ANGELIS, *op. cit.*, p. 10; MISCIONE, *op. cit.*, p. 444, secondo il quale sarebbero escluse anche le sostituzioni "a cascata", cioè le sostituzioni di chi sostituisce l'assente; precisa ZOLI, *op. cit.*, p. 21, che l'esenzione opera in tutti i casi in cui il lavoratore sia assente senza che il relativo rapporto sia sospeso, quindi non solo in caso di ferie, ma anche di permessi o di partecipazione a corsi di formazione o a missioni.

<sup>324</sup> Si pensi alla volontà di sottrarsi alle maggiori responsabilità derivanti dal superiore inquadramento ovvero all'esigenza di evitare la perdita di tutele per il passaggio alla categoria dirigenziale (in termini CANALI DE ROSSI, *op. cit.*, p. 1345).

esso costituirebbe una rinuncia ad un diritto alla promozione già maturato ed entrato nel patrimonio del lavoratore, senza però meccanismi di protezione dell'integrità del consenso prestato dal lavoratore<sup>325</sup>.

Occorre tuttavia rammentare che per numerose pronunce della Cassazione, anche ove è in gioco la prosecuzione stessa del rapporto di lavoro, del diritto di impugnare il licenziamento il lavoratore può liberamente disporre, facendone oggetto di rinunce e transazioni che sono sottratte alla disciplina dell'art. 2113 c.c.<sup>326</sup>.

---

<sup>325</sup> Sul punto v. VOZA, *op. cit.*, p. 16, che registra una anomalia rispetto al regime generale di cui all'art. 2113 c.c. Secondo ZOLI, *op. cit.*, p. 23, la disposizione in esame "deroga espressamente la regola generale e configura quello alla promozione come un diritto disponibile". Si rammenta che la giurisprudenza che riconosceva validità ed efficacia alla rinuncia unilaterale del lavoratore alle mansioni superiori da lui svolte in concreto (Cass. n. 6515 del 1988; Cass. n. 11297 del 1991) si preoccupava di introdurre adeguati temperamenti per fugare il sospetto che l'atto dismissivo fosse frutto di un'imposizione del datore di lavoro in violazione dei limiti inderogabili posti dalla legge, onde richiedeva fosse acquisita la prova che la decisione unilaterale del lavoratore era stata determinata da una scelta esclusiva, operata in assenza di qualsivoglia sollecitazione, sia pure indiretta, del datore di lavoro, il quale l'aveva invece subita (Cass. n. 17793 del 1993).

<sup>326</sup> Tra le tante, cfr. Cass. n. 2721 del 1981; Cass. n. 12745 del 1992; Cass. n. 11581 del 1997; Cass. n. 13134 del 2000; Cass. n. 12301 del 2003.

## Promuovere forme di occupazione stabile. I nuovi incentivi universali\*

Sergio Vergari

1. Gli incentivi alle assunzioni quale misura di politica del lavoro.	107
2. Le iniziative dell'ultimo ventennio per l'incremento della base occupazionale.	108
3. Lo strumento introdotto dalla legge di stabilità 2015.	110
3.1 Impostazione e misura dell'incentivo.	110
3.2 Beneficiari e rapporti di lavoro inclusi.	112
3.3 Condizioni per il diritto all'esonero contributivo.	116
3.4 Natura dell'incentivo e rapporti con la normativa europea.	119
4. Il nuovo esonero previsto dalla legge di stabilità 2016.	121
5. Prime evidenze di efficacia e prospettive future.	124

---

\* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 292/2016

## 1. Gli incentivi alle assunzioni quale misura di politica del lavoro.

Da sempre carente di servizi e percorsi di accompagnamento attivo, la politica del lavoro italiana degli ultimi trent'anni ha rincorso i propri obiettivi facendo sistematicamente leva, specie dopo la soppressione del collocamento numerico, sugli incentivi alle assunzioni. Si tratta di una tecnica nota, che assume ad oggetto prioritario di attenzione, non il lato dell'offerta di lavoro, con al centro il lavoratore ed il suo patrimonio professionale sui quali intervenire attraverso specifici percorsi di qualificazione e mediazione, ma la domanda e le scelte datoriali di assunzione, di cui si tenta il condizionamento.

Nell'approccio statale, la tecnica d'incentivazione si articola, di massima, su due piani distinti: quello normativo, sul quale agiscono discipline specifiche e più favorevoli di quelle ordinarie<sup>327</sup>, collegate a determinate categorie di lavoratori; quello economico, che mira ad incidere sui costi del lavoro a carico delle imprese<sup>328</sup>.

Lo sviluppo di questa seconda categoria, al cui interno si collocano gli incentivi in commento, ha beneficiato della logica tipicamente amministrativa che li ispira e dell'impatto organizzativo ridotto nella gestione delle istanze di accesso. In un Paese, come detto, più incline ad erogare prestazioni monetarie che a costruire e praticare servizi pubblici di accompagnamento per i cittadini (lavoratori e datori di lavoro), più votato al controllo della distribuzione delle risorse pubbliche che allo sviluppo di un mercato del lavoro efficiente e maturo, la leva delle incentivazioni economiche ha potuto consolidarsi con relativa facilità. Il processo di sostegno, avviato dallo Stato a decorrere dagli anni Ottanta, si è sviluppato in parallelo anche a livello regionale, trovando infine nella riforma del Titolo V della Cost. un valido ancoraggio per connotare e irrobustire le proposte locali.

Al sistema statale d'incentivazione, consolidatosi e rinnovatosi nel tempo, si sono dunque affiancate varie e articolate proposte regionali, che compongono oggi un paniere di offerte tanto variegato nelle varianti territoriali, quanto complicato sotto il profilo della conoscibilità e della gestione<sup>329</sup>.

Gli scopi perseguiti sono molteplici. Si passa dal sostegno di particolari categorie di lavoratori (ad es. i lavoratori c.d. svantaggiati, le donne, i giovani o i lavoratori anziani<sup>330</sup>) a quello riservato solo a specifiche categorie di datori di lavoro (es. cooperative sociali); dall'incremento della base occupazionale alla riduzione, tramite trasformazione in lavoro a tempo indeterminato, delle forme

<sup>327</sup> Si vedano, per tutte, la possibilità di sottoinquadramento degli apprendisti sino a due livelli (cfr. art. 42, c. 5, d.lgs. n. 81/2015, che replica le precedenti previsioni dell'art. 2 del d.lgs. n. 167/2011), e la facoltà di assunzione dei lavoratori in mobilità con contratto a tempo determinato di durata non superiore a dodici mesi (art. 8, l. n. 223/1991) ovvero con contratto di apprendistato (art. 7, c. 4, d.lgs. n. 167/2011, ora abrogato dall'art. 55 del d.lgs. n. 81/2015).

<sup>328</sup> Si vedano gli incentivi riservati ai lavoratori in mobilità, per la cui assunzione è prevista la parificazione della quota di contribuzione a carico del datore di lavoro a quella degli apprendisti, nel caso delle assunzioni a tempo determinato, e la corresponsione di un contributo mensile pari al cinquanta per cento dell'indennità di mobilità che sarebbe stata corrisposta al lavoratore, nel caso delle assunzioni a tempo indeterminato.

<sup>329</sup> I problemi di compatibilità con la normativa europea sugli aiuti di stato costringono i datori di lavoro a dover operare diffusamente all'interno del perimetro del c.d. *de minimis*, con i conseguenti oneri contabili e amministrativi (cfr. circ. Inps 3.09.2014, n. 102).

<sup>330</sup> Per questi ultimi, cfr. il recente intervento, previsto all'art. 1, c. 284, della l. n. 208/2015, volto a sostenere il passaggio ad un regime di orario ridotto sino al momento del pensionamento di vecchiaia, comunque entro il 31 dicembre 2018.

di lavoro precario; dal supporto dedicato solo al lavoro reso in forma subordinata a quello rivolto anche alle vocazioni imprenditoriali e al lavoro autonomo.

Anche le forme incentivanti sono variegate, benché ne esista un tratto comune generalizzato, costituito dall'obiettivo dell'abbattimento del costo del lavoro. La forma tradizionale agisce sul piano previdenziale e consiste nella parziale fiscalizzazione degli oneri sociali a carico del datore di lavoro mediante riduzione delle aliquote complessive di contribuzione previdenziale. Nel tempo si sono aggiunte altre tecniche, tra cui l'erogazione di premi all'assunzione, determinati in cifra fissa o in percentuale rispetto al trattamento retributivo<sup>331</sup> o di sostegno al reddito erogato al lavoratore<sup>332</sup>, ovvero l'applicazione di sconti fiscali, corrispondenti a crediti d'imposta riconosciuti per ogni assunzione agevolata<sup>333</sup>.

## 2. Le iniziative dell'ultimo ventennio per l'incremento della base occupazionale.

Nell'ultimo ventennio, le misure dedicate all'incremento della base occupazionale dipendente sono state improntate al carattere della selettività. Gli obiettivi perseguiti hanno mirato, non al sostegno indifferenziato dell'occupazione, ma all'abbattimento del *deficit* competitivo tra una categoria e le altre di lavoratori ovvero tra figure contrattuali.

L'analisi generale degli incentivi statali mostra il loro stretto collegamento col noto fenomeno della segmentazione del mercato del lavoro<sup>334</sup>, al cui superamento, in nome della partecipazione equilibrata al mercato del lavoro, essi possono dirsi riferiti.

La pluralità degli incentivi si deve, in primo luogo, alla storica propensione del nostro legislatore ad associare ciascuna distinta misura di sostegno a singole categorie di soggetti, di volta in volta individuate attraverso il richiamo a specifici fattori di età (giovani o soggetti sopra una certa età), di genere (donne) o di *status* (disoccupato con una certa anzianità, lavoratore in mobilità o sospeso dal lavoro per cassa integrazione straordinaria).

Per altro verso, la nota debolezza delle politiche pubbliche nella produzione di significativi riequilibri nel mercato del lavoro ha creato il paradosso della periodica riproduzione o stabilizzazione delle singole misure di incentivazione, considerate, di per sé, utili e dunque irrinunciabili. L'accertamento della loro reale efficacia non è mai assunto a presupposto indefettibile delle scelte politiche d'investimento finanziario. La capacità di generare gli effetti attesi sull'accesso al lavoro, o

<sup>331</sup> V. gli incentivi riservati alle assunzioni di disabili ai sensi della l. n. 247/2007, di modifica della l. n. 68/1999.

<sup>332</sup> È il caso del contributo mensile, previsto all'art. 8, comma 4, della l. n. 223/1991, a favore del datore di lavoro che assuma a tempo pieno e indeterminato, senza esservi tenuto, lavoratori iscritti nella lista di mobilità.

<sup>333</sup> Si parla, in quest'ultimo caso, di un beneficio fiscale, previsto, in particolare, per l'assunzione di detenuti o internati (art. 4, c. 3-bis, l. n. 381/1991, sostituito dall'art. 1, c. 2, l. n. 193/2000) o di ricercatori e lavoratori con profili altamente qualificati (art. 24, d.l. n. 83/2012, convertito con modificazioni dalla l. n. 134/2012) o di nuovi lavoratori per potenziare l'attività di ricerca (artt. 4 e 5, l. n. 449/1997).

<sup>334</sup> Le teorie sulla segmentazione del mercato del lavoro contrappongono all'approccio neoclassico, imperniato sul concetto di un unico mercato competitivo, omogeneo ed uniforme, caratterizzato da una perfetta mobilità dei fattori (prodotti, servizi, individui e capitali), l'idea che all'interno del mercato del lavoro esistano sub-mercati differenziati e scarsamente correlati. Vi sarebbero, in altri termini, due grandi insiemi: da un lato, il mercato del lavoro «primario», caratterizzato da occupazioni ben retribuite, stabilità contrattuale, possibilità di carriera e alti livelli di protezione; dall'altro, il mercato «secondario», nel quale sono presenti bassi salari, alta vulnerabilità occupazionale e scarse possibilità di mobilità sociale. Cfr., sul tema, S. Fadda, *La segmentazione del mercato del lavoro. Elementi per una teoria*, F. Angeli, Milano, 1982; P. Villa, *Il dibattito sulla segmentazione del mercato del lavoro: una ipotesi interpretativa*, in *Riv. internaz. scienze soc.*, 1983, p. 90 ss.; G. Guidetti, *Teoria della segmentazione e dei mercati interni del lavoro. Attualità, limiti ed evoluzioni dell'analisi istituzionalista*, in *Econ. politica*, 2001, n. 2, p. 249 ss..

nel rapporto tra gli strumenti contrattuali esistenti, non ha mai condizionato la riproposizione dei singoli incentivi. Nessuna indagine controfattuale è mai stata seriamente promossa per attestare che in assenza degli stessi le scelte datoriali di assunzione, o di assunzione secondo un determinato schema contrattuale, non sarebbero avvenute. È prevalsa, invece, la loro indimostrata qualificazione quali validi strumenti di riequilibrio delle distorsioni del mercato, in una sorta d'inversione del rapporto naturale tra causa ed effetto<sup>335</sup>.

Sono due, nell'esperienza concreta, le finalizzazioni più diffuse: da un lato, il citato sostegno di specifiche categorie di soggetti, a favore delle quali compaiono, tempo per tempo, strumenti variamente articolati in ragione delle maggiori o minori difficoltà occupazionali riconosciute; dall'altro, la promozione del lavoro subordinato a tempo indeterminato, quale modalità che, pur qualificata di recente come "forma comune di rapporto di lavoro" (art. 1, c. 9, lett. a), l. n. 92/2012), ha conosciuto negli ultimi anni una progressiva emarginazione a favore di categorie contrattuali connotate da scadenza di durata e contenuti di flessibilità.

Alla comune funzione di sostegno corrispondono, invero, valori parzialmente diversi. Nel primo caso, la tecnica d'incentivazione mira al risultato occupazionale *tout court*, nel quale è spesso compresa anche l'occupazione a termine<sup>336</sup>.

Quando invece la meta perseguita è la crescita della forma di lavoro stabile, il panorama degli incentivi denota un'inclinazione particolarmente restrittiva, espressa dalla destinazione delle misure solo a singole categorie di soggetti<sup>337</sup>.

In tutti i casi, il sistema degli incentivi conosciuto sino al 2014 non ha mai dimostrato una vocazione universalistica, mirata a sostenere qualsiasi nuova assunzione. Ad essere premiate, come visto, sono state le assunzioni di volta in volta privilegiate, in quanto riferite a specifiche categorie di soggetti deboli o svantaggiati, a volte in collegamento con il richiesto aumento della base occupazionale, ovvero ai rapporti con carattere di stabilità attivati nei confronti di soggetti particolari. Nemmeno nei periodi più critici del ciclo economico e nelle proposte politiche più dirompenti<sup>338</sup> il tema degli incentivi è rimasto scollegato da questa impostazione<sup>339</sup>.

<sup>335</sup> Per una critica al sistema degli incentivi, con particolare riferimento a quelli introdotti con la legge n. 92/2012, cfr. A. Martini, *Aiuto ai precari? No, regalo alle imprese*, 2012, [www.lavoce.it](http://www.lavoce.it).

<sup>336</sup> È il caso delle donne prive di impiego da almeno 24 mesi (art. 4, c. 8-12, l. n. 92/2012), dei lavoratori di età pari o superiore a 50 anni disoccupati da oltre 12 mesi (art. 4, c. 8-12, l. n. 92/2012), dei lavoratori in mobilità (art. 8, c. 2, l. n. 223/1991; art. 4, c. 12, lett. a) e b), l. n. 92/2012), dei dirigenti privi di occupazione (art. 20, l. n. 266/1997), dei detenuti (art. 1, c. 2, l. n. 193/2000).

<sup>337</sup> Un esempio recente è quello del c.d. Bonus Assunzione Giovani, previsto all'art. 1, del d.l. n. 76/2013, convertito dalla l. n. 99/2013, riservato ai datori di lavoro che, in funzione dell'aumento della base occupazionale aziendale, assumono a tempo indeterminato giovani fino a 29 anni con determinati requisiti. Vanno menzionati, altresì, gli incentivi riservati all'assunzione dei lavoratori in cassa integrazione guadagni straordinaria (art. 4, c. 3, d.l. n. 148/1993, convertito dalla l. n. 236/1993) o in mobilità indennizzata (art. 8, c. 2, l. n. 223/1991; art. 4, c. 12, lett. a) e b), l. n. 92/2012), dei lavoratori percettori di Aspi (art. 7, c. 5, lett. b), d.l. n. 76/2013, convertito dalla l. n. 99/2013).

<sup>338</sup> Si ricorda la proposta del primo Governo Berlusconi del 1994 a favore dei giovani, replicata, con qualche variante, nel programma avanzato dal medesimo leader politico in occasione delle elezioni del 2013, ove si prometteva l'abbattimento totale del costo previdenziale per un certo tempo dall'assunzione.

<sup>339</sup> Il punto di discussione, negli ultimi anni, è stato non il carattere selettivo delle misure di sostegno, bensì il loro affastellamento in termini a volte irrazionali o incomprensibili, la loro esistenza normativa in assenza di garanzia di finanziamento, la molteplicità di interventi senza alcuna seria verifica di efficacia, la scarsa propensione di Stato e Regioni alla concentrazione delle risorse sugli incentivi di effettiva efficacia. Per un'analisi giuridica del sistema dei primi anni 2000 cfr. D. Garofalo, *Il riordino degli incentivi all'occupazione e dei contratti formativi*, in F. Carinci, M. Miscione (a cura di), *Il diritto del lavoro dal "Libro Bianco" al Disegno di legge delega 2002*,

### 3. Lo strumento introdotto dalla legge di stabilità 2015.

Giunti al settimo anno dall'inizio della grande crisi, la leva degli strumenti di incentivazione ha assunto una curvatura nuova, più legata al problema generalizzato della precarietà dei nuovi rapporti di lavoro e dell'alto costo del lavoro, che riferita alla prospettiva storica della frammentazione del mercato del lavoro.

Benché le indagini di Eurostat indichino un livello del costo del lavoro italiano inferiore alla media europea<sup>340</sup>, il peso dei fattori non retributivi, come i contributi previdenziali, è indubbiamente accentuato<sup>341</sup> e si somma, penalizzando la competitività del Paese, con valori di produttività sempre insufficienti<sup>342</sup>. I riflessi negativi sull'occupazione italiana sono noti da tempo. Per tale ragione, nell'ultimo periodo è diventata prioritaria un'inversione di rotta, mirata non più alla tutela dei soli soggetti svantaggiati, bensì allo sviluppo occupazionale *tout court*, in tutti i settori e per tutte le categorie di lavoratori.

Con la legge di stabilità per l'anno 2015 (art. 1, comma 118, l. n. 190/2014) ha fatto comparsa una nuova impostazione degli incentivi. Ferme restando le misure già presenti nell'ordinamento, il legislatore italiano ha introdotto, per la prima volta, uno strumento universale, in quanto rivolto a tutti i datori di lavoro privati, a tutti i settori economici e, fatte salve talune eccezioni, a tutti i rapporti di lavoro.

L'unico connotato selettivo, che corrisponde ad una visione del mercato del lavoro capovolta rispetto al recente passato, è espresso dalla sua destinazione esclusiva alla realizzazione di forme di occupazione stabile. Si tratta di una condizione semplice ma dirompente, in quanto preposta a soddisfare almeno tre ambizioni: quella di arginare l'altissima incidenza delle assunzioni a termine; quella di recapitare al Paese un messaggio nuovo e rassicurante, imperniato sul progetto di un nuovo sviluppo economico ed occupazionale e su un concetto del lavoro meno contaminato dal mito della flessibilità e della temporaneità, in relazione alle esigenze produttive, e più ispirato ai valori della continuità, della stabilità e della crescita; quella, infine, di incrementare le tutele del lavoratore sul mercato del lavoro attraverso uno congegno in grado di stimolare nuova occupazione e maggiori sicurezze.

Va rilevato, in proposito, il tempismo strategico celato dalla nuova misura, per il quale lo stimolo conferito alla crescita dell'occupazione stabile doveva servire, pochi giorni dopo l'approvazione della legge delega 10.12.2014, n. 183, a preparare il terreno per la discussione e l'approvazione delle nuove norme finalizzate a restringere il campo di applicazione dell'art. 18 St. lav., poi confluite nel d.lgs. n. 23/2015<sup>343</sup>.

#### 3.1 Impostazione e misura dell'incentivo.

Lo strumento introdotto dalla legge n. 190/2014 è qualificato da quest'ultima come "esonero dal

Ipsos, Milano, 2002, 42 ss.; per la visione del sistema più recente, cfr., dello stesso autore, *Gli incentivi alle assunzioni*, in F. Carinci e M. Miscione (a cura di), *Commentario alla riforma Fornero*, suppl. n. 33 *Dir. prat. lav.*, 2002, 186 ss..

<sup>340</sup> Cfr. i dati pubblicati da Eurostat il 30 marzo 2015.

<sup>341</sup> L'Italia si trova in terza posizione per incidenza dei costi contributivi, dietro a Francia e Svezia e davanti alla Germania (cfr. ancora Eurostat 2015).

<sup>342</sup> Cfr. Federmeccanica, *Position Paper Mercato del lavoro*, [www.federmeccanica.it](http://www.federmeccanica.it).

<sup>343</sup> La singolare contemporaneità tra la riscrittura delle tutele nei rapporti di lavoro e la revisione delle tutele nel mercato del lavoro è rimarcata anche da M. MAGNANI, *La riforma dei contratti e del mercato del lavoro nel c.d. Jobs Act. Il codice dei contratti*, in *DRI*, 2015, 962.

versamento dei complessivi contributi previdenziali a carico dei datori di lavoro". Significa che il peso contributivo relativo alla singola nuova assunzione è sottratto alla competenza del datore di lavoro e trasferito sulle finanze pubbliche alimentate dalla fiscalità generale.

Ad essere coinvolti sono la maggioranza dei contributi richiesti, nel proprio settore di riferimento, al singolo datore di lavoro. Si tratta, in via principale, dei contributi ascrivibili alle assicurazioni concernenti, rispettivamente, l'invalidità, la vecchiaia e i superstiti, la disoccupazione, la cassa unica assegni familiari, la cassa integrazione guadagni, la mobilità, la malattia, la maternità.

Va subito chiarito che l'incentivo non realizza un esonero totale. Lo attesta, in primo luogo, la permanenza dell'obbligo contributivo con riguardo a tre specifiche forme di contribuzione<sup>344</sup>: rispettivamente, per la tutela assicurativa contro gli infortuni sul lavoro (cfr. art. 1, c. 118, legge n. 190/2014); per l'erogazione ai lavoratori dipendenti del settore privato, ai sensi dell'art. 2120 c.c., del trattamento di fine rapporto (art. 1, c. 765, legge n. 190/2014); per il finanziamento dei fondi di solidarietà, ai sensi dell'art. 3, commi 3, 14 e 19, della legge n. 92/2012, la cui esclusione dall'esonero contributivo è ricavabile dall'art. 3, c. 25, della medesima legge. Secondo un recente indirizzo dell'Inps rimangono escluse, altresì, le contribuzioni che non hanno natura previdenziale e quelle concepite allo scopo di apportare elementi di solidarietà alle gestioni previdenziali di riferimento<sup>345</sup>.

Che non si tratti di un esonero totale è testimoniato anche dalla previsione di un limite massimo, fissato nella misura di 8.060 euro su base annua<sup>346</sup>. Ne consegue che continua a gravare sui datori di lavoro la parte di contributi eccedente tale limite.

Ad essere interessati sono, in maggioranza, i datori di lavoro con livelli di contribuzione maggiori<sup>347</sup> e le assunzioni di soggetti con qualifica e costo del lavoro più elevati, dei quali è evidente la penalizzazione. Si tratta, verosimilmente, di un effetto non voluto, ascrivibile alla scelta di introdurre argini invalicabili agli ingenti costi della misura di agevolazione. Fatto sta che il diverso costo del lavoro associabile alle distinte figure professionali rischia di condizionare in negativo la capacità dello strumento di favorire le assunzioni del personale più costoso, svelando la sua attitudine a produrre convenienze ed effetti diversificati.

Un elemento certo e indifferenziato dell'esonero è rappresentato dalla sua durata, che è stabilita in un triennio decorrente dalla data di assunzione del lavoratore, in un tempo compreso tra il 1°

<sup>344</sup> Cfr. la circolare Inps 29.01.2015, n. 17.

<sup>345</sup> Cfr. la circolare Inps 03.11.2015, n. 178, secondo la quale non sono soggette all'esonero contributivo triennali le seguenti forme di contribuzione, ancorché di natura obbligatoria: il contributo per la garanzia sul finanziamento della Qu.I.R., di cui all'art. 1, comma 29, della legge n. 190/2014; il contributo previsto dall'articolo 25, comma 4, della legge 21 dicembre 1978, n. 845, in misura pari allo 0,30% della retribuzione imponibile, destinato, in relazione ai datori di lavoro che vi aderiscono, al finanziamento dei fondi interprofessionali per la formazione continua istituiti dall'art. 118 della legge n. 388/2000; il contributo di solidarietà sui versamenti destinati alla previdenza complementare e/o ai fondi di assistenza sanitaria di cui alla legge n. 166/1991; il contributo di solidarietà per i lavoratori dello spettacolo, di cui all'art. 1, commi 8 e 14, del d.lgs. n. 182/1997; il contributo di solidarietà per gli sportivi professionisti, di cui all'art. 1, commi 3 e 4 del d.lgs. n. 166/1997.

<sup>346</sup> Secondo i chiarimenti forniti dall'Inps (circ. n. 17/2015), la soglia massima di esonero contributivo va riferita al periodo di paga mensile, che è pari a euro 671,66 (€ 8.060,00/12). Per i rapporti di lavoro instaurati ovvero risolti nel corso del mese, detta soglia va riproporzionata assumendo a riferimento l'importo di euro 22,08 (euro 8.060,00/365 giorni) per ogni giorno di fruizione dell'esonero contributivo. Con riguardo ai rapporti di lavoro part-time (di tipo orizzontale, verticale ovvero misto), la soglia massima va adeguata in diminuzione sulla base della durata dello specifico orario ridotto di lavoro in rapporto a quella ordinaria stabilita dalla legge ovvero dai contratti collettivi di lavoro. Analoga operazione di adeguamento è richiesta per i contratti di lavoro ripartito sulla base della durata effettiva delle prestazioni rese da ognuno dei due lavoratori coobbligati in rapporto a quella ordinaria stabilita dalla legge ovvero dai contratti collettivi di lavoro.

<sup>347</sup> È il caso, ad esempio dell'edilizia, settore tradizionalmente interessato da alti contributi per la cassa integrazione.

gennaio e il 31 dicembre 2015. Per ciascuno dei tre anni successivi all'assunzione il datore di lavoro è esonerato dal pagamento dei contributi espressamente non esclusi, secondo l'elenco menzionato.

Un altro elemento costitutivo è espresso dalla sua funzione, che è rivolta a «promuovere forme di occupazione stabile» (cfr. art. 1, c. 118, l. n. 190/2014). Il tenore di tale locuzione, letto in collegamento con il richiamo alle nuove assunzioni con contratto di lavoro a tempo indeterminato, autorizza l'equazione "occupazione stabile = assunzione con contratto di lavoro a tempo indeterminato". Ne dovrebbe conseguire che la semplice assunzione con tale contratto, a prescindere da ogni altra sua specifica configurazione, abiliti all'accesso al beneficio.

Per l'Inps, tuttavia, la nozione di "occupazione stabile" esprime un concetto diacronico, riferito non solo alla stabilità del "rapporto di lavoro", ma anche e soprattutto alla stabilità e continuità della "prestazione di lavoro". In altri termini, per rispondere alle finalità della legge il rapporto a tempo indeterminato è chiamato a svilupparsi anche in termini di continuità lavorativa.

Sulla scorta di tale parametro, l'Istituto esclude dalla fruizione dell'esonero i rapporti di lavoro intermittente o a chiamata. La motivazione offerta è che la saltuarietà, o comunque la non continuità, della prestazione lavorativa all'interno di tali contratti sono «decisamente incoerenti con le motivazioni che sorreggono le finalità dell'esonero contributivo» (circ. n. 17/2015).

La storia degli incentivi all'occupazione di questo Paese e la loro tradizionale associazione ad obiettivi di stabilizzazione contrattuale, più che lavorativa, autorizzano ad esprimere qualche riserva su tale giudizio interpretativo. Con la sua applicazione si dovrebbero escludere anche le assunzioni realizzate con contratto a tempo indeterminato strutturato secondo un part time verticale. Anche in tale schema, infatti, non è garantita la continuità lavorativa.

Peraltro, se nel ragionamento dell'Inps assumesse rilievo non tanto il criterio puro della continuità lavorativa intesa come periodo privo di interruzioni, ma l'elemento della fisiologica ricorrenza lavorativa, connotato dalla certezza dell'*an* e del *quando* delle prestazioni successive alla prima, allora la finalità perseguita dal legislatore dovrebbe dirsi realizzata in tutti i casi in cui l'assunzione sia collegata alla previsione di prestazioni di lavoro che, pur interrotte, sono rese certe nel loro sviluppo successivo.

Di rilievo è che il beneficio non richiede la necessaria assunzione di soggetti esterni all'organizzazione del datore di lavoro interessato. Esso si applica anche ai casi di trasformazione a tempo indeterminato di rapporti già attivati, potendo realizzarsi anche in tale forma lo scopo normativo di promuovere forme di occupazione stabile.

### 3.2 Beneficiari e rapporti di lavoro inclusi.

Come detto, l'incentivo introdotto dalla legge n. 190/2014 ha natura tendenzialmente generalizzata, poiché riferito ai datori di lavoro privati, ai rapporti di lavoro a tempo indeterminato, ad ogni qualifica e fascia di età.

L'ampio campo di applicazione del beneficio sconta, per espressa previsione normativa, due eccezioni precise, che riguardano i contratti di apprendistato e quelli di lavoro domestico.

Mentre nel primo caso si fa implicito richiamo, non ai datori di lavoro stipulanti, ma alla categoria di lavoratori potenzialmente interessati dal contratto di apprendistato, in quello del lavoro domestico l'esclusione è chiaramente rivolta alla categoria dei datori di lavoro.

I soggetti interessati dall'apprendistato sono, come noto, i giovani di età compresa tra i 15 e i 29 anni. Nella fascia di età sottoposta ad obbligo scolastico o comunque inferiore ai 18 anni, l'apprendistato costituisce, unitamente al lavoro accessorio, l'unico contratto di lavoro attivabile.

Ebbene, la ragione della sua estromissione va individuata nell'esistenza di distinti incentivi ad esso riservati. La separazione sistematica del loro piano d'azione ed il confronto con il regime di esonero svelano, tuttavia, la fragilità del trattamento riservato all'apprendistato e, di conseguenza, l'irrazionale penalizzazione arrecata a quest'ultimo nella disciplina valevole per il 2015. Sul piano fattuale, ed al netto di quanto recentemente previsto a titolo sperimentale, per il solo anno 2016, a favore dell'apprendistato per la qualifica, il diploma professionale, il diploma di istruzione secondaria superiore e il certificato di specializzazione tecnica superiore (art. 32, d.lgs. n. 150/2015), l'estensione e la misura dei sostegni destinati nel 2015 al contratto per i giovani pareggiano solo in parte i benefici collegati all'esonero contributivo generalizzato.

Il quadro può essere sintetizzato come segue. Per i contratti di apprendistato professionalizzante stipulati entro il 31.12.2016 e per massimo tre anni dalla costituzione del rapporto, ai datori di lavoro che occupano alle proprie dipendenze un numero di addetti pari o inferiore a nove è riconosciuto uno sgravio contributivo del 100 per cento, comprensivo dei premi Inail (art. 22, l. 183/2011). Ai datori di lavoro con più di 10 dipendenti è invece applicata, per ogni apprendista assunto, l'aliquota del 10%, incrementata del contributo ASpl/Naspi pari a 1,61%.

È evidente, *ictu oculi*, la sproporzione emergente con l'esonero contributivo riservato per il 2015 ai contratti ordinari. In termini di misura, la dispensa datoriale dal pagamento dei contributi è la stessa solo se il datore di lavoro ha un organico inferiore ai 9 dipendenti. Negli altri casi, l'assunzione degli apprendisti è obiettivamente penalizzata. E, infatti, le prime evidenze mostrano il calo brutale subito dall'apprendistato nel 2015<sup>348</sup>, che sfavorisce proprio la categoria di soggetti (i giovani) già pesantemente interessata da incrementi vertiginosi del tasso di disoccupazione<sup>349</sup>.

Va pure attestata l'ininfluenza, in funzione di riequilibrio delle convenienze, degli ulteriori incentivi previsti per i giovani. Il bonus, introdotto nel 2013, per l'assunzione dei soggetti di età compresa tra i 18 e i 29 anni non si applica alle assunzioni in apprendistato (art. 1, d.l. n. 76/2013, convertito con modificazioni dalla l. n. 99/2013). Quello introdotto all'interno del Programma Garanzia Giovani si applica parimenti sia alle assunzioni a tempo indeterminato, che a quelle in apprendistato professionalizzante.

In definitiva, nell'impostazione seguita per le assunzioni del 2015 l'attenzione all'apprendistato si dimostra equivoca e sviante. Gli intendimenti di sviluppo e potenziamento di un istituto tanto

<sup>348</sup> Nei primi undici mesi del 2015, il numero di apprendistati attivati (174.962) è sceso di 44.304 unità rispetto allo stesso periodo del 2014 (219.266).

<sup>349</sup> L'andamento del tasso di disoccupazione giovanile (15-24 anni) è stato drammatico, negli ultimi anni, in tutta Europa, ma specialmente in Italia, dopo si è passata dal 25,3 per cento del 2009 al 44,9 del primo trimestre 2015. Come noto, la reazione europea al problema è consistita nell'emanazione della raccomandazione del Consiglio dell'Unione Europea del 22 aprile 2013 sull'istituzione di una garanzia per i giovani (2013/C 120/01), a cui è seguito il Piano di attuazione italiano avviato il 1 maggio 2014. Quest'ultimo ha introdotto nuovi e specifici incentivi a favore dell'occupazione giovanile, che, lungi dal descrivere un nuovo quadro omogeneo e razionale, agiscono, di fatto, in concorrenza con quelli previsti da norme precedenti per la stessa fascia di età (cfr., sul punto, E. Massi, *Garanzia giovani: incentivi per l'occupazione*, in *Dir. prat. lav.*, 42, 2014, 2266).

importante per il collegamento tra istruzione/formazione e lavoro<sup>350</sup>, quanto diffusamente ignorato<sup>351</sup>, non sembrano adeguatamente assecondati. Gli elementi introdotti pongono l'apprendistato in posizione chiaramente sfavorevole rispetto al contratto a tempo indeterminato, esponendolo alla cannibalizzazione dei propri incentivi ad opera del nuovo esonero contributivo generalizzato.

Sull'altro lato, l'esclusione del lavoro domestico si appalesa più comprensibile. Tradizionalmente, le misure incentivanti sono riferite ai datori di lavoro esercenti impresa ovvero dotati di un'azienda, sul presupposto, appunto, del possibile sviluppo occupazionale aziendale. La mancata considerazione del settore domestico è, in questa logica, una chiara scelta di merito, la cui spiegazione si può imputare a due fattori ulteriori: in primo luogo, il pericolo di assunzioni fittizie, in un ambito difficilmente passibile di controlli; in secondo luogo, l'oggettivo scarso interesse per lo Stato a sostenere attività lavorative caratterizzate da un'offerta di lavoro storicamente più bassa della relativa domanda.

L'emarginazione del settore domestico non si estende, invero, a qualsiasi forma d'incentivo. Lo dimostra l'esistenza di una specifica agevolazione fiscale (art. 30, l. n. 342/2000), per la quale si dà facoltà al datore di lavoro di poter dedurre dal proprio reddito, entro un certo importo massimo, i contributi previdenziali obbligatori versati per colf e assistenti familiari. La misura, com'è intuibile, non mira a stimolare il lavoro domestico, ma vuole invece sostenere lo sviluppo regolare del rapporto previdenziale con il lavoratore. Essa spetta, dunque, non per sostenere la costituzione del rapporto di lavoro, bensì per stimolare il corretto versamento all'Inps dei contributi dovuti.

Al di fuori delle due esclusioni espresse, l'ambito di applicazione dell'esonero intercetta la vasta area dei datori di lavoro privati (art. 2, c. 118, l. n. 190/2014), la cui nozione, nella sua genericità, è descritta per mera contrapposizione a quella di datore di lavoro pubblico. Da essa è comunque escluso il settore agricolo, cui però è riservata una disciplina particolare.

Dietro la formula "datori privati", si cela ragionevolmente il richiamo a tutti i soggetti impegnati a perseguire interessi non pubblici. Tra questi vanno compresi i soggetti a capitale privato o comunque non amministrati o controllati da soggetti appartenenti alla pubblica amministrazione. Vanno inclusi altresì, secondo la definizione statistica, i soggetti impegnati sul mercato o, se impegnati altrove, abilitati alla vendita a prezzi economicamente rilevanti.

Con riguardo alle fondazioni, la loro natura privatistica non dovrebbe suggerire alcuna preoccupazione sull'accesso al beneficio, almeno nei casi in cui le stesse perseguano interessi privati ovvero svolgano attività d'interesse generale senza ricevere contributi pubblici. Peraltro, anche quando la fondazione riceva contributi pubblici, ma non subisca alcun tipo di partecipazione o di controllo della pubblica amministrazione e vi sia la possibilità di partecipazione da parte dei soggetti privati, non dovrebbe essere revocata in dubbio la loro piena appartenenza, agli effetti dell'esonero contributivo, alla categoria dei datori di lavoro privati. Il dubbio può nascere con

<sup>350</sup> È incoraggiante, nell'attuale fase, lo sforzo italiano di dare gambe al progetto di lancio del sistema duale, all'interno del quale, come previsto sia dal recente d.lgs. 81/2015, che dalla l. 107/2015, l'apprendistato costituisce uno strumento centrale e fondamentale.

<sup>351</sup> Come si ricava dal raffronto tra i dati sull'apprendistato (cfr. Isfol, Inps, XV Rapporto di monitoraggio sull'apprendistato, 2015) e quelli Istat sull'occupazione dipendente, l'incidenza degli apprendisti sul totale dei lavoratori dipendenti è oggi inferiore al 5%.

riguardo alle fondazioni di diritto privato fondate o partecipate da soggetti pubblici, che non consentono la partecipazione dei privati<sup>352</sup>. In questo caso, la loro appartenenza organizzativa al sistema della pubblica amministrazione, seppur in forma privatistica, può rendere problematica la classificazione piena tra i datori di lavoro privati.

Gli indirizzi esplicativi forniti dall'Inps<sup>353</sup> non affrontano esplicitamente la questione, ma la risolvono indirettamente attraverso il richiamo all'elenco dei soggetti pubblici rientranti nel campo di applicazione del d.lgs. n. 165/2001 (cfr. art. 1, comma 2)<sup>354</sup>. Poiché in quell'elenco non sono comprese le fondazioni, se ne deve dedurre la destinazione dell'incentivo ad ogni loro categoria.

Il riferimento di legge a "tutti i datori di lavoro privati" ne rende irrilevante la natura, se imprenditoriale o meno. Sulla scorta di un consolidato orientamento giurisprudenziale<sup>355</sup>, l'Inps ne ricava l'ammissibilità al beneficio anche degli enti pubblici economici. Essi, infatti, pur dotati di personalità giuridica di diritto pubblico, sono impegnati in via principale o esclusiva nell'esercizio di un'attività economica ex art. 2082 c.c., in regime di concorrenza con gli altri imprenditori privati di settore. Per lo stesso Istituto sono inclusi anche gli organismi pubblici che siano «interessati da processi di privatizzazione (trasformazione in società di capitali), indipendentemente dalla proprietà pubblica o privata del capitale»<sup>356</sup>.

Quanto al settore agricolo, la sua esplicita esclusione dal regime generale di esonero non equivale, come anticipato, a privazione totale del beneficio. Ne è previsto, invece, uno dedicato, il cui connotato, a differenza di quello generale, è costituito dalla sottoposizione al limite delle risorse stanziato<sup>357</sup>. In quel settore, dunque, l'accesso all'incentivo è condizionato alla capienza dei finanziamenti dedicati, sicché il suo riconoscimento da parte dell'Inps sconta, al motto del "chi tardi arriva, male alloggia", l'applicazione del criterio dell'ordine cronologico di presentazione delle domande.

<sup>352</sup> Per una classificazione puntuale delle fondazioni esercenti attività di interesse generale, cfr. V. Sarcone, *Le fondazioni pubbliche*, in *Riv. dir. amm.*, 2012, 2, 31.

<sup>353</sup> Cfr. le circolari Inps 29.01.2015, n. 17 e 03.11.2015, n. 178.

<sup>354</sup> L'art. 1, c. 2, del d.lgs. n. 165/2001 recita come segue: « Per amministrazioni pubbliche si intendono tutte le amministrazioni dello Stato, ivi compresi gli istituti e scuole di ogni ordine e grado e le istituzioni educative, le aziende ed amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo, le Regioni, le Province, i Comuni, le Comunità montane, e loro consorzi e associazioni, le istituzioni universitarie, gli Istituti autonomi case popolari, le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura e loro associazioni, tutti gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali, le amministrazioni, le aziende e gli enti del Servizio sanitario nazionale, l'Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni (ARAN) e le Agenzie di cui al decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300. Fino alla revisione organica della disciplina di settore, le disposizioni di cui al presente decreto continuano ad applicarsi anche al CONI». Per differenza, l'Inps dichiara ammessi al beneficio (circ. n. 178/2015): a) gli enti pubblici economici; b) gli Istituti autonomi case popolari trasformati in base alle diverse leggi regionali in enti pubblici economici; c) gli enti che - per effetto dei processi di privatizzazione - si sono trasformati in società di persone o di capitali, ancorché a capitale interamente pubblico; d) le ex IPAB trasformate in associazioni o fondazioni di diritto privato, in quanto prive dei requisiti per trasformarsi in ASP, ed iscritte nel registro delle persone giuridiche; e) le aziende speciali costituite anche in consorzio, ai sensi degli artt. 31 e 114 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267; f) i consorzi di bonifica; g) i consorzi industriali; h) gli enti morali; i) gli enti ecclesiastici.

<sup>355</sup> Cfr., per tutti, Cass. S.U. 11.04.1994, n. 3353.

<sup>356</sup> Cfr. ancora la circ. n.17/2015.

<sup>357</sup> Tali risorse, da riferire alle assunzioni realizzate nel 2015, ammontano a 2 milioni di euro per l'anno 2015, 15 milioni di euro per ciascuno degli anni 2016 e 2017, 11 milioni di euro per l'anno 2018 e 2 milioni di euro per l'anno 2019. In base circolare Inps n. 178 del 03.11.2015, l'esonero contributivo per il settore agricolo non è cumulabile con la riduzione contributiva fissata per i datori di lavoro agricolo che occupano personale dipendente nei territori montani o nelle singole zone svantaggiate. Pertanto, «per i lavoratori ammessi all'incentivo operanti nei territori montani e nelle zone agricole svantaggiate, i datori di lavoro agricoli potranno usufruire del solo regime ordinario previsto dall'articolo 9 della legge n. 67 del 1988».

Anche per il mondo agricolo vale l'esclusione degli apprendisti e dei lavoratori che nell'anno precedente all'assunzione siano risultati occupati a tempo indeterminato. Qui, però, interviene un limite più stringente, poiché il campo di esclusione comprende anche i soggetti già occupati nel medesimo anno a tempo determinato, che siano stati iscritti negli elenchi nominativi del 2014 per un numero di giornate di lavoro non inferiore a 250 giornate.

### 3.3 Condizioni per il diritto all'esonero contributivo.

L'assenza di particolari requisiti selettivi in capo al datore di lavoro privato è controbilanciata dall'operatività, a suo carico, di una serie di condizioni di accesso al beneficio, dettate dai principi generali di fruizione degli incentivi. Questi ultimi, previsti in origine dall'art. 4, c. 12, della legge n. 92/2012, sono oggi ripresi e formalmente sostituiti da quelli introdotti all'art. 31 del d.lgs. 23.9.2015, n. 150.

Essi esprimono gli obiettivi valoriali perseguiti dal legislatore, mirati distintamente alla tutela dei lavoratori, allo sviluppo della trasparenza dei rapporti di lavoro, alla salvaguardia della corretta applicazione della normativa contrattuale ovvero al sostegno della regolarità degli adempimenti previdenziali a carico dei datori di lavoro.

Le condizioni apposte descrivono, in sintesi, le finalità dell'incentivo, rendendo giustificabile l'intervento entro gli ambiti da esse tracciate. Esse realizzano anche una funzione selettiva dei destinatari, che, senza fare leva, come detto, sulla tecnica dei requisiti soggettivi di volta in volta richiesti per la singola misura, si manifesta attraverso la dichiarazione di non ammissibilità riferita al comportamento di chi si dimostri incapace o impossibilitato al rispetto delle limitazioni previste.

Cosa intende tutelare, dunque, il legislatore? Il primo valore perseguito è quello, come detto, della tutela dei diritti dei lavoratori, tra cui compare, espressamente, quello alla precedenza nella riassunzione, ai sensi della legge o del contratto collettivo, proprio del lavoratore, anche somministrato, licenziato da un rapporto a tempo indeterminato o cessato da un rapporto a termine. È evidente come la condizione apposta non pretenda che il datore di lavoro sia inibito dal poter assumere in forma incentivata un lavoratore diverso da quello astrattamente interessato al diritto di precedenza. L'inibizione non può che essere intesa come riferita al solo caso del lavoratore che abbia concretamente esercitato il proprio diritto mediante rivendicazione espressa entro i termini di decadenza previsti. In assenza di tale passaggio, non vi sono motivi per l'esclusione dal beneficio.

Quanto alla possibilità di incentivare l'assunzione di chi ne abbia diritto in virtù di un obbligo preesistente, stabilito da norme di legge o della contrattazione collettiva, va ricordato il principio generale di preclusione, riconducibile alla sostanziale incompatibilità tra gli atti di esecuzione di un obbligo e quelli posti in essere in ragione di una convenienza economica. Per l'Inps, tuttavia, nulla osta al riconoscimento dell'esonero contributivo anche a favore dei datori di lavoro legalmente o contrattualmente obbligati all'assunzione a tempo indeterminato. Se quest'ultima realizza l'obiettivo della stabilità occupazionale, è ad esso che occorre dare privilegio, facendo primeggiare le norme speciali in punto di esonero sui principi generali dettati per la fruizione degli incentivi.

Sempre a tutela dei diritti dei lavoratori agisce la condizione volta ad estromettere i datori di lavoro o i soggetti utilizzatori di lavoro somministrato che siano interessati da sospensioni dal

lavoro connesse ad una crisi o ad una riorganizzazione aziendale. Opportunamente, la norma restringe l'ambito della limitazione, riferendolo ai soli casi in cui l'assunzione, la trasformazione o la somministrazione siano finalizzate all'acquisizione del medesimo livello d'inquadramento posseduto dai lavoratori sospesi<sup>358</sup> ovvero prevedano l'impiego del lavoratore nella medesima unità produttiva interessata dalla sospensione. Per converso, ove la nuova assunzione a tempo indeterminato riguardi un livello professionale diverso o interessi una diversa unità produttiva, il blocco non opera.

Di specifico interesse è anche la seconda finalità perseguita dai principi generali in materia di incentivi. La condizione associata è rivolta a prevenire possibili comportamenti elusivi dell'obiettivo di reale allargamento della base occupazionale e si sostanzia nell'espunzione dalla nozione di datore di lavoro, valida ai fini dell'accesso al beneficio, di tutti i datori di lavoro che siano in collegamento negoziale o siano sottoposti a controllo o presentino assetti proprietari sostanzialmente coincidenti con il datore di lavoro che, nei sei mesi precedenti l'assunzione incentivata, abbia licenziato lo stesso lavoratore oggetto di nuova assunzione. A prescindere dal profilo della titolarità del rapporto di lavoro, tale previsione introduce nell'ordinamento una nuova espressione di codatorialità<sup>359</sup>, che richiama a sua volta un concetto assimilabile a quello di impresa unitaria<sup>360</sup>, di recente evocato dalla stessa normativa comunitaria quale mezzo di opposizione alle nuove tecniche di divisione formale delle aziende in funzione della diversificazione del rischio aziendale ovvero dell'allargamento delle opportunità giuridiche o di sviluppo<sup>361</sup>. L'elemento di novità, in questo caso, è il riferimento alla codatorialità, non già quale strumento di rafforzamento delle tutele del lavoratore, bensì quale fattore di preclusione dell'accesso improprio a benefici diretti a premiare la crescita occupazionale effettiva<sup>362</sup>. La condizione introdotta non rileva, peraltro, sul

<sup>358</sup> Sul tema dell'equivalenza professionale e della disciplina delle mansioni, dopo la riscrittura dell'art. 2103 c.c. operata dal d.lgs. n. 81/2015, cfr., tra gli altri, E. Gramano, *La riforma della disciplina del jus variandi*, in G. Zilio Grandi, M. Biasi (a cura di), *Commentario breve alla riforma "Jobs Act"*, Cedam, Padova, 2016, 517 ss.; G. Leone, *La nuova disciplina delle mansioni: il sacrificio della professionalità "a misura d'uomo"*, in LG, 2015, 12, 1101 ss.; M. Miscione, *Jobs Act: le mansioni e la loro modificazione*, in LG, 2015, n. 5; M. Tiraboschi, *Prima lettura del d.lgs. n. 81/2015 recante la disciplina organica dei contratti di lavoro*, in *Adapt Labour Studies e-book series*, University press, Modena, 2015; L. Paolitto, *La nuova nozione di equivalenza delle mansioni. La mobilità verso il basso: condizioni e limiti*, in E. Ghera, D. Garofalo (a cura di), *Contratti di lavoro, mansioni e misure di conciliazione vita-lavoro nel Jobs Act 2*, Cacucci, Bari, 2015, 155 ss.

<sup>359</sup> M. Barbera (*Trasformazioni della figura del datore di lavoro e flessibilizzazione delle regole del diritto*, in DLRI, 2010, n. 126, 204) ricorda come le operazioni contrattuali di collegamento negoziale tra le imprese producano la sostituzione della tradizionale bilateralità della relazione di lavoro con una struttura triangolare o multipolare che sdoppia il datore di lavoro in molteplici figure. Su tale tema cfr. anche V. Speciale, *Il datore di lavoro nell'impresa integrata*, in DLRI, 2010, n. 125, 1 ss.; M.T. Carinci (a cura di), *Dall'impresa a rete alle reti d'impresa. Scelte organizzative e diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2015; G. Zilio Grandi, M. Biasi (a cura di), *Contratto di rete e diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 2014.

<sup>360</sup> Su tale nozione, cfr., ancora, V. Speciale, *op. cit.*, 32 ss.

<sup>361</sup> Cfr. Regolamento (UE) n. 1407/2013 della Commissione del 18 dicembre 2013, relativo all'applicazione degli articoli 107 e 108 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli aiuti *de minimis*. Sulla valorizzazione dei collegamenti negoziali tra imprese in funzione dell'enucleazione di un unico centro d'interesse nei confronti dei lavoratori, in particolare al fine del loro legittimo distacco, cfr. l'art. 30, comma 4-ter, del d.lgs. n. 276/2003, in punto di contratto di rete, e l'interpello del Ministero del lavoro n. 1 del 20.01.2016, per il quale l'interesse della società distaccante può coincidere col comune interesse perseguito dal gruppo. Su quest'ultimo tema, cfr. G. Branca, *La prestazione di lavoro in società collegate*, Giuffrè, Milano, 1965; G. Meliadò, *Il rapporto di lavoro nei gruppi di società. Subordinazione e imprese a struttura complessa*, Giuffrè, Milano, 1991; G. De Simone, *Titolarità dei rapporti di lavoro e regole di trasparenza*, F. Angeli, Milano, 1995.

<sup>362</sup> Sulla prospettiva della codatorialità come rimedio, in particolare mediante l'attestazione dell'esistenza di un unitario centro di imputazione dei rapporti di lavoro, cfr. l'indagine comparata di L. Ratti, *La codatorialità come rimedio: profili comparati e prospettiva nazionale*, in M.T. Carinci (a cura di), *op. cit.*, 153 ss.

solo piano previdenziale. Essa fornisce allo stesso sistema giuslavoristico un nuovo esempio lampante di «come il diritto del lavoro si stia indirizzando verso canoni funzionalistici di individuazione della figura del datore di lavoro, che si connota diversamente a seconda del contesto e dei fini che l'ordinamento intende realizzare»<sup>363</sup>.

Con funzione di contrasto delle condotte opportunistiche e, in particolare, del lavoro nero o irregolare agisce, su altro versante, la limitazione rivolta ai datori di lavoro inadempienti all'obbligo di comunicazione telematica dei lavoratori assunti o cessati. Anche in questo caso il principio è chiaro: non si può e non si deve sostenere il datore di lavoro che si sia dimostrato inaffidabile rispetto ai propri obblighi di trasparenza e certezza dei rapporti di lavoro attivati<sup>364</sup>.

Sul medesimo piano si muovono due ulteriori condizioni ostative: ci si riferisce, da un lato, al requisito della correttezza contributiva, in relazione alla quale viene richiesta alle aziende l'esibizione del documento unico di regolarità contributiva (Durc); dall'altro, alla affidabilità delle stesse e alla regolarità nell'esecuzione dei contratti e accordi collettivi nazionali, territoriali o aziendali applicati o sottoscritti (art. 1, cc. 1175 e 1176, legge n. 296/2006)<sup>365</sup>.

A corredo di tali condizioni e dei principi richiamati, valevoli per tutti gli incentivi all'occupazione, agiscono, per la misura in esame, tre vincoli specifici introdotti dalla legge n. 190/2014.

Il primo richiede che il lavoratore non sia già stato assunto a tempo indeterminato presso qualsiasi datore di lavoro nei sei mesi precedenti l'assunzione incentivata. Il secondo impedisce l'accesso all'esonero con riferimento a lavoratori per i quali il beneficio sia già stato usufruito in occasione di precedenti assunzioni a tempo indeterminato. Il terzo vincolo pretende che l'assunzione riguardi lavoratori diversi da quelli che, nel corso dei tre mesi antecedenti la data di entrata in vigore della legge di stabilità 2015 (1.10.2014-31.12.2014), abbiano già avuto rapporti di lavoro a tempo indeterminato con il datore di lavoro richiedente l'incentivo ovvero con società da questi controllate o a questi collegate ai sensi dell'art. 2359 c.c., nonché facenti capo, ancorché per interposta persona, al datore di lavoro medesimo (art. 1, comma 118, quarto periodo, legge n. 190/2014).

Com'è palese, queste tre ultime limitazioni mirano a favorire la destinazione dello strumento alla crescita reale dell'occupazione stabile, con conseguente emarginazione di ogni sua possibile visione quale viatico insulso di pura riduzione del costo del lavoro. Mentre le prime due ambiscono a stimolare la genuinità delle decisioni di assunzione e ad evitare la preconstituzione artificiosa

<sup>363</sup> M. Barbera, *op. cit.*, 223.

<sup>364</sup> Per contrappunto, non va sottovalutato il rischio della diffusione di pratiche, note soprattutto in agricoltura, di costituzione fittizia dei rapporti, realizzate col solo fine di accedere agli sgravi. Conferme si possono trarre dal Rapporto annuale Inps 2014 con riferimento alle azioni di contrasto delle attività fraudolente messe in campo dalle aziende.

<sup>365</sup> Sul tema del Durc cfr. d.m. 24.10.2007 e le circolari Min. Lav. 30.01.2008, n. 5 e 15.12.2008, n. 34. Quanto al requisito della corretta applicazione dei contratti collettivi, l'art. 3, c. 2, del d.l. 14.06.1996, n. 318, convertito, con modificazioni, dalla legge 29.07.1996, n. 402 aveva previsto, a cura delle parti stipulanti, l'onere del deposito dei contratti di secondo livello presso l'ufficio provinciale del lavoro e della massima occupazione e presso la competente sede degli enti previdenziali interessati competenti territorialmente. Anche l'art. 2 della legge 23.05.1997, n. 135 aveva legato il regime contributivo agevolato sulle erogazioni previste dai contratti di secondo livello al preventivo deposito dei suddetti contratti presso l'Ufficio provinciale del lavoro. Quest'ultimo onere, tuttavia, deve intendersi soppresso per effetto dell'abrogazione del citato articolo 2 della legge n. 135/1997 ad opera dell'art. 1, c. 67, della legge 24.12.2007, n. 247. Al successivo invito ministeriale a depositare ugualmente i contratti e gli accordi territoriali «per corrispondere alle esigenze della propria attività istituzionale, volta fra l'altro al monitoraggio degli istituti contrattuali di livello aziendale oltre a quelli previsti dai contratti collettivi nazionali» (cfr. Ministero del lavoro, nota circolare prot. n. 15/IV/8179 del 19 maggio 2008) hanno fatto seguito il recente ripristino dell'onere di deposito e la prescrizione di invio esclusivamente telematico (cfr. art. 14, d.lgs. 14.09.2015, n. 151).

delle condizioni per l'applicazione del beneficio, la terza assume anche una chiara finalità antie-lusiva, che, sommandosi a quella già menzionata e applicata in via generale, si manifesta nell'intervenuta neutralizzazione, agli effetti dell'incentivo, delle assunzioni a tempo indeterminato praticate nel periodo di gestazione della norma. In coerenza con il richiamato principio generale delineato all'art. 31 del d.lgs. n. 150/2015, questa terza limitazione ripropone, di fatto, una nozione allargata di datore di lavoro, inteso non più, semplicemente, come il soggetto giuridico impegnato nell'assunzione, ma come l'insieme dei soggetti giuridici interessati all'operazione in quanto uniti da reciproco collegamento negoziale, ai sensi dell'art. 2359 c.c., ovvero come centro decisionale unico, nel caso di due o più società controllate dalla stessa persona fisica quale loro azionista maggioritario.

#### 3.4 Natura dell'incentivo e rapporti con la normativa europea.

Riprendendo concetti in parte già utilizzati, ma svolti parzialmente, va ribadito che l'incentivo in discorso agisce strettamente sul piano previdenziale e consiste nell'«esonero dal versamento dei contributi previdenziali a carico dei datori di lavoro in relazione alle nuove assunzioni con contratto di lavoro a tempo indeterminato con decorrenza nel corso del 2015» (circ. Inps 29.1.2015, n. 17). Il descritto campo di azione giustifica la precisazione normativa dell'esclusione dall'esonero dei premi e contributi Inail. Meno coerente con la nozione di esonero appaiono, invece, due ulteriori esenzioni: rispettivamente, quella del contributo dovuto ai fondi di solidarietà (cfr. art. 3, c. 5, legge n. 92/2013 e, ora, art. 33, c. 4, del d.lgs. n. 148/2015) e quella del contributo dovuto al fondo per l'erogazione dei trattamenti di fine rapporto ai lavoratori dipendenti del settore privato (art. 1, c. 756, della legge n. 296/2006).

Che si tratti di esonero effettivo o più propriamente, alla luce delle deroghe menzionate, di sgravio previdenziale dipende, in primo luogo, dall'assoggettamento o meno del singolo datore di lavoro ai due contributi menzionati<sup>366</sup>. Peraltro, anche con riguardo ai datori di lavoro non interessati agli stessi e beneficiari, conseguentemente, di esonero totale, il problema della corretta qualificazione dell'incentivo rimane vivo: non tanto sul piano definitorio, quanto, soprattutto, sul versante della ricorrenza o meno di un aiuto di stato, come tale rilevante ai sensi dell'art. 107 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea.

Con propria circolare n. 17/2015, l'Inps ha comunicato l'assenza di qualsivoglia interferenza con la materia degli aiuti di stato. Se per il Trattato europeo «sono incompatibili con il mercato interno, nella misura in cui incidano sugli scambi tra Stati membri, gli aiuti concessi dagli Stati, ovvero mediante risorse statali, sotto qualsiasi forma che, favorendo talune imprese o talune produzioni, falsino o minaccino di falsare la concorrenza», per l'Inps la norma di esonero introdotta dal legislatore «non è idonea a determinare un vantaggio a favore di talune imprese o settori produttivi». Esso «si caratterizza come intervento generalizzato, ovvero potenzialmente rivolto a tutti i datori di lavoro privati che operano in ogni settore economico del Paese, le cui unità produttive siano localizzate in qualsiasi area del territorio nazionale. La sua applicazione prescinde, infine, da criteri di discrezionalità amministrativa»<sup>367</sup>.

<sup>366</sup> Come noto, i fondi solidarietà interessano obbligatoriamente i soli datori di lavoro esclusi dal campo di applicazione delle integrazioni salariali, mentre al fondo per l'erogazione dei trattamenti di fine rapporto partecipano i soli datori di lavoro con organico pari o superiore ai 50 dipendenti.

<sup>367</sup> Circ. Inps 29.01.2015, n. 17.

Siffatte nette affermazioni assumono una portata fondamentale rispetto al giudizio di piena compatibilità dell'esonero contributivo con il mercato interno. Rimangono sul campo, tuttavia, taluni elementi costitutivi del beneficio che, seppur poco valorizzati dalla circolare anzidetta, appaiono nient'affatto ininfluenti sulla questione qualificatoria in esame. Ci si riferisce, in primo luogo, all'espressa esclusione dei datori di lavoro del settore agricolo, di quelli del settore domestico, di quelli appartenenti a società controllate o collegate, ai sensi dell'art. 2359 c.c., aventi già in essere un contratto a tempo indeterminato nei tre mesi antecedenti l'entrata in vigore del beneficio. Per quanto il raggio d'incidenza di tali categorie possa dirsi ristretto, la loro enucleazione normativa appare formalmente incompatibile con l'affermazione circa la destinazione del beneficio contributivo a "tutti" i datori di lavoro operanti in ogni settore economico.

Va considerata, in secondo luogo, la previsione di una soglia massima di esonero. Essa non elimina, di per sé, gli obblighi contributivi a carico del datore di lavoro, ma concorre a ridurre il carico, che è destinato, nella maggior parte dei casi, a superare la soglia indicata. Ove, dunque, permanga una quota residua di contribuzione, l'esonero può essere inteso come tale solo in senso relativo, costituendo invece, sotto il profilo tecnico, uno sgravio.

Anche il descritto regime delle condizioni di accesso concorre a depotenziarne l'ambito di applicazione. Seppur riferito a comportamenti concreti assunti dai singoli datori di lavoro, più che alle loro caratteristiche generali, la violazione dei vincoli prescritti costituisce fattore di non ammissione al beneficio. Ciò comprova l'operatività limitata di quest'ultimo e il chiaro proposito del legislatore di non destinarlo a tutti i datori di lavoro, come sottointeso dall'Inps, bensì a tutti quelli direttamente o indirettamente non esclusi<sup>368</sup>.

Qual è, dunque, la corretta qualificazione da conferire al beneficio? Si tratta di un esonero o di uno sgravio? A favore della seconda categoria militano le considerazioni svolte, cui si aggiunge un argomento testuale utilizzato nella circolare dell'Inps. Vi si prevede che il contributo dovuto ai fondi di solidarietà non ricade nell'esonero, stante la loro generale emarginazione dall'applicazione degli sgravi contributivi (art. 3, c. 25, della legge n. 92/2012). Ove l'Istituto avesse voluto valorizzare l'efficacia liberatoria propria dell'esonero contributivo, non avrebbe richiamato la normativa sugli sgravi e la sua inapplicabilità al contributo dovuto ai fondi. Invece, proprio quel richiamo finisce per corroborare il dubbio sulla vera natura del beneficio e sulla sua compatibilità con il mercato interno.

Volendo prescindere da ogni possibile argomento testuale, che rischia di non poter condurre ad una risposta davvero persuasiva, la distinzione tra esonero e sgravio dev'essere ricercata, in termini tecnici, proprio sul piano della coerenza col diritto comunitario. Di regola, come ribadito dall'Inps, la nozione di esonero, per essere qualificata compatibile con il Trattato europeo, deve assicurare la destinazione generalizzata del beneficio a tutti i datori di lavoro privati operanti in ogni settore economico del Paese e in qualsiasi area del territorio nazionale. A tale condizione, infatti, è reso precluso ogni possibile vantaggio competitivo a favore solo di taluno di essi.

<sup>368</sup> Su questo punto, cfr., ancora una volta, i chiarimenti forniti dall'Inps con circolare n. 178/2015, con riferimento, in particolare, al computo del lavoro prestato all'estero, alla spettanza dell'incentivo nel caso di attivazione di rapporti di lavoro part time, alla valutazione dei precedenti rapporti di lavoro risolti per mancato superamento del periodo di prova o per dimissioni del lavoratore, ai casi di transito dei rapporti di lavoro a tempo indeterminato dal cedente al subentrante per cambio d'appalto o di servizio, alla cessione del contratto a tempo indeterminato ex art. 1406 c.c., ai trasferimenti d'impresa.

Nei casi diversi, tuttavia, non è scontato che l'aiuto sia vietato. L'eventuale emarginazione di determinati datori di lavoro o settori produttivi non abilita a tracciare immediatamente tale conclusione, poiché il giudizio va fatto dipendere, caso per caso, dalla concreta valutazione d'incidenza delle eccezioni previste sulla dinamica della libera concorrenza.

Orbene, il settore domestico non può ritenersi influenzabile dalle condizioni praticate negli altri. Lo stesso settore agricolo vive di condizionamenti esterni legati più al clima e all'ambiente che agli altri settori e gode per tale motivo di una disciplina, anche europea, in larga parte a sé stante<sup>369</sup>, confermata, nel campo qui esaminato, dall'introduzione di regole d'incentivazione autonome. Per altro verso, le condizioni di accesso al beneficio, legate ai comportamenti virtuosi richiesti al datore di lavoro, sono tutte rivolte a favorire la corretta concorrenza tra imprese e settori produttivi, sicché la loro previsione sembra rafforzare, anziché indebolire, i presupposti del libero scambio.

Con queste premesse, la questione definitoria menzionata sembra perdere di rilievo. La sostanziale compatibilità del beneficio contributivo con il diritto comunitario autorizza fondatamente ad allontanare qualsiasi prospettiva di riconduzione dello strumento nell'alveo degli interventi sottoposti ai limiti d'importo massimo di aiuto dichiarati fruibili<sup>370</sup>.

#### 4. Il nuovo esonero previsto dalla legge di stabilità 2016.

L'esigenza di assicurare continuità all'azione culturale di sostegno del lavoro a tempo indeterminato motiva la scelta di confermare l'apposito incentivo anche per le assunzioni effettuate nel corso del 2016 (art. 1, commi 178 e 179, l. 28.12.2015, n. 208). Vista come «una delle chiavi della ripresa occupazionale»<sup>371</sup>, la nuova azione di sostegno presenta connotati molto simili a quelli inaugurati nel 2015, benché la soglia massima e la durata dell'intervento siano ora significativamente ridotti.

La discussione avviata per la redazione della legge di stabilità aveva stimolato il ragionamento su una doppia opportunità: da un lato, quella di confermare l'impianto dell'incentivo già introdotto per il 2015; dall'altro, quella di virare da un dispositivo universale ad altro di nuovo selettivo, per favorire solo le aree (il Sud) e le categorie (le donne) più deboli sotto il profilo occupazionale.

L'esito del percorso legislativo propone una sorta di via di mezzo, con la conferma per tutti dell'esonero contributivo, unito, però, alla drastica riduzione, rispetto all'anno precedente, del beneficio.

<sup>369</sup> L'art. 42 del Trattato Ue dispone che le norme in materia di concorrenza siano applicabili alla produzione e al commercio dei prodotti agricoli solo nella misura determinata dal Parlamento europeo e dal Consiglio. In virtù dell'articolo 211, paragrafo 1, del regolamento (UE) n. 1308/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, le norme in materia di aiuti di Stato si applicano agli aiuti alla produzione e al commercio di prodotti agricoli, fatte salve talune deroghe. Per tali deroghe cfr. reg. Commissione (CE) 25.06.2014, n. 702, in materia di alcune categorie di aiuti nei settori agricolo e forestale.

<sup>370</sup> Ci si riferisce ai limiti, previsti dai regolamenti (UE) n. 1407/2014 e n. 1408/2013, descrittivi del c.d. regime *de minimis*. Sul tema degli aiuti di Stato cfr. M. Tiraboschi, *Incentivi all'occupazione, aiuti di Stato, diritto comunitario della concorrenza*, Giappichelli, Torino, 2002; L. Tabano, *Sostegni all'occupazione e aiuti di Stato "compatibili"*, Cedam, Padova, 2012.

<sup>371</sup> M. Leonardi, *La decontribuzione che verrà*, in *lavoce.info*.

Al confronto con lo strumento universale, ne rimangono destinatari tutti i datori di lavoro privati, con la sola esclusione, come già previsto per l'anno cessato, del settore agricolo<sup>372</sup>. Per quest'ultimo, si conferma la disciplina speciale già introdotta nel 2015, che richiama un regime di esonero connotato da limiti di accesso e di utilizzo più stringenti.

Nei settori diversi da quello agricolo, sono due le novità fondamentali. La prima prevede che gli sgravi siano ammessi per un periodo massimo, non più di 36 mesi, ma di 24 dal momento dell'assunzione. La seconda attiene alla riduzione dell'importo di esonero entro il limite di 3.250 euro su base annua.

Rispetto alla soglia di 8.060 euro, prevista dalla legge n. 190/2014, la misura del nuovo dispositivo corrisponde al 40 per cento di quello precedente. Ciò indica la drastica riduzione della linea distintiva tra la nozione di esonero e quella di sgravio, che svela anche un possibile allentamento della spinta occupazionale avviata con la legge di stabilità per il 2015.

Sulle ragioni del cambiamento non vi sono evidenze esplicite. I motivi sono però intuibili: non tanto il giudizio d'inefficacia dell'esonero. Se così fosse, l'intervento non sarebbe stato rilanciato. Il pensiero è rivolto, piuttosto, alla pesantezza dello sforzo finanziario altrimenti richiesto e alla probabile convinzione della capacità del mercato d'introdurre spontaneamente una domanda prioritaria di lavoro a tempo indeterminato.

Può aver contribuito, in altra direzione, la preoccupazione della perdita d'incisività del beneficio, se applicato con la medesima intensità per un periodo troppo lungo. La linea seguita nel 2015 aveva in qualche modo snaturato le logiche ordinarie di sviluppo economico, finendo per anteporre la crescita occupazionale a quella della produzione. Le aziende, infatti, erano state indotte ad aumentare gli organici anche oltre i presumibili fabbisogni. La reclamata fiducia, emersa alla fine dell'anno, nella ripresa del ciclo economico e nella crescita dei consumi e della domanda aggregata ha preconstituito un probabile motivo aggiuntivo per non replicare l'intensità dei sacrifici imposti al bilancio pubblico.

L'ambito di applicazione della nuova misura replica pressoché interamente quello vigente nel 2015<sup>373</sup>. Sono confermate tutte le esclusioni già previste<sup>374</sup> e rilanciato il regime di non cumulabilità. Anche le condizioni d'accesso rimangono le stesse, rendendo replicabili le considerazioni svolte in precedenza.

---

<sup>372</sup> L'art. 1, comma 178, della l. 28.12.2015, n. 208 parla espressamente di «esclusione del settore agricolo». Il successivo comma 179 dichiara, invece, che a quel settore si applicano le nuove norme sugli sgravi, previste al comma 178, nei limiti ivi previsti.

<sup>373</sup> Per il caso di trasferimento d'azienda, a prescindere dall'operazione compiuta (trasferimento totale, trasferimento di ramo di azienda, fusione, usufrutto o affitto di azienda), l'Inps, ai sensi di quanto disposto dall'art. 2112 c.c., ha dichiarato ammissibile il trasferimento dell'agevolazione dal cedente al cessionario per il periodo ancora non usufruito (circ. n. 178 del 03.11.2015).

<sup>374</sup> Tra queste va annoverata quella dei lavoratori, già coinvolti in rapporti di lavoro autonomo o parasubordinato con il datore di lavoro richiedente l'incentivo, la cui assunzione con contratto di lavoro a tempo indeterminato costituisca l'effetto della riqualificazione del rapporto disposta dall'organo ispettivo mediante proprio accertamento (cfr. Interpello del Ministero del lavoro n. 2 del 20.01.2016). Sulle ragioni di tale esclusione pesa, tra gli altri, il motivo della non spontaneità dell'assunzione, posta dalle norme sull'esonero quale elemento immanente alla loro finalità. Sono da ritenere ugualmente escluse dal beneficio le assunzioni di lavoratori precedentemente occupati "in nero". Per tali casi, le indicazioni espresse dal Ministero del lavoro con propria circolare del n. 26 del 12.10.2015 conducono al versamento dei contributi pieni.

Un parziale allargamento si registra, invero, a favore dei datori di lavoro subentranti nella fornitura di servizi di appalto. Ad essi l'Inps aveva inizialmente opposto una parziale chiusura<sup>375</sup>. Ora, invece, è espressamente riconosciuto il diritto al beneficio contributivo per la parte residua non ancora fruita dal datore di lavoro cessante. Nella stessa direzione si collocano i recenti chiarimenti sull'applicabilità dell'esonero anche ai casi di cessione del contratto a tempo indeterminato ex art. 1406 c.c.<sup>376</sup> e alle assunzioni di lavoratori pensionati<sup>377</sup>.

Quanto all'apprendistato, di cui è confermata l'esclusione, il suo trattamento separato, che nel 2015 non riusciva a pareggiare quello più favorevole riservato al contratto ordinario a tempo indeterminato, sollecita ora nuove valutazioni, da riferire ai trattamenti previsti nel 2016.

A fronte del nuovo limite d'importo introdotto in via generale, continua a valere, per l'apprendistato attivato dai datori di lavoro con organico pari o inferiore a 9 dipendenti, il regime di esonero totale, comprensivo dei premi Inail, già previsto all'art. 22, l. 183/2011. Ad esso rimane affiancato l'altro trattamento contributivo riservato ai rapporti attivati dai datori di lavoro maggiormente dimensionati<sup>378</sup>.

La conferma di tale regime speciale fa sì che, diversamente dalle nuove assunzioni realizzate nel 2015, quelle in apprendistato nelle piccole aziende siano ora più convenienti in termini di costo del lavoro, dovendosi confrontare l'esonero totale ad esse applicabile con quello limitato valevole per le altre assunzioni. Si può dunque affermare, quale effetto indiretto, l'avvenuto ripristino delle condizioni affinché, all'interno della famiglia dei contratti a tempo indeterminato, sia privilegiato proprio il contratto dedicato ai giovani, secondo il ruolo primario ad esso riservato dal legislatore nelle recenti riforme<sup>379</sup>.

Rispetto al settore agricolo, cui la legge, come segnalato, dedica un trattamento separato, l'incentivo per il 2016 è ora ripartito, in forma disgiunta, tra due distinte categorie di soggetti: da un lato, i lavoratori con qualifica di impiegati e dirigenti, dall'altro, gli operai, con riferimento a contratti di lavoro a tempo indeterminato stipulati non oltre il 31 dicembre 2016. La divisione in due gruppi non è motivata esplicitamente, ma è riconducibile, con buona approssimazione, alla doppia esigenza di ricondurre il primo gruppo all'interno delle disposizioni specifiche dedicate al settore agricolo e di garantire allo stesso un finanziamento certo, posta la maggiore numerosità degli appartenenti al secondo<sup>380</sup>. Inoltre, benché la norma non leghi esplicitamente le risorse riservate

<sup>375</sup> Nella circolare Inps n. 178/2015 è previsto che «l'incentivo non spetta qualora i lavoratori già titolari di un rapporto a tempo indeterminato transitino dal cedente al subentrante nei casi di cambi di appalto di servizi, nell'ipotesi in cui la contrattazione collettiva che disciplina tali rapporti, preveda, per i casi di cessazione dell'appalto cui sono adibiti i dipendenti, una procedura idonea a consentire l'assunzione degli stessi alle dipendenze dell'impresa subentrante, mediante la costituzione *ex novo* di un rapporto di lavoro con un diverso soggetto».

<sup>376</sup> Cfr. circ. Inps n. 178/2015.

<sup>377</sup> Cfr. Interpello del Ministero del lavoro n. 4 del 20.01.2016. Nello stesso, si era pronunciato, in precedenza, Massi, per il quale l'inclusione dei pensionati costituiva la necessaria conseguenza interpretativa del silenzio dell'Inps e dell'assenza di divieti a lavorare per i soggetti pensionati.

<sup>378</sup> Il richiamo è, ancora una volta, all'aliquota del 10%, incrementata del contributo ASpl/Naspi pari a 1,61%.

<sup>379</sup> Si allude alla riforma dell'apprendistato avviata all'art. 1 della l. n. 92/2012, proseguita con il d.lgs. n. 81/2015 e l'accordo Stato-Regioni del 24.09.2015, sulla sperimentazione del sistema di formazione duale, e alimentata, da ultimo, con la sottoscrizione di protocolli d'intesa bilaterali tra il Ministero del lavoro e le Regioni per l'avvio dell'apprendistato di primo livello quale asse portante dell'alternanza scuola-lavoro. Su tali ultimi passaggi, cfr. D. Garofalo, *Riforma del mercato del lavoro e apprendistato: un intervento inevitabile*, LG, 2015, 12, 1157 ss.

<sup>380</sup> Per le assunzioni di impiegati e dirigenti è previsto il limite di 1,1 milioni di euro per l'anno 2016, 2,8 milioni di euro per l'anno 2017,

ad impiegati e dirigenti alle sole assunzioni con contratto di lavoro a tempo indeterminato, va escluso che possano ritenersi incentivati anche i contratti diversi. Lo attesta il richiamo, valevole anche per tale categoria, delle disposizioni generali d'incentivazione, nelle quali il legame tra esonero e assunzioni con contratto a tempo indeterminato è reso esclusivo ed indissolubile (art. 1, comma 179, l. n. 208/2015).

Tra i limiti normativi introdotti nel medesimo settore, è confermata, con riguardo alle assunzioni di qualifiche diverse da quella degli impiegati e dei dirigenti, l'esclusione degli apprendisti<sup>381</sup> e dei lavoratori che nell'anno 2015 siano risultati occupati a tempo indeterminato o, se occupati nel medesimo anno a tempo determinato, che siano stati iscritti negli elenchi nominativi del 2015 per un numero di giornate di lavoro non inferiore a 250 giornate. È replicato, altresì, il meccanismo di accesso selettivo, con l'abilitazione dell'Inps ad accogliere le istanze nei limiti delle risorse disponibili e secondo l'ordine cronologico della loro presentazione (art. 1, comma 180, l. n. 208/2015)<sup>382</sup>.

### 5. Prime evidenze di efficacia e prospettive future.

La forza e la portata dell'esonero contributivo, totalmente sconosciute alle misure introdotte in precedenza, conducono velocemente a focalizzare la questione centrale, che attiene al giudizio sulla sua efficacia. Mai come oggi, appare doveroso porsi la domanda fondamentale sulla capacità di tale strumento di incidere in forma significativa sulla realizzazione degli obiettivi prefissati.

Con riguardo agli interventi classici, quelli connotati da selettività e focalizzati su obiettivi di riequilibrio nelle assunzioni di determinati soggetti svantaggiati o nell'attivazione di determinati schemi contrattuali, il giudizio di efficacia è tradizionalmente ostacolato da due importanti criticità<sup>383</sup>: in base alla prima, se l'incentivo coincide con l'erogazione di un premio, è possibile che esso non sposti le scelte che ne sono l'oggetto, poiché i datori di lavoro avrebbero comunque effettuato l'assunzione incentivata anche in assenza di quel premio. In questo caso, il congegno di sostegno non modifica sostanzialmente le spontanee dinamiche occupazionali, finendo per assurgere al rango di mero costo per l'ente erogatore.

Il secondo effetto critico coincide con i fenomeni di spiazzamento, che si realizzano quando l'incentivo introdotto produce effetti diversi da quelli desiderati, nei casi in cui lo stesso sia utilizzato da fasce di popolazione o categorie di soggetti parzialmente diverse da quelle immaginate o nei casi in cui esso non generi né occupazione aggiuntiva né crescita della quota di occupazione stabile.

Guardando alla nuova misura, è ancora prematuro tracciare conclusioni, sebbene sia decorso l'intero primo anno di applicazione. Va pure considerato che i problemi segnalati per gli incentivi

1,8 milioni di euro per l'anno 2018, 0,1 milioni di euro per l'anno 2019. Per le altre assunzioni, riferibili ragionevolmente agli operai, il limite è di 1,6 milioni di euro per l'anno 2016, 8,8 milioni di euro per l'anno 2017, 7,2 milioni di euro per l'anno 2018, 0,8 milioni di euro per l'anno 2019.

<sup>381</sup> La formulazione del testo di legge alimenta il dubbio che le assunzioni di dirigenti e impiegati nel settore agricolo possano essere incentivate anche con riferimento agli apprendisti, dei quali non è prevista espressamente l'esclusione.

<sup>382</sup> La stessa norma prevede che, nel caso di insufficienza delle risorse, valutata anche su base pluriennale con riferimento alla durata dell'esonero, l'Inps non prenda in considerazione ulteriori domande, fornendo immediata comunicazione attraverso il proprio sito internet.

<sup>383</sup> T. Boeri, J. Van Ours, *The Economics of Imperfect Labor Markets*. Princeton University Press, 2008.

di tipo selettivo non sono necessariamente pertinenti al caso di un intervento universale e senza precedenti in Italia.

L'elemento più negativo, nella fase attuale, è espresso dalla mancata fornitura di parametri oggettivi di successo del provvedimento<sup>384</sup>. L'elevato costo dello stesso avrebbe dovuto suggerire maggiore trasparenza nella visione degli indicatori di efficacia ed un impegno specifico sul piano della valutazione dei risultati. Invece, l'espressione del valore dell'iniziativa è rimessa, sul piano tecnico, ai dati di monitoraggio del saldo tra assunzioni e cessazioni in un dato periodo e, sul piano politico, al libero giudizio di chiunque, non vincolato a parametri comuni e condivisi. L'aggravante di questo stato di cose è costituita dall'implicita abilitazione dei commentatori alla formulazione *ex post* dei parametri di efficacia, con conseguente possibilità di valutazioni lusinghiere in corrispondenza di qualsiasi segno positivo nel differenziale tra assunti e cessati a tempo indeterminato.

Orbene, i recenti dati messi a disposizione del Ministero sulla dinamica dei contratti di lavoro consentono di ancorare ogni possibile commento ad alcuni fondamentali riscontri oggettivi<sup>385</sup>. Da tali dati si evince che alla crescita delle assunzioni a tempo indeterminato nei primi mesi del 2015 concorre la progressiva emarginazione di altre forme di lavoro: sia l'apprendistato, che le collaborazioni subiscono una flessione consistente. Mentre il primo sconta gli effetti del maggior beneficio sprigionato dalla nuova misura<sup>386</sup>, per le collaborazioni la variazione negativa sembra dipendere da altri fattori: più che dal costo del lavoro, ormai prossimo a quello del lavoro dipendente, dagli annunci operati nella fase di gestazione del d.lgs. n. 81/2015, quando il messaggio veicolato era legato al disegno di soppressione delle collaborazioni a progetto, di disboscamiento di alcune tipologie contrattuali, di parziale riscrittura del confine tra lavoro autonomo e lavoro subordinato.

Ad ogni buon conto, l'aumento delle assunzioni a tempo indeterminato costituisce in sé, a prescindere dalle sue dimensioni, una novità sostanziale e importantissima nel panorama occupazionale degli ultimi anni.

La crescita occupazionale nel decennio successivo alla c.d. legge Biagi era stata determinata dall'aumento dell'occupazione temporanea, mentre i volumi di quella stabile si erano mantenuti sostanzialmente fermi. Ora, l'incremento dei rapporti di lavoro subordinato si deve, in buona parte, proprio allo sviluppo dei rapporti di lavoro a tempo indeterminato, il cui dato positivo costituisce un indubbio successo, a prescindere dai suoi costi, della tecnica d'incentivazione introdotta nel 2015. Tale strumento, per quanto possa dirsi fortunatamente accompagnato da tangibili indicatori d'inversione del *trend* di crisi e dall'aumento spontaneo della dinamicità del mercato del lavoro, non è affatto indifferente alla curvatura in atto del mercato del lavoro italiano verso la riduzione della precarietà e la realizzazione di nuovi equilibri sociali.

<sup>384</sup> Sul rapporto tra valutazione e stile italiano di policy-making si veda A. Martini, U. Trivellato, *Sono soldi ben spesi? Perché valutare l'efficacia delle politiche pubbliche*, Marsilio, Venezia, 2011.

<sup>385</sup> Cfr. Ministero del lavoro e delle politiche sociali, *La dinamica dei contratti di lavoro*, luglio 2015, pubblicato il 25 agosto 2015.

<sup>386</sup> A tale fattore vanno associati i problemi di gestione applicativa di uno strumento considerato comunque poco semplice e conveniente (cfr. F. Carinci, *E tu lavorerai come apprendista (L'apprendistato da contratto "speciale" a contratto "quasi unico")*, in *Quaderni di ADL.*, 2012; D. Garofalo, *L'apprendistato nel decreto legislativo n. 81/2015*, in F. Carinci (a cura di), *Commento al d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo ius variandi*, in *Adapt Labour Studies, E-Book series*, n. 48, Modena, 2015, 241 ss.).

Come si diceva, però, è presto per tracciare bilanci e valutazioni di efficacia. Sino ad oggi, i risultati prodotti dallo shock arrecato al mercato del lavoro sono importanti, ma sembrano riguardare solo in parte l'auspicato passaggio dai rapporti di lavoro a tempo determinato o in apprendistato a quelli a tempo indeterminato<sup>387</sup>. Peraltro, la ricordata assenza di chiarezza sugli obiettivi quantitativi inizialmente perseguiti dal Governo impedisce di poter misurare compiutamente la portata dei dati.

Per il momento, si può solo congetturare, in via indiretta, il complessivo buon funzionamento dell'incentivo. Lo comprova, in particolare, l'analisi dei parametri finanziari stimati dal Governo. Rispetto alla cifra di 1,8 miliardi di euro annui stanziata nella legge di stabilità per l'anno 2015, corrispondente a circa un milione di nuove assunzioni stabili, la spesa sembra già essere superiore, con la prospettiva di attestarsi sopra i 4 miliardi<sup>388</sup>. Se il dato fosse confermato, il problema del maggior fabbisogno finanziario emergente avrebbe come contraltare l'attestazione del pieno conseguimento dell'obiettivo numerico fissato dal Governo.

Guardando ai numeri su occupati e disoccupati e al rapporto tra assunzioni a tempo determinato e il totale delle assunzioni, il quadro appare meno ottimistico. Mentre l'Istat comunica l'aumento degli occupati nel 2015, ma in dimensione contenuta<sup>389</sup>, i dati dell'Inps e del Ministero del lavoro indicano che la crescita delle assunzioni continua a subire la spinta maggiore dai contratti a tempo determinato, la cui incidenza percentuale, pur significativamente diminuita in vigenza dell'esonero contributivo, fatica a regredire su valori sensibilmente diversi rispetto a quelli registrati negli ultimi anni<sup>390</sup>. Ciò significa che il lavoro a termine rimane la forma contrattuale predominante e che il nuovo strumento non ha ancora sostanzialmente modificato le modalità di ingresso nel mercato del lavoro. Inoltre, non esiste alcuna evidenza dell'avvenuto incremento dei periodi di lavoro contrattualizzati, sicché il maggior numero di contratti stabili potrebbe non riflettere un aumento proporzionale delle prestazioni di lavoro e della produttività.

Gli annunci sul proseguimento dell'esonero anche nei prossimi anni, seppur con progressiva riduzione della sua misura, sembrano indirizzare il Paese verso una prospettiva di abbattimento stabile dell'attuale costo del lavoro dei nuovi assunti e segnano anche la strada per la riduzione

<sup>387</sup> I dati pubblicati dall'Osservatorio sul Precariato dell'Inps, riferiti al periodo gennaio-novembre 2015, indicano una crescita delle assunzioni a tempo indeterminato rispetto allo stesso periodo del 2014 pari a 442.906 unità, corrispondenti al 37,0 per cento dei nuovi rapporti di lavoro. Le stabilizzazioni dei lavoratori a termine, con passaggio da un rapporto di lavoro a tempo determinato o in apprendistato ad un rapporto a tempo indeterminato ha prodotto, nel medesimo periodo del 2015, una crescita di 95.918 unità rispetto allo stesso periodo del 2014, con una variazione percentuale positiva pari al 25,5 per cento. In termini di coerenza con il generico obiettivo di «promuovere forme di occupazione stabile» (art. 1, c. 118, l. n. 190/2014), la quota di assunzioni stabili sul totale dei rapporti di lavoro attivati o variati è passata dal 31,9 per cento dei primi undici mesi del 2014 (era al 34,6 nel medesimo periodo del 2013) al 38,6 per cento dello stesso periodo del 2015.

<sup>388</sup> Secondo uno studio effettuato dall'Osservatorio della Fondazione Studi dei Consulenti del lavoro nell'autunno 2015 i contratti stipulati nel 2015 saranno almeno 1.150.000. Agli stessi corrisponderà un'agevolazione media di 4.130 euro, con un costo complessivo di 4 miliardi e 745 milioni di euro. A fronte dello stanziamento governativo pari a 1,8 miliardi per l'anno 2015, il finanziamento difetterebbe di 2,945 miliardi di euro.

<sup>389</sup> Il rapporto pubblicato dall'Istituto il 2 febbraio 2016 su occupati e disoccupati attesta l'avvenuto incremento degli occupati nel 2015 rispetto al 2014 di 109 mila unità.

<sup>390</sup> I dati dell'Osservatorio sul Precariato dell'Inps indicano che il rapporto tra le assunzioni a termine ed il totale delle assunzioni nei primi undici mesi del 2015 si attesta sul valore del 63,0 per cento. I dati del Ministero del lavoro (Rapporto annuale sulle comunicazioni obbligatorie anno 2015) segnalano che nel 2014 il 68,7 per cento delle assunzioni era a tempo determinato. Lo stesso rapporto nel 2012 esprimeva il valore del 63,50 per cento.

permanente del costo del lavoro a tempo indeterminato rispetto a quello a termine<sup>391</sup>. In attesa di adeguate verifiche d'impatto, già affermare esplicitamente l'esistenza di tale obiettivo aiuterebbe una valutazione più generosa delle politiche perseguite dall'attuale Governo. Soprattutto, agevolerebbe il processo di crescita di un nuovo progetto sociale imperniato su lavori tendenzialmente stabili e su prospettive più nitide e solide per la nuova classe giovanile, nell'interesse anche di quelle adulte<sup>392</sup>.

---

<sup>391</sup> Il proseguimento degli incentivi anche negli anni successivi al 2015 è la condizione indicata da M. Corti e A. Sartori (*Contratto a tutele crescenti e incentivi alle assunzioni: riparte l'Italia?*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, III, 112) per scongiurare il rischio che ritornino a salire le assunzioni a termine. Si può aggiungere che occorrerà, comunque, una seria valutazione di tale strumento, onde valutarne i benefici anche sul versante della riduzione del lavoro nero, che non sembra essere calato.

<sup>392</sup> Si allude ai rischi di progressiva riduzione della base dei contribuenti stabili, la cui solidità è invece la condizione minima per continuare a supportare i gravosi trattamenti pensionistici richiesti da chi è già uscito o uscirà, nei prossimi anni, dal sistema produttivo. Secondo il Censis (Progetto «*Welfare, Italia. Laboratorio per le nuove politiche sociali*», avviato nel 2011), nel 2030 gli anziani over 64 anni saranno più del 26% della popolazione totale: ci saranno 4 milioni di persone non attive in più e 2 milioni di attivi in meno. Il sistema pensionistico dovrà confrontarsi con seri problemi di compatibilità ed equità. Il 42% dei lavoratori dipendenti 25-34enni di oggi andrà in pensione intorno al 2050 con meno di mille euro al mese.

## L'idea di impresa. Un dialogo con la giovane dottrina giuslavorista\*

Marzia Barbera

1. L'idea di diritto del lavoro.	129
2. L'impresa (e le sue articolazioni) nella giurisprudenza europea e nazionale.	131
3. L'impresa come espressione della libertà economica dell'imprenditore.	133
4. L'impresa " <i>socially embedded</i> ".	134
5. L'impresa come organizzazione del lavoro digitalizzata.	137

---

\* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 293/2016

## 1. L'idea di diritto del lavoro.

Vorrei cominciare il mio intervento ringraziando gli organizzatori dell'invito a partecipare a questo incontro in memoria di Giorgio Ghezzi, il quale è stato per me un maestro e un amico. Questa sala che ci ospita è intitolata a Silvio Trentin che, nel 1925, lasciò spontaneamente la cattedra per non continuare ad insegnare diritto pubblico sotto il tallone di una dittatura che snaturava i principi stessi dello stato di diritto. Trentin, insieme ai dodici accademici che si rifiutarono di giurare fedeltà al fascismo, è un simbolo eccezionale dell'integrità e della dignità dell'esser minoranza e dell'essere sconfitti. Non poteva esservi luogo migliore per ricordare Giorgio Ghezzi, il quale è stato, per usare le bellissime parole che gli ha dedicato Antoine Lyon Caen, "*un aristocratico dello spirito, una fonte permanente di dubbio*".

Nell'introdurre il tema del convegno – l'idea di diritto del lavoro oggi - Adalberto Perulli osservava come i giuslavoristi abbiano dovuto cimentarsi negli anni scorsi con lo "sgretolamento" del lavoro e dell'impresa e come, in questo, abbiano visto riflettersi lo sgretolamento del diritto del lavoro stesso. "La fine del lavoro", in quanto fine di un mondo in cui il lavoro costituiva un'opportunità di esistenza dignitosa e di espressione della propria identità concretamente offerta a molti (mai a tutti), è apparsa anche come la fine del diritto del lavoro, o almeno del diritto del lavoro come lo abbiamo conosciuto. Che senso ha, osservava Perulli, ricordando quanto Sinzheimer scrisse in uno dei momenti più bui della storia recente<sup>393</sup>, un diritto del lavoro ridotto ad essere il diritto di una élite di lavoratori? E come stupirsi, allora, dell'essere diventati "*idealisti senza illusioni*"<sup>394</sup>?

Sarà per questa avvertita mancanza di senso che oggi i giuslavoristi non conoscono più grandi narrazioni, o meglio, ne conoscono solo una, di tipo millenaristico, da cui sono assenti nuovi orizzonti e nuove opportunità. E, tuttavia, la fine di *questo* diritto del lavoro non implica la fine delle ragioni per il quale il diritto del lavoro è sorto e ha affermato nel tempo la sua autonomia dal ceppo originario del diritto civile, vale a dire la protezione della persona e dell'ambiente di lavoro dai fallimenti dell'utopia del mercato<sup>395</sup>. Una nuova ricerca di senso a questa aspirazione non può che partire dalla presa d'atto del mutamento delle condizioni in cui il diritto del lavoro opera, dell'accresciuta complessità del contesto sociale e, dunque, del discorso giuridico. Di questa complessità il diritto del lavoro è un campo privilegiato di osservazione proprio perché è un crocevia in cui continuità e innovazione si confrontano, si scontrano e possono anche coesistere. Il che vuol dire, fra le altre cose, per venire al tema di questa sessione, superare la reciproca sordità fra il diritto del lavoro e il diritto dell'impresa, come ci invita a fare un illustre studioso di diritto commerciale<sup>396</sup>.

Un terreno comune di incontro può essere costituito dall'analizzare l'impresa a partire dalle norme di organizzazione che la connotano. Ciò consente di mettere in luce come quell'organizzazione sia preordinata alla produzione di beni e servizi e come questo implichi l'esistenza di un

<sup>393</sup> *La crisi del diritto del lavoro* (1933), ora in G. ARRIGO, G. VARDARO, (a cura di), *Laboratorio Weimar. Conflitti e diritto del lavoro nella Germania nazista*, Roma, Edizioni Lavoro, 1982, p. 85, su cui v. già U. ROMAGNOLI, *Giuristi del lavoro. Percorsi italiani di politica del diritto*, Roma, Donzelli editore, 2009, pp. 111 ss.

<sup>394</sup> U. ROMAGNOLI, *Controcorrente*, in *LD*, 2015, p. 5.

<sup>395</sup> Il che non significa solo temperare gli eccessi del mercato, come comporta la teoria dei *market failures*, ma più in generale controbilanciare le pretese egemoniche di un modello di razionalità economica che dovrebbe informare tutte le sfere sociali.

<sup>396</sup> R. WEIGMANN, *L'impresa nel codice civile del 1942*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2014, 1, p. 14.

nesso strutturale fra prestazione e organizzazione predisposta dal datore di lavoro<sup>397</sup>; ma consente anche di far valere la pretesa del diritto del lavoro di governare i rapporti d'autorità insiti nell'impresa-organizzazione. Un secondo terreno d'incontro è costituito dalle teorie che studiano l'evoluzione del concetto di interesse sociale e vedono emergere l'idea che esista un interesse comune (o meglio, zone di interesse comune) tra tutti gli *stakeholders*<sup>398</sup>. Nella loro articolazione più recenti da parte della dottrina giuslavoristica anglosassone, queste tesi suggeriscono l'adozione dell'idea dell'impresa come bene comune, come *"risorsa condivisa la cui sostenibilità dipende dalla partecipazione di più costituenti al suo governo"* (non solo gli azionisti, ma i lavoratori, i fornitori, i clienti)<sup>399</sup>, recuperando in chiave post-conflitto industriale la prospettiva di un governo democratico dell'impresa sottesa ai progetti di partecipazione dei lavoratori all'impresa del secolo scorso.

Si tratterebbe di una sfida impossibile se davvero il diritto fosse *"nudo di fronte all'impresa"*, come ipotizzava prima Adalberto Perulli, se davvero l'impresa fosse una scatola nera che si sottrae alla regolazione. In realtà, mi pare sia vero il contrario: per il diritto esiste non solo una singola entità "impresa" ma una serie frammentata e molteplice di entità, a seconda che la si guardi dall'ottica del diritto dei contratti, del diritto commerciale, del diritto fallimentare, del diritto della concorrenza, del diritto dei consumatori, del diritto del lavoro<sup>400</sup>. Se l'impresa sembra presentarsi agli occhi dei giuslavoristi come una scatola nera, inesplorabile, allora, è perché forse è venuta meno la capacità di guardare dentro quella scatola nera, di costruire modelli teorici convalidati da analisi empiriche, secondo l'insegnamento dello studioso che ricordiamo oggi e degli altri "cavalieri che fecero l'impresa" ricordati da Bruno Veneziani, i quali seppero staccarsi dall'approccio tipico del formalismo giuridico, dall'attenzione esclusiva al diritto posto, per volgersi al substrato materiale del diritto (il lavoro, la fabbrica), alle pratiche sociali e ai processi di formazione sociale ed extra-legislativa delle norme.

L'impressione, che si ricava anche dai saggi di cui discutiamo in questo convegno, è che oggi la dottrina (compresa la giovane dottrina) coltivi, invece, un ritorno al positivismo giuridico, alla norma forgiata dal diritto statuale, o anche dal contratto collettivo, ma considerato anch'esso come fonte statica di diritto posto (in senso lato), non come espressione dinamica di regolazione sociale da integrare anch'essa nell'analisi dogmatica. Ciò non significa, sia chiaro, che non vi siano eccezioni o che manchino esiti di ricerca pregevoli. Ma quello con cui la dottrina sceglie oggi di

<sup>397</sup> Si tratta, in verità, di un approccio tutt'altro che estraneo alla tradizione giuslavoristica. Fra gli studiosi che lo hanno valorizzato, ma con diverse ricadute sul piano dell'allargamento o meno degli obblighi e dei poteri connessi al contratto di lavoro, M. PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, Padova, Cedam, 1962; L.MENGGONI, *Il contratto di lavoro nel diritto italiano*, in *Il contratto di lavoro nel diritto dei paesi membri della CECA*, Milano, 1965, p. 479; M.MARAZZA, *Saggio sull'organizzazione del lavoro*, Padova, Cedam, 2002; M. NAPOLI, *Contratto e rapporto di lavoro, oggi*, in AA.VV., *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, Milano, Giuffrè, 1995, p. 1128 ss.; F.LISO, *La mobilità del lavoratore in azienda; il quadro legale*, Milano, Franco Angeli, 1982, pp. 30 ss.; C. ALESSI, *Professionalità e contratto di lavoro*, Milano, Giuffrè, 2014; B. CARUSO, *Occupabilità, formazione e "capability" nei modelli giuridici di regolazione dei mercati del lavoro*, in *DLRI*, 2007, p. 1 ss.

<sup>398</sup> Cfr. *L'interesse sociale tra valorizzazione del capitale e protezione degli stakeholders. In ricordo di Pier Giusto Jaeger*, Quaderni di Giurisprudenza Commerciale, Milano, Giuffrè, 2010.

<sup>399</sup> S. DEAKIN, *The Corporation as Commons: Rethinking Property Rights, Governance and Sustainability in the Business Enterprise*, in *Queen's Law Journal*, 2012, 37, p. 339.

<sup>400</sup> La nozione ampia e omnicomprensiva d'impresa descritta dal codice civile del 1942 si è dissolta in *"Cinquanta sfumature di impresa"*, come recita il titolo irriverente del fascicolo di studi sull'impresa citato alla nota 2, edito a cura di G. OLIVERI e G. PRESTI, a cui ha collaborato un gruppo nutrito di studiosi di diritto commerciale.

confrontarsi è soprattutto il dato testuale (legge, sentenza, clausola collettiva), un diritto frammentato in regole minute, privo di orizzonti di senso generale; tanto che quando qualche giovane esponente della comunità lavoristica decide, invece, di misurarsi con un principio generale dai confini sfuggenti, come il principio di ragionevolezza, la sensazione che ci viene trasmessa è quella di muoversi in oceani aperti, privi di bussola e di punti di riferimento sicuri<sup>401</sup>.

## 2. L'impresa (e le sue articolazioni) nella giurisprudenza europea e nazionale.

Roberto Romei, aprendo questa sezione, ci ha detto che il diritto del lavoro si è interessato dell'impresa solo per contrastare i fenomeni di frammentazione dell'impresa e di deterioramento delle condizioni dei lavoratori indotte dalla globalizzazione. L'impresa, in questa prospettiva, egli ha osservato, è stata vista principalmente come luogo in cui si crea ineguaglianza: fra lavoratori precari e fissi, fra somministrati e assunti e via dicendo.

Gli autori dei *paper* presentati, in realtà, declinano i temi della globalizzazione e della differenziazione produttiva in modo molto più ragionato e articolato, con puntuali osservazioni sull'evoluzione legislativa e giurisprudenziale in materia.

Ovviamente, le impostazioni e le sensibilità sono diverse. Così Gionata Cavallini parte dalla nozione di "stabilimento" e di "unità produttiva" per ragionare sulla concezione di impresa fatta propria dalla giurisprudenza europea e nazionale; Daniela Izzi discute delle incongruenze regolative ma anche delle potenzialità protettive del meccanismo della responsabilità solidale, posto a tutela del lavoro esternalizzato; Ester Villa descrive un *puzzle* di difficile composizione costituito dal "subentro" nell'appalto *labour intensive* e nel trasferimento d'azienda; Effrosyni Bakirtzi esamina l'adattamento del sistema di cogestione tedesco ai processi di frammentazione produttiva; Flavia Schiavetti analizza l'*outsourcing* e la delocalizzazione transnazionale dell'impresa; Diego Ledesma Iturbide parla del fenomeno del decentramento produttivo e dei gruppi d'impresa e dei loro riflessi sulla nozione giuridica d'impresa<sup>402</sup>.

Non potendomi soffermare, per questioni di tempo, su tutti i contributi, vorrei concentrare la mia attenzione su alcuni spunti utili a ragionare sulle diverse concezioni di impresa che circolano oggi nel discorso giuridico. Particolarmente stimolante, a questo riguardo, per mi è parso il ragionamento svolto da Gionata Cavallini sul rapporto intercorrente tra la categoria di impresa e le unità minori nelle quali essa si articola: l'unità produttiva, lo stabilimento, il ramo d'azienda e, in alcuni casi, l'impresa controllata. Il punto critico è se tali articolazioni dell'impresa debbano necessariamente presentare il carattere dell'autonomia per costituire l'ambito aziendale giuridicamente rilevante ai fini dell'applicazione di importanti garanzie lavoristiche nei processi di ristrutturazione e riduzione del personale.

Analizzando due recenti sentenze, una dei giudici europei l'altra di una corte nazionale<sup>403</sup>, Cavallini

<sup>401</sup> Si veda il *paper* di G. PAONE, *Le declinazioni del principio di ragionevolezza nel diritto del lavoro*.

<sup>402</sup> Si vedano G. CAVALLINI, *I confini dell'impresa nella disciplina dei licenziamenti collettivi. Stabilimento, unità produttiva e impresa controllata tra nozioni europee e nazionali*; D. IZZI, *La responsabilità solidale a tutela del lavoro esternalizzato: qualche spunto dal diritto dell'Unione europea*; E. VILLA "Subentro" nell'appalto *labour intensive* e trasferimento d'azienda: un *puzzle* di difficile composizione; E. BAKIRTZI, *The role of the German co-determination (Mitbestimmung) in balancing interests at the workplace*; F. SCHIAVETTI, *L'outsourcing e la delocalizzazione transnazionale dell'impresa*; D. LEDESMA ITURBIDE, *El fenómeno de la descentralización y agrupación empresarial frente a la noción jurídica de la empresa*.

<sup>403</sup> Sentenza della CGUE (Quinta Sezione) 30 aprile 2015, causa C-80/14, *Union of Shop, Distributive and Allied Workers (USDAW) e B. Wilson c. WW Realisation 1 Ltd.*, non ancora pubblicata in *Racc*; Tribunale di Genova, ordinanza 3 aprile 2015, inedita.

osserva come i primi abbiamo adottato una nozione puramente fisico-geografica di stabilimento, diversa dalla nozione funzionale di unità produttiva adottata dal giudice italiano, che guarda invece all'autonomia finanziaria, produttiva amministrativa etc. del segmento d'impresa preso in considerazione.

Può così accadere che la Corte europea, nella prima delle sentenze commentate, ritenga che un'articolazione dell'impresa priva di autonomia e di indipendenza possa costituire comunque un'unità minore tipica agli effetti delle garanzie apprestate dal diritto europeo, mentre il giudice italiano non esiti a ritenere che la mancanza di autonomia, a determinate condizioni, sia suscettibile di "degradare" a unità minore persino un'entità cui l'ordinamento attribuisce personalità giuridica, vale a dire la società controllata eterodiretta dalla capogruppo.

In verità, ambedue le nozioni sono funzionali a specifiche operazioni interpretative, ispirate a loro volta da specifiche politiche del diritto, che non possono essere semplificate in termini di approcci più o meno deregolativi. La prima nozione si inquadra in quello che la CGUE stessa indica come lo scopo principale della direttiva 98/59 CE, che attiene *"agli effetti socioeconomici che i licenziamenti collettivi potrebbero provocare in un contesto locale e in un ambiente sociale determinati"*. Quello che importa, dunque, è la localizzazione dell'articolazione impresa in un contesto sociale dato e la necessità di attutire le conseguenze sul quel contesto delle scelte datoriali, più che l'autonomia giuridica, economica, finanziaria o tecnologica dell'impresa stessa.

Tuttavia, nel ragionamento della Corte, l'adozione di una certa nozione d'impresa (o di articolazione d'impresa) risponde anche ad altri fini, tipicamente funzionalisti, vale a dire offrire una definizione della nozione di stabilimento molto ampia, tale da limitare per quanto possibile un'applicazione disomogenea della normativa europea sui licenziamenti collettivi e ravvicinare gli oneri che questa comporta per l'impresa. Che questo sia, nell'orizzonte del giudice europeo, un fine prevalente è dimostrato dal fatto che la Corte non prende seriamente in considerazione gli esiti ingiusti e arbitrari paventati dai ricorrenti e poi effettivamente realizzatisi, e cioè il fatto che migliaia dei lavoratori licenziati per la chiusura di una grande catena commerciale siano rimasti esclusi dalle garanzie procedurali offerte dalla direttiva, e garantiti ad altri lavoratori coinvolti nella stessa procedura, perché avevano lavorato in stabilimenti che occupavano un numero di dipendenti inferiori alla soglia di 20 previsti dalla direttiva. A questi effetti, si limita ad osservare la Corte, il legislatore nazionale può ovviare avvalendosi della possibilità di stabilire disposizioni più favorevoli. Le esigenze di tutela, a livello europeo, cedono di fronte alle esigenze di un'applicazione uniforme del diritto dell'Unione, con la possibilità di una differenziazione *in melius* voluta dai decisori nazionali (via d'uscita che non sempre viene garantita dai giudici europei).

Scelte di politica del diritto, che orientano l'interpretazione della nozione di impresa, sono rinvenibili anche nella decisione del giudice nazionale. L'estensione degli obblighi datoriali di *repêchage* connessi alle procedure di riduzione del personale al di là dell'impresa del gruppo cui era formalmente imputato il rapporto di lavoro nasce dall'intento di porre un argine a fenomeni di disaggregazione dell'impresa ritenuti elusivi e abusivi. La decisione si pone, dunque, nell'alveo dei tentativi di governare il decentramento e l'articolazione dell'impresa individuando un *reale* datore di lavoro responsabile, al di là della forma giuridica che impone di individuare entità distinte

e autonome<sup>404</sup>.

Si conferma così la natura convenzionale del concetto di impresa e delle sue articolazioni. Come scrive efficacemente Diego Ledesma Iturbide, *“la nozione giuridica d’impresa è un’astrazione teorica strumentale più che una realtà...La sua indubbia utilità consiste proprio nei suoi molteplici significati”*. È questa imprecisione intrinseca che consente di adattare la nozione al contesto in cui opera e renderla così strumentale alle esigenze cui si intende, di volta in volta, far fronte.

È tempo dunque di volgere la nostra attenzione a questa molteplicità di significati.

### 3. L’impresa come espressione della libertà economica dell’imprenditore.

Nella sua relazione, Roberto Romei ha osservato anche che i giuslavoristi guardano per lo più all’impresa come sola espressione della libertà economica dell’imprenditore. Se è così, non sono i soli. La giurisprudenza della Corte di Giustizia sugli ostacoli alla concorrenza prodotti dall’esercizio dell’autonomia collettiva, scaturita dai casi primigeni *Viking* e *Lavall*, costruisce l’attività d’impresa principalmente come esercizio di libertà economica personale, che va conservata, per quanto possibile, nella sua forma “pura”, come *“potere di libertà”*, arrivando, per questa strada, a comprimere in modo pre-costituito, e non sulla base di un esercizio attento di bilanciamento, i diritti sociali a vantaggio delle libertà economiche. Le istituzioni europee assecondano così un ritorno all’ *“open shop”*, cioè alla concorrenza fra imprese e fra lavoratori sui livelli salariali e le condizioni di lavoro senza limite alcuno, in particolare senza i limiti stabiliti dalla contrattazione collettiva.

Questo approccio alla libertà d’impresa, come ci mostrano i *paper* dedicati all’esperienza spagnola<sup>405</sup>, dal livello europeo, è trasmigrato nella giurisprudenza costituzionale nazionale, con l’effetto di convalidare alcune recenti riforme del lavoro spagnole che hanno inciso in modo significativo sull’autonomia collettiva a vantaggio della libertà dell’impresa. Nell’odierna giurisprudenza del Consiglio costituzionale francese, la stessa operazione concettuale fa leva su canoni tradizionali, come quello dell’esigenza di certezza del diritto, che giustifica, a parere della corte, in quanto *“obiettivo di interesse generale”*, l’eliminazione di ostacoli normativi all’attività economica e alla creazione di nuova occupazione. Come mostra la fine analisi di quella giurisprudenza condotta da Tamara Sachs<sup>406</sup>, i giudici sacrificano all’interesse genere così costruito quel bilanciamento tra stabilità ed adattabilità delle norme che consente un’applicazione ragionevole del canone in questione. Ma, a ben vedere, osserva l’autrice, è il concetto stesso di certezza del diritto che ne esce indebolito. Il collegamento fra certezza del diritto e iniziativa economica induce a privilegiare un solo versante della certezza del diritto: la prevedibilità per gli operatori economici. Il nesso che lega, a sua volta, nel ragionamento della corte, l’interesse generale alle libertà economiche, e più precisamente, alla libertà di iniziativa economica, fa sì che il riferimento all’interesse generale *“comunemente utilizzato al fine di giustificare le limitazioni*

<sup>404</sup> Cfr. A. PERULLI, *Gruppi di imprese, reti di imprese e codatorialità: una prospettiva comparata*, in *RGL*, 2013, 1, p. 83 ss., che osserva come, nel sistema italiano, il diritto commerciale sembra aver anticipato il diritto del lavoro quanto a capacità di regolamentazione dei fenomeni di integrazione societaria.

<sup>405</sup> Cfr. A. MERINO SEGOVIA, M.L. BIRGILLITO, P. ESPEJO MEGÍAS, *Un nuovo modello di contrattazione collettiva in Spagna: la decentralizzazione della contrattazione collettiva nell’impresa. Implicazioni ed effetti nelle imprese di piccole dimensioni*; J.C. GARCÍA QUIÑONES, *L’argomento della crisi economica come un canone interpretativo per convalidare la costituzionalità della riforma del lavoro in Spagna*.

<sup>406</sup> Cfr. T. SACHS, *Quando la certezza del diritto sfuma nell’analisi economica*, che esamina, in particolare, la pronuncia del Consiglio costituzionale del 5 agosto 2015 relativa alla proposta di legge sulla crescita e l’attività economica (c.d. Legge Macron).

apportate alle libertà individuali...finisc(a) per consolidare tale libertà, anziché limitarla”.

#### 4. L'impresa “socially embedded”.

Un'idea ancora diversa di impresa emerge dal *paper* di Raffaello Santagata: quello di impresa “socially embedded”.

Il saggio mette a confronto gli sviluppi più significativi compiuti nel campo della partecipazione dei lavoratori al capitale dell'impresa nell'esperienza tedesca e in quella britannica, studiati come esempi dei tentativi di riformare il diritto societario nel senso di soddisfare l'interesse dei lavoratori a “contare di più” nelle scelte aziendali<sup>407</sup>. Nessuno dei due modelli, a parere dell'autore, sembra consentire un reale controllo dei lavoratori sulla gestione dell'impresa. L'intervento del legislatore inglese, che prevede che il prestatore di lavoro, nel suo nuovo *status* di “employee shareholder”, possa rinunciare ad alcune tutele lavoristiche fondamentali, come quelle previste in caso di “unfair dismissal”, trasforma in realtà l'employee ownership in una forma accentuata di deregolazione del mercato del lavoro. D'altro canto, a parere dell'autore, neppure la legge tedesca del 2009, che ha introdotto un modello di azionariato collettivo fondato sulla costituzione di speciali fondi azionari ad esclusiva partecipazione dei lavoratori, sembra consentire una reale partecipazione dei lavoratori e dei loro rappresentanti alla *governance* dell'impresa.

L'idea di Santagata è che, invece, sia necessario rivalutare la costruzione di “democrazia industriale” elaborata Hugo Sinzheimer sul finire degli anni 20' del secolo. Alle categorie della democrazia industriale, in particolare a quelle in chiave neo-corporativista, l'autore affida anche la gestione della flessibilità, proponendo un sistema “a scelta multipla”, strutturato in modo da garantire al lavoratore “una selezione tra poste alternative, individuate “a monte” dall'autonomia collettiva”.

Temo che questa rilettura della democrazia industriale in chiave di garantismo collettivo, sia pure in forma partecipativa e non puramente abdicativa, abbia fatto il suo tempo. Le ipotesi iniziali di democrazia industriale, rimaste sempre deboli nel nostro paese, anche per la scarsa istituzionalizzazione del sistema di rappresentanza dei lavoratori<sup>408</sup>, trasmigrano oggi in forme di partecipazione dei lavoratori organizzate e guidate dall'impresa. Ne è un esempio paradigmatico il caso Fiat, dove l'introduzione di un nuovo modello produttivo che richiede un maggiore *commitment* del lavoratore agli obiettivi produttivi dell'impresa non ha significato un maggiore coinvolgimento dei lavoratori e delle rappresentanze sindacali (neppure di quelle favorevoli a queste trasformazioni produttive) nell'organizzazione dell'impresa<sup>409</sup>, ma una gestione “monista” e autoreferenziale delle scelte aziendali.

<sup>407</sup> Cfr. R. SANTAGATA, *Corporate governance, impresa-stakeholder e diritto del lavoro nel dibattito anglosassone*.

<sup>408</sup> Per una ricostruzione in chiave comparata dell'approccio italiano alla partecipazione si v. M. CORTI, *La partecipazione dei lavoratori, La cornice europea e l'esperienza comparata*, Milano, Vita e Pensiero, 2012. Sui diversi modelli di azionariato dei lavoratori si v. L. GUAGLIANONE, *Individuale e collettivo nell'azionariato dei dipendenti*, Torino, Giappichelli, 2003.

<sup>409</sup> G. DELLA ROCCA, *La democrazia industriale oggi*, in L. BORDOGNA, R. PEDERSINI, G. PROVASI (a cura di), *Lavoro, mercato, istituzioni. Scritti in onore di Gian primo cella*, Milano, Franco Angeli Editore, 2013. 432; G.C. CERRUTI, *World Class Manufacturing e relazioni industriali in Fiat auto*, in A. BALDISSERA, G.C. CERRUTI (a cura di), *Il Caso Fiat, una svolta nelle relazioni industriali?*, Acireale-Roma, Bonanno editore, 2012.

A ciò si aggiungano l'assenza di unità e la rivalità fra gli attori sindacali che caratterizzano in modo anomalo il panorama italiano e una cultura sindacale che riproduce in modo meccanico e spesso inconciliabile il portato del passato di ciascuna grande confederazione, anche in funzione dell'auto-conservazione dei gruppi dirigenti. Ricordando questi elementi, Gian Primo Cella ha scritto che, nella vicenda Fiat, tali culture sono apparse prive di passione e di orgoglio per la produzione e per il lavoro e per la cooperazione possibile dei due fattori in un quadro di istituti e partiche partecipative<sup>410</sup>. È questa mancanza di passione e di orgoglio che genera una incapacità di "rappresentarsi" e di "rappresentare" le nuove dinamiche sociali e le trasformazioni in corso.

Che piaccia o no (e a me personalmente non piace), l'impresa e la sua cultura mobilitano oggi più passione e orgoglio di quanto non facciano i suoi interlocutori sociali. E non solo passioni tristi, mosse dalla coercizione e dalla disciplina, ma anche passioni "desideranti", come quelle che evocava Lorenzo Zoppoli citando la filosofia spinoziana, in virtù della capacità dell'impresa post-fordista di costruire universi simbolici che hanno la forza delle visioni mitiche<sup>411</sup>.

La centralità perduta della rappresentanza sindacale e la nuova centralità dell'impresa nelle riflessioni dottrinali sulla partecipazione emergono anche dal dibattito anglosassone recente, che utilizza quale *framework* alternativo quello dei beni comuni. Nel saggio citato prima, che ha avuto un'eco considerevole nella dottrina britannica<sup>412</sup>, Simon Deakin guarda dell'impresa in quanto forma giuridica, all'impresa come persona, come *corporation* o, per usare una terminologia da *civil law*, all'impresa come *società*, per costruire una diversa ipotesi di partecipazione dei lavoratori alla gestione dell'impresa.

L'idea della *corporation* come "*bene comune*", a parere di Deakin, descrive la forma e la struttura giuridica dell'impresa meglio di quanto non faccia il modello dell'impresa come entità governata dagli *shareholders* nel proprio esclusivo interesse in quanto titolari di *property rights*. Secondo tale modello, gli interessi degli *stakeholders* non partecipano alla definizione della funzione dell'impresa, identificata nella massimizzazione del c.d. *shareholder value*. I loro interessi possono trovare protezione solo in interventi legislativi che pongano limiti esterni al potere dei *manager*.

A proposito di tale modello, Deakin osserva che, da un punto di vista giuridico, gli azionisti non sono proprietari né dell'impresa in quanto organizzazione economica e sociale, né dei beni materiali e immateriali che la costituiscono (che sono di proprietà della società), né della società stessa, che è una persona giuridica e dunque non può essere oggetto di diritti di proprietà<sup>413</sup>. Ciò non significa che la *corporation* sia di proprietà di nessuno ma significa, piuttosto, che essa costituisce un "*bene comune*", oggetto di diritti di proprietà di cui sono titolari non solo gli investitori di capitale finanziario (in forma di azioni), ma anche i diversi *stakeholders*, i quali hanno pretese o diritti di proprietà di varia natura, talvolta sovrapposti o confliggenti, da far valere rispetto alle risorse prodotte dall'impresa, in cambio dell'apporto dato alla produzione di tali risorse.

<sup>410</sup> G.P. CELLA, *Pomigliano e Mirafiori: incertezze e fallimenti nelle culture sindacali*, in *DLRI*, 2011, p. 112.

<sup>411</sup> Cfr. M. BARBERA, "*Noi siamo quello che facciamo*". *Prassi ed etica dell'impresa post-fordista*, in *DLRI*, 2014, p. 631 ss.

<sup>412</sup> Cfr. nt. 7. La tesi è ripresa da Alice Carse and Wanjiru Njoya in *Labour Law as the Law of the Business Enterprise*, in A. BOGG, C. COSTELLO, ACL DAVIES, J. PRASSL (a cura di), *The Autonomy of Labour Law*, Oxford, Hart Publishing, 2015, p. 311 ss.

<sup>413</sup> Si v., nello stesso senso, C. ANGELICI, *La società per azioni e gli "altri"*, in *L'interesse sociale tra valorizzazione del capitale e protezione degli stakeholders*, cit. alla nt. 6.

Del bene comune la *corporation* condivide la caratteristica di portare benefici ai diversi *stakeholders* e alla società nel suo insieme, ma anche la sorte di dar vita un dilemma tra perseguimento dell'interesse individuale o dell'utilità collettiva, vale a dire la possibilità che il consumo da parte di alcuni attori riduca o escluda del tutto le possibilità di fruizione da parte degli altri (la cd. tragedia dei beni comuni). A questo dilemma si può dare risposta con soluzioni di tipo statalistico-eteronono (tipicamente, la legge), oppure valorizzando logiche partecipative e cooperative. È in questa prospettiva che si orienta la posizione di Deakin che, riprendendo una elaborazione ormai ben conosciuta anche fuori dai confini anglosassoni<sup>414</sup>, indica nella partecipazione dei diversi gruppi di stakeholder alla gestione e l'uso delle risorse comuni “*un primo passo verso una migliore comprensione del ruolo che la corporation può svolgere nel garantire condizioni di sostenibilità economica e sociale*”. La concezione della corporation come bene comune funge così da supporto teorico a modelli partecipativi e a pratiche di responsabilità sociale.

La prospettiva qui è rovesciata rispetto a quella adottata a suo tempo da Gaetano Vardaro nello studio sulla personalità giuridica dei gruppi, in cui veniva messa in luce la capacità degli attori economici di sfruttare a proprio vantaggio l'autonomia del sistema giuridico per costruire un sotto-sistema sociale che altrimenti non avrebbe avuto modo di esistere autonomamente<sup>415</sup>. Qui il processo è bi-direzionale: il diritto plasma ed è plasmato dai fenomeni economico-sociali sottostanti.

L'impresa società come bene comune evoca l'idea di impresa *socially embedded* teorizzata dall'economista Masahiko Aoki, per il quale le norme giuridiche, ma anche le pratiche sociali, non sono solo vincoli esterni, forze esogene che giocano un ruolo unicamente nell'ambito degli scambi sociali; esse, al contrario, influenzano anche le transazioni di tipo economico, determinando un “*equilibrium of linked games*”<sup>416</sup>. Ciò avviene, in particolare, quando le imprese si fanno carico di interessi comuni ad altri *stakeholders*, impegnandosi in vari tipi di scambi sociali che le portano ad accumulare un capitale sociale, in termini di reputazione, che è diverso dal capitale economico di mercato.

Il dibattito italiano su un possibile interesse comune o su “zone” di interesse comune che leghino l'interesse dei soci e quello di altri soggetti interessati a vario titolo alle sorti dell'impresa (a cominciare dai lavoratori) si è sviluppato in questi anni soprattutto fra gli studiosi di diritto commerciale e fra gli economisti; assai meno fra i giuslavoristi, probabilmente per una risalente contrapposizione concettuale e ideologica fra posizioni contrattualiste e posizioni istituzionaliste, fra autonomia o funzionalizzazione dell'impresa<sup>417</sup>.

<sup>414</sup> E. OSTROM, *Governare i beni collettivi*, Marsilio, Venezia 2006. Sulla nozione di “commons” e sull'uso nel contesto attuale, si vedano, in senso anche critico, U. MATTEI, *Beni comuni. Un manifesto*, Bari, Laterza, 2012; M.R. MARELLA, *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, Verona, ombre corte, 2012.

<sup>415</sup> G. VARDARO, *Prima e dopo la persona giuridica: sindacati, imprese di gruppo e relazioni industriali*, DLRI, 1988, p. 211 ss., ora in *Id*, *Itinerari*, Milano, Franco Angeli, 1989, p. 231 ss.

<sup>416</sup> M. AOKI, *Linking Economic and Social-Exchange Games: From the Community Norm to CSR*, SIEPR Discussion Paper n. 07-18, 2007. Nel dibattito italiano queste posizioni sono state sviluppate soprattutto da L. SACCONI (cfr. *Corporate Social Responsibility and Corporate Governance*, in *Working Papers Econometrica*, n. 38/2012).

<sup>417</sup> V. però A. PERULLI (a cura di), *La responsabilità sociale dell'impresa: idee e prassi*, Bologna, Il Mulino, 2013.

Il linguaggio dei “beni comuni”, con la sua alterità rispetto alle nozioni di pubblico e privato, rende evidente che parlare di “interesse comune” è cosa diversa dal parlare di un interesse superiore a quello dei soggetti coinvolti, come accade in tutte le tesi tradizionalmente classificate come istituzionaliste, o di un sostanziale allineamento degli interessi in gioco, con la scomparsa di ogni conflitto. Non si tratta di un interesse pubblico e neppure di un interesse organico e indivisibile, ma di una “*fascia di interessi comuni, riscontrata empiricamente e giuridicamente riconosciuta, oppure legislativamente creata*”<sup>418</sup>.

Queste riflessioni sulla concezione dell’impresa come “bene comune”, pur con tutte le sue ambiguità semantiche e valoriali, potrebbero servire a progettare nuove forme e istituzioni di democrazia partecipata nell’impresa, ma anche a ripensare il significato della libertà di iniziativa economica riconosciuta dall’art. 41 della Costituzione. Il dibattito dottrinale sulla norma costituzionale si è diviso per lungo tempo, come si è detto, fra concezioni organicistico-istituzionali, che vedono l’utilità sociale e la dignità della persona come limiti interni alla razionalità dell’impresa-organo, e le concezioni conflittuali, che sostengono che tali limiti non possono che costituirsi come limiti esterni, etero-imposti da un potere esterno (e superiore). Ciò ha portato ad affrontare la questione del significato del riferimento all’utilità sociale principalmente allo scopo di delimitare la possibilità di incidere sul contenuto dei diritti dell’iniziativa economica privata da parte del legislatore, senza impegnarsi in una definizione in positivo dell’espressione usata dalla Costituzione. Le prospettive di ricerca che si aprono riguardano la possibilità di andare oltre tale contrapposizione e di individuare nel riferimento all’utilità sociale l’esistenza di vincoli di cooperazione alla realizzazione degli interessi degli *stakeholders* ulteriori rispetto a quelli espressamente previsti dalla legge o insiti nell’adozione di modelli codificati di partecipazione.

## 5. L’impresa come organizzazione del lavoro digitalizzata.

L’ultima idea di impresa che ci consegna questa sessione è quella dell’impresa in quanto nuova organizzazione del lavoro digitalizzata<sup>419</sup>. In particolare, nella parte finale della sua relazione, Wolfgang Däubler si occupa dell’impatto della digitalizzazione sul lavoro. È il pieno e rapido sviluppo delle tecnologie digitali che ha permesso una crescita esponenziale di forme di organizzazione del lavoro - come il telelavoro o il lavoro agile - che si svolgono a distanza, fuori dai luoghi abituali della produzione (ad esempio a casa, o in viaggio o presso un cliente), e sono privi di regole fisse sull’orario di lavoro. Un altro esempio di lavoro digitalizzato è quello che nasce dalla cd. “*sharing economy*”, il *crowdwork* basato su piattaforme digitali che sostituiscono la forza lavoro stabile con un “folla” indistinta di lavoratori. Lavori tradizionalmente svolti da soggetti definiti sono affidati a un gruppo indefinito di persone impegnate in compiti (di norma mal pagati e mal tutelati) offerti attraverso una piattaforma digitale, sotto forma di un invito aperto (gli esempi più famosi sono le piattaforme *Clickworker*, *Amazon Mechanical Turk* e *Uber*).

Däubler guarda con preoccupazione a queste nuove forme di organizzazione d’impresa, che sembrerebbero comportare più libertà per chi lavora, in termini di maggiore auto-organizzazione, ma

<sup>418</sup> Cfr. in questo senso, F. DENOZZA, *L’interesse sociale fra “coordinamento” e “cooperazione”*, in *L’interesse sociale tra valorizzazione del capitale e protezione degli stakeholders*, cit. alla nt. 6, p. 11. Ritiene che la possibile rilevanza di interessi ulteriori rispetto ai soci sia rinvenibile soprattutto in riferimento all’impresa organizzata secondo il modello della società per azioni, in virtù delle caratteristiche di questo particolare modello organizzativo che separa la proprietà dal controllo C. ANGELICI, cit. alla nt. 21, p. 47.

<sup>419</sup> In verità, il tema dell’organizzazione del lavoro continua a incontrare un’attenzione minore di quella che meriterebbe. Il *paper* che se ne occupa più direttamente è quello di E. GRAMANO, *La riforma della disciplina del jus variandi tra continuità e rotture*.

che, a suo parere, determinano, in realtà, un ritorno al passato. E non solo perché, come si è ricordato, questi nuovi lavori non godono di buone condizioni salariali e normative. I cambiamenti riguardano anche sfera personale del lavoratore. Il fatto che il lavoro possa essere effettuato ovunque e in ogni momento ha offuscato la distinzione tra lavoro e vita personale e tra tempo di lavoro e di riposo. Si lavora come un tempo i vecchi artigiani, quando non c'era separazione fra luogo di lavoro e abitazione personale e non esistevano limiti di orario e controlli sulle condizioni di lavoro (alcune ricerche parlano addirittura di orari di lavoro di 80-100 ore settimanali).

A ben vedere, il quadro è più complesso di quanto non dicano questi pochi cenni: non tutte le forme di lavoro a distanza sono simili. Autonomia, continua interazione tra lavoratori e datore di lavoro e tra i lavoratori stessi, cooperazione e lavoro di gruppo, garanzia di una permanenza parziale nei luoghi normali di lavoro, sono tutti elementi che differenziano alcune nuove forme di cosiddetto "lavoro agile" messe in atto nelle imprese *hi-tech* dal telelavoro tradizionale, in cui i lavoratori sperimentano di norma perdita di socialità e ritmi di lavoro pressanti<sup>420</sup>.

Come Däubler stesso avverte, la sfida non è solo quella di immaginare nuove forme di protezione per queste figure di lavoratori (come il "diritto alla disconnessione"), ma anche quella di pensare a quali nuove forme di esistenza prefigura una società digitalizzata, una sfida che certo non riguarda solo i giuslavoristi.

Andrew McAfee e Erik Brynjolfsson, due economisti del Center for Digital Business del MIT, hanno scritto su questo tema uno dei lavori più intriganti prodotti in questi ultimi anni sulla rivoluzione tecnologica<sup>421</sup>. Al centro della loro analisi vi è l'idea di "crescita esponenziale" che caratterizzerebbe l'attuale processo di innovazione tecnologica: nella potenza di calcolo di macchine, nella quantità di informazioni digitali che viene creata, nel numero di dispositivi elettronici (relativamente economici) che comunicano continuamente l'uno con l'altro. Quando, nei primi tempi della rivoluzione tecnologica, questi valori sono raddoppiati ogni uno o due anni, i risultati, sebbene impressionanti, erano ancora all'interno della nostra capacità di immaginare il futuro. Ma ora che i numeri sono così incredibilmente grandi e che le macchine possono fare cose una volta considerate possibili solo nel regno della fantascienza, siamo arrivati a un punto di svolta.

Gli storici dell'economia, ricordano gli autori, ci dicono che alle innovazioni tecnologiche precedenti, come la macchina a vapore o l'elettricità, ci sono voluti decenni per raggiungere il punto di diffusione in cui esse hanno radicalmente cambiato le imprese erano gestite ma anche il modo in cui la gente viveva. Le tecnologie dell'informazione e della comunicazione digitale sta raggiungendo ora quello stesso punto.

I vincenti di questa "seconda era della macchina" saranno i consumatori, che si troveranno nella condizione di acquistare una gamma più ampia di prodotti e servizi di migliore qualità a prezzi più bassi, e coloro che creano e finanziano le nuove macchine o sono in grado di utilizzarle al meglio e ottenerne vantaggi competitivi. Ma vi saranno anche dei perdenti: il processo non porterà solo nuova ricchezza ma anche nuove disuguaglianze e la distruzione di molti posti di lavoro. Nella

<sup>420</sup> Cfr. M.BARBERA, *Recent Developments in Italy: The agile work*, European Labour Law Network – 8th Annual Legal Seminar, *Digitalisation and Labour Law*, 26-27 November 2015, The Hague, memo.

<sup>421</sup> Cfr. *The Second Machine Age: Work, Progress, and Prosperity in a Time of Brilliant Technologies*, New York, W.W. Norton, 2014 (tr. it.: *La nuova rivoluzione delle macchine. Lavoro e prosperità nell'era della tecnologia trionfante*, Milano, Feltrinelli, 2015).

“prima era della macchina”, la produttività, l'occupazione e il reddito mediano crescevano in parallelo. Nella “seconda era della macchina”, la crescita della produttività è sostanzialmente svincolata dalla crescita dei posti di lavoro e del reddito. Questa divergenza ha le sue radici non nei regimi di protezione sociale o nei regimi fiscali, sostengono Brynjolfsson e McAfee, ma nella natura stessa dell'economia digitale, in cui un insieme infinito di beni e servizi può essere forniti a un numero infinito di clienti, allo stesso tempo e a un costo che è spesso vicino allo zero.

Non è certo la prima volta che ci viene detto che le nuove tecnologie possono portare a un aumento della disoccupazione e a crescenti disuguaglianze. Ma Brynjolfsson e McAfee non condividono il timore neo-luddista che le macchine intelligenti riducano inevitabilmente la domanda complessiva di lavoro. Essi ritengono che la tecnologia farà spostare la domanda verso tipi di lavoro diversi, come ha sempre fatto, e che si tratti di favorire, anche sul piano dell'istruzione e della formazione, la transizione da un assetto della produzione e del mercato del lavoro a un altro.

Che il diritto del lavoro non intenda disinteressarsi dei perdenti di questa fase di transizione e dei modi di renderla quanto meno possibile costosa in termini sociali, torna solo a suo onore<sup>422</sup>. Ma questo non dovrebbe fargli perdere di vista le nuove, straordinarie possibilità di crescita offerte dalla “seconda era della macchina”.

---

<sup>422</sup> La questione è evocata da G. BRONZINI in *la disciplina del lavoro autonomo dopo il Jobs Act. Le tutele del lavoro autonomo: Italia ed Europa a confronto*, in RCDP, 2015, p. 612.

## Autonomia, subordinazione, coordinazione nel d.lgs. n. 81/2015\*

Mariella Magnani

1. L'habitat culturale e normativo della riforma.	141
2. La prima fase del <i>Jobs Act</i> .	142
3. La seconda fase del <i>Jobs Act</i> e la centralità sistematica del c.d. Codice dei contratti.	143
4. Struttura e contenuti del Codice dei contratti	143
5. Segue: le innovazioni in materia di collaborazione coordinata e continuativa e associazione in partecipazione.	145
6. La riespansione del lavoro autonomo coordinato e continuativo a tempo indeterminato.	146
7.... e i suoi nuovi condizionamenti: il lavoro eterorganizzato.	146
8. La distinzione tra eterorganizzazione e coordinamento.	149
9. Le esclusioni.	150
10. Segue: le attuali declinazioni contrattuali dell'art. 2, comma 2.	152
11. Il regime transitorio.	154
12. La (persistente) finalità antielusiva della nuova normativa.	155
13. Proiezioni future: verso uno Statuto del lavoro autonomo.	156

---

\* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 294/2016

## 1. L'habitat culturale e normativo della riforma.

È ormai comune la constatazione che il nostro diritto del lavoro sta conoscendo una trasformazione profonda, anche se le coordinate di fondo di questa trasformazione non sono ancora chiaramente decifrabili<sup>423</sup>. Il rilievo è comune e fondato: l'operazione di riforma compiuta con il *Jobs Act* (ed in parte ancora da compiere: basti pensare ai decreti attuativi della riforma dei servizi per l'impiego e a quanto, della legge-delega, è rimasto incompiuto: il salario minimo legale) è profonda e complessa sicché, a volerne comprendere il senso (la direzione), non ci si può arrestare alla considerazione di un solo istituto, che va collocato nel contesto complessivo del programma di riforma.

Il centro, o il punto iniziale, della nostra riflessione come giuristi è inevitabilmente il c.d. Codice dei contratti (d.lgs. n. 81/2015), ma non si può ignorare l'habitat culturale e normativo in cui esso si colloca.

In particolare non si può ignorare che la riscrittura delle tutele nei rapporti di lavoro si accompagna ad una revisione delle tutele nel mercato del lavoro. Il binomio «tutele nel rapporto/tutele nel mercato» rimasto «asfittico» per almeno vent'anni – nel senso che alle riforme più compiute del diritto del lavoro, discusse, e con fervore, a partire almeno dagli anni Novanta nel dibattito scientifico, non si è dato seguito o si è dato un seguito molto parziale e limitato – ha ora trovato uno sbocco nel c.d. *Jobs Act*, che dovrebbe dare una svolta decisiva al nostro diritto del lavoro proprio nelle due proiezioni indicate.

Non è inopportuno ricordare il momento e le ragioni della connessione, fino ad un certo punto non affatto scontata, tra «tutela nel rapporto» e «tutela nel mercato». Essa è tributaria del concetto di «flessicurezza» (o *flexicurity*): un concetto di ascendenza europea, a sua volta originato dalle sfide che pongono all'Europa dapprima lo sviluppo tecnologico e, successivamente, la globalizzazione (senza contare la crisi economico-finanziaria che ha scosso fin dalle fondamenta tutte le istituzioni che ci governano).

Per usare le parole della comunicazione della Commissione europea al Consiglio e al Parlamento europeo (Verso principi comuni di flessicurezza. Posti di lavoro più numerosi e migliori grazie alla flessibilità e alla sicurezza) del 2007<sup>424</sup>: «Nel complesso la globalizzazione rappresenta un'occasione per la crescita e l'occupazione, ma i cambiamenti che essa reca con sé richiedono risposte rapide da parte delle imprese e dei lavoratori [...] l'Europa non si sta adeguando come potrebbe agli shock cui è esposta la sua economia». «Le imprese, soprattutto le piccole e le medie, devono essere in grado di adattare la loro forza lavoro al cambiamento delle condizioni economiche». «I singoli hanno sempre più bisogno di sicurezza dell'occupazione piuttosto che di sicurezza del posto di lavoro»<sup>425</sup>. Poi ci si avventura anche ad indicare le politiche attraverso le quali realizzare la

<sup>423</sup> Cfr. M.V. BALLESTRERO, *La riforma del lavoro: questioni di costituzionalità*, in *Lav. dir.*, 2015, p. 39.

<sup>424</sup> Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, COM(2007)359 def., 27 giugno 2007. Ma si vedano anche i *Key policy messages from the Peer Review on 'Flexicurity'* del 20-21 novembre 2014, elaborati dalla Commissione nell'ambito del *Mutual Learning Programme*.

<sup>425</sup> Nel panorama italiano, è la stessa diagnosi effettuata nel *Libro Bianco sul mercato del lavoro in Italia* del 2001: «il progresso tecnologico così come i mutamenti nelle condizioni [del] mercato [hanno], negli ultimi decenni, modificato profondamente l'ambiente nel quale le imprese si trovano ad operare. Si è così determinata una crescente necessità di reagire con maggiore flessibilità ai cambiamenti sul fronte dell'offerta e della domanda, mentre gli sviluppi tecnologici hanno consentito alle imprese di introdurre modalità nuove e più flessibili nell'organizzazione dei processi produttivi».

strategia di flessicurezza; in sintesi, forme contrattuali flessibili e affidabili mediante una normativa del lavoro, contrattazioni collettive e un'organizzazione del lavoro moderne, strategie integrate di apprendimento lungo tutto l'arco della vita, efficaci politiche attive del mercato del lavoro che aiutino le persone a far fronte ai cambiamenti rapidi e riducano i periodi di disoccupazione, sistemi moderni di sicurezza sociale che forniscano un adeguato supporto al reddito, incoraggino l'occupazione e agevolino la mobilità sul mercato del lavoro.

Nonostante il concetto di flessicurezza sia sottoposto a critica, in quanto ritenuto fumoso, anzi più una parola che un concetto, non abbiamo trovato ancora nulla di meglio. Si può criticare la politica dei due tempi (prima flessibilità e poi sicurezza) ma non sembra ci siano strade alternative a quella indicata. Nel quadro europeo non ci sono alternative al modello di *flexicurity* e, nonostante dichiarazioni bellicose, specie da parte di alcuni Governi di sinistra, non si vede alcun Paese che torni indietro significativamente sulle politiche di flessibilità<sup>426</sup>.

## 2. La prima fase del *Jobs Act*.

Per illustrare la complessità della riforma, che va sotto il nome di *Jobs Act*, è possibile scandirla in più fasi.

La prima fase del *Jobs Act* è stata quella sul contratto a termine, con la dilatazione della c.d. acausalità del contratto a tempo determinato fino a 36 mesi, addirittura attraverso un decreto-legge (d.l. n. 34/2014, convertito nella legge n. 78/2014), con lo scopo di dare una fiammata alle nuove assunzioni. La disciplina del contratto a termine poi, però, è stata sostanzialmente confermata dal d.lgs. n. 81/2015.

Non c'è da stupirsi perché, se si muove dal presupposto, avallato dalla teoria economica, che una certa quota di contratti di lavoro non standard, in particolare a termine, sia ormai immanente o strutturale nel sistema<sup>427</sup>, il problema della protezione sociale dei lavoratori coinvolti in queste forme di lavoro concerne l'integrazione del reddito e la conseguente copertura previdenziale, e la formazione professionale, in modo da mantenerne inalterate ed anzi aumentarne le capacità professionali. Dunque, più che adottare un'ottica punitiva nei confronti del contratto a termine, si tratta di prevenirne gli «abusi», in modo che il lavoratore non cada nella trappola della precarietà e, comunque, garantire che i lavoratori non standard siano tutelati sul piano del sostegno del reddito e di tutti gli altri strumenti che facilitino le transizioni da un impiego ad un altro. Ci si può domandare se con il decreto sulla Naspì<sup>428</sup> ci si stia muovendo, per questo segmento, nella linea della flessicurezza che richiede di promuovere, appunto, insieme alla flessibilità, la sicurezza del reddito e dell'occupazione. E ancor più ci si può domandare se la riforma dei servizi per l'impiego, attuata con il d.lgs. 14 settembre 2015, n. 150, sarà all'altezza delle aspettative<sup>429</sup>.

<sup>426</sup> Cfr. T. TREU, *Le istituzioni del lavoro nell'Europa della crisi*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2013, p. 597 ss.

<sup>427</sup> E ciò sembrerebbe confermato dai dati del Ministero del lavoro, dell'Inps e dell'Istat che convergono nel segnalare la crescita degli occupati a tempo indeterminato (+34,6% ad agosto 2015 rispetto all'anno precedente, secondo i dati Inps e del Ministero del lavoro), senza che sia diminuita la quota di assunzioni a termine, semmai lievemente incrementata (+1,3% ad agosto 2015 rispetto all'anno precedente).

<sup>428</sup> Cfr. il d.lgs. 4 marzo 2015, n. 22.

<sup>429</sup> Per un primo commento sulle novità introdotte dal decreto cfr. P. ICHINO, *Un bilancio dei decreti attuativi: i punti deboli delle nostre politiche attive del lavoro* (intervista a cura di R. Bisceglie), in *www.pietroichino.it*, 4 settembre 2015; Id., *Politiche attive del lavoro: ne saremo capaci?* (intervista a cura di A. Giorgiutti), *ivi*, 11 settembre 2015.

### 3. La seconda fase del *Jobs Act* e la centralità sistematica del c.d. Codice dei contratti.

La seconda fase del *Jobs Act* è stata segnata dalla legge-delega 10 dicembre 2014, n. 183, e dalla gragnuola dei decreti legislativi da essa previsti, che rappresentano il più ampio programma di riforma del diritto del lavoro attuato dopo lo Statuto dei lavoratori (rimane fuori la materia, controversa, della rappresentanza sindacale).

Per ordinare questa gragnuola di provvedimenti legislativi<sup>430</sup>, è necessario partire dal d.lgs. n. 81/2015 contenente la «disciplina organica dei contratti di lavoro», perché esso ci delinea la nuova tassonomia dei rapporti di lavoro, attorno a cui si dispone, a raggera, l'intero programma di riforma.

Il decreto legislativo ha un impianto interessante, a metà strada tra un codice – di cui forse può costituire l'archetipo o l'ossatura – ed un Testo Unico.

Come ho già avuto modo di osservare<sup>431</sup>, rispetto a quanto ventilato nel dibattito che ha accompagnato la gestazione del *Jobs Act*, non è chiaramente leggibile nella legge n. 183/2014 la delega alla redazione di un Codice unico semplificato del lavoro – alla Ichino per intenderci<sup>432</sup> – volto a far fronte al fenomeno della complessità, dispersione e quindi inconoscibilità del diritto del lavoro. La legge-delega, infatti, fa riferimento ad uno o più decreti legislativi di cui «uno recante un testo organico semplificato delle discipline delle tipologie contrattuali e dei rapporti di lavoro» (art. 1, comma 7, legge n. 183/2014), in cui sembra più facile leggere il riferimento ad un (eventuale) disboscamento/riscrittura delle tipologie contrattuali conosciute nel nostro sistema.

Tra l'altro, l'idea di far confluire tutto il diritto del lavoro in un codice del lavoro non sembra oggi realistica: non siamo nell'epoca delle codificazioni. Molto più realistica è l'ipotesi di adottare discipline organiche parziali, come è stato fatto, in parte, per la Cassa integrazione guadagni, istituto caratterizzato da tale stratificazione normativa che, per individuarne la disciplina, si doveva addirittura risalire al decreto legislativo luogotenenziale n. 788/1945<sup>433</sup>, ed anche per il c.d. Codice dei contratti.

### 4. Struttura e contenuti del Codice dei contratti

Il c.d. Codice dei contratti si compone di capi e di sezioni.

Il capo I si apre con la proposizione per cui «il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato costituisce la forma comune di rapporto di lavoro» (art. 1). È la stessa affermazione contenuta nel d.lgs. n. 368/2001, come modificato dalla legge n. 92/2012 e dal d.l. n. 34/2014, convertito nella legge n. 78/2014, che viene premessa, a mo' di cappello, alla disciplina dei rapporti di lavoro, scomparendo dalla disciplina del rapporto di lavoro a tempo determinato. Essa tuttavia,

<sup>430</sup> Si tratta dei d.lgs. 4 marzo 2015, n. 22; d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23; d.lgs. 15 giugno 2015, n. 80; d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81; d.lgs. 14 settembre 2015, n. 148; d.lgs. 14 settembre 2015, n. 149; d.lgs. 14 settembre 2015, n. 150; d.lgs. 14 settembre 2015, n. 151.

<sup>431</sup> Cfr. M. MAGNANI, *Il formante contrattuale: dal riordino dei "tipi" al contratto a tutele crescenti (ovvero del tentativo di ridare rinnovata centralità al lavoro subordinato a tempo indeterminato)*, in M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI (a cura di), *Jobs Act e contratti di lavoro dopo la legge delega 10 dicembre 2014 n. 183*, Working paper C.S.D.L.E. «Massimo D'Antona» Collective Volumes, 3/2014, p. 23.

<sup>432</sup> La sua idea è stata poi tradotta in proposta legislativa: cfr. il d.d.l. n. 1873/2009 e il d.d.l. n. 1006/2013 presentati alle Camere, rispettivamente, l'11 novembre 2009 e il 7 agosto 2013.

<sup>433</sup> Ora abrogato dall'art. 46 del d.lgs. n. 148/2015.

nel nuovo contesto, pare essenzialmente un'enunciazione politica, priva di concreti effetti normativi<sup>434</sup>. Neppure è agevolmente prospettabile una sua valenza interpretativa della disciplina delle successive figure contrattuali, partitamente contemplate e regolate nel decreto. Tale disciplina è infatti stata riformulata in modo tale da risolvere quei dubbi interpretativi su cui la disposizione relativa alla «forma comune di rapporto di lavoro» avrebbe potuto incidere<sup>435</sup>.

All'art. 2 vi è la disciplina delle «collaborazioni organizzate dal committente», mentre all'art. 3 vi è la «disciplina delle mansioni»<sup>436</sup>.

Il capo II è dedicato, invece, alla disciplina del lavoro a orario ridotto e flessibile ed è articolato in due sezioni: la prima sul lavoro a tempo parziale, la seconda sul lavoro intermittente; il capo III è dedicato alla disciplina del lavoro a tempo determinato; il capo IV a quella della somministrazione di lavoro; il capo V all'apprendistato; il capo VI al lavoro accessorio; nel capo VII sono raggruppate le disposizioni finali, comprendenti quelle, come sempre molto rilevanti, sulle abrogazioni.

Se consideriamo sinotticamente proprio le disposizioni sulle abrogazioni con quelle sui rapporti di lavoro c.d. non standard, risulta che l'unica figura a venir meno è il c.d. *job sharing*, il lavoro ripartito.

Ricordo gli sforzi compiuti, prima della disciplina contenuta nel d.lgs. n. 276/2003, al fine di inquadrare questa forma di lavoro<sup>437</sup>. Era intervenuta addirittura una circolare del Ministro del lavoro (la circolare 7 aprile 1998, n. 43, dell'allora Ministro Treu) a spiegare che il *job sharing* era ammissibile nel nostro ordinamento e come andavano disciplinati gli obblighi previdenziali<sup>438</sup>.

Ma il fatto che la relativa normativa sia stata abrogata non implica che non si possa far ricorso al

<sup>434</sup> Cfr., negli stessi termini, F. CARINCI, *Forma contrattuale comune*, in F. CARINCI (a cura di), *Commento al d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo jus variandi*, Adapt Labour Studies e-book series, 2015, n. 48, p. 4 ss.

<sup>435</sup> Si pensi, ad es., al contratto di lavoro a termine, ove la premessa all'art. 1 del d.lgs. n. 368/2001 del comma 01 da parte della legge n. 247/2007 poteva corroborare la tesi, allora non chiaramente espressa, circa la «conversione» del contratto a termine in contratto a tempo indeterminato in caso di illegittima apposizione del termine. Secondo S. BELLOMO, *La "forma comune" tra il Jobs Act e i principi costituzionali*, Intervento all'XI Seminario di Bertinoro, *Jobs Act: un primo bilancio*, Bologna, 22-23 ottobre 2015, dattiloscritto, rimarrebbe tale valenza interpretativa anche nel nuovo contesto regolativo, segnatamente dell'art. 2, d.lgs. n. 81/2015 relativamente alle c.d. collaborazioni eterorganizzate, nel senso che corroborerebbe la riconduzione del lavoro eterorganizzato al lavoro autonomo piuttosto che al lavoro subordinato. Ma mi pare che l'A. giunga a tale conclusione, più che sulla base del disposto dell'art. 1, sulla base delle controindicazioni sistematiche che, a suo avviso, presenterebbe la riconduzione del lavoro eterorganizzato alla subordinazione.

<sup>436</sup> L'art. 3 del decreto legislativo, oltre ad abrogare l'art. 6 della legge 13 maggio 1985, n. 190, novella l'art. 2103 c.c., rubricato ora *Prestazione del lavoro*. Per il commento alla norma cfr. F. LISO, *Brevi osservazioni sulla revisione della disciplina delle mansioni contenuta nel decreto legislativo n. 81/2015 e su alcune recenti tendenze di politica legislativa in materia di rapporto di lavoro*, Working paper C.S.D.L.E. «Massimo D'Antona», 257/2015; U. GARGIULO, *Lo jus variandi nel "nuovo" art. 2103 cod. civ.*, ivi, 268/2015; C. PISANI, *La nuova disciplina del mutamento delle mansioni*, Giappichelli, Torino, 2015, *passim*.

<sup>437</sup> Cfr., tra tutti, M. FERRARESI, *Job sharing*, in M. MAGNANI, P. A. VARESI (a cura di), *Organizzazione del mercato del lavoro e tipologie contrattuali. Commentario ai Decreti Legislativi n. 276/2003 e n. 251/2004*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 440 ss. Sull'ammissibilità del *job sharing* prima del d.lgs. n. 276/2003, e sul suo regime, cfr. soprattutto P. ICHINO, *Il contratto di lavoro. II*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni, Giuffrè, Milano, 2003, p. 465 ss.

<sup>438</sup> La circolare del Ministero del lavoro n. 43/1998 precisava che la mancanza di una legge sul *job sharing* non pregiudicava la possibilità del ricorso a questo schema negoziale purché non si trattasse di un «mero espediente per aggirare la normativa vigente del lavoro subordinato in generale e del lavoro a tempo parziale in particolare». La circolare prevedeva, altresì, in materia di obblighi previdenziali, che la determinazione dell'ammontare dei contributi sarebbe stata effettuata «non preventivamente ma mese per mese, salvo conguaglio a fine anno a seguito dell'effettivo svolgimento della prestazione lavorativa in modo da poterne calcolare con precisione l'esatto ammontare per ciascun lavoratore».

*job sharing*, tornandosi alla situazione *ante* legge Biagi<sup>439</sup>. La questione peraltro non è di grande rilevanza pratica, visto che l'istituto non ha mai veramente decollato<sup>440</sup>. Ma, appunto, l'argomento è reversibile: perché mai, allora, eliminarne la disciplina?

### 5. Segue: le innovazioni in materia di collaborazione coordinata e continuativa e associazione in partecipazione.

Se consideriamo che, per quanto riguarda le altre forme contrattuali, vi è sostanzialmente una riscrittura della disciplina esistente, con modifiche che spesso tengono conto delle acquisizioni giurisprudenziali, il baricentro del decreto è rappresentato dalle disposizioni in materia di collaborazione e associazione in partecipazione (artt. 2, 52, 53 e 54): si tratta delle aree ritenute da bonificare, quelle in cui si concentrano i fenomeni elusivi della normativa sul lavoro subordinato, secondo le valutazioni prima della c.d. legge Biagi, poi della c.d. legge Fornero ed infine del «decreto Poletti».

Tralasciando l'associazione in partecipazione con apporto di lavoro, di cui l'art. 53 del d.lgs. n. 81/2015 decreta la morte (con modifica dell'art. 2549 c.c.), la lettura delle disposizioni sulle collaborazioni coordinate e continuative evidenzia criticità esegetiche e teoriche, già colte dagli interpreti.

Il primo punto assodato è che vengono «abrogate»<sup>441</sup> le disposizioni del d.lgs. n. 276/2003 sul lavoro a progetto (artt. 61-69-*bis*), che, tuttavia, continuano ad applicarsi «per i contratti già in atto alla data di entrata in vigore del [...] decreto». Dunque, viene meno la costruzione della legge Biagi, poi in qualche modo potenziata dalla legge Fornero, che impiantava sui rapporti di collaborazione coordinata e continuativa di cui all'art. 409, n. 3, c.p.c. il requisito del progetto/temporaneità, in funzione di discriminazione rispetto ai rapporti di lavoro subordinato; e però, nello stesso tempo, e in un certo senso contraddittoriamente, introduceva un nucleo di disciplina specifica protettiva per i lavoratori a progetto<sup>442</sup>: contraddittoriamente, perché se il progetto serve a discriminare ciò che è autonomo – e quindi non meritevole di particolare protezione nell'ottica binaria o dicotomica della legge Biagi – rispetto a ciò che è subordinato, non si capisce perché corredare proprio il lavoro a progetto di una disciplina ricalcata sul lavoro subordinato.

Il vero è che il legislatore probabilmente partiva dalla considerazione che, in sé, i rapporti di collaborazione coordinata e continuativa fossero caratterizzati da una situazione di dipendenza del prestatore d'opera rispetto al committente e perciò li dotava di una disciplina protettiva specifica. Il progetto come elemento discretivo rispetto ai rapporti di lavoro subordinato, in questo conte-

<sup>439</sup> Cfr. le considerazioni di S.M. CORSO, «Lavoro ripartito»: la scelta di delegificare, in corso di pubblicazione in M. MAGNANI, A. PANDOLFO, P. A. VARESI (a cura di), *I contratti di lavoro. Commentario al d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81*, Giappichelli, Torino, 2016.

<sup>440</sup> Se ne contano solo poche centinaia di casi dalla sua disciplina legislativa espressa, avutisi grazie ai contratti collettivi di «aziende modello», come Luxottica o Ferrero, che lo hanno previsto: cfr. M. TIRABOSCHI, *Colpevole di innocenza. La breve stagione del job sharing in Italia*, in *Boll. Adapt*, 2015, n. 7.

<sup>441</sup> Così dispone l'art. 52 del d.lgs. n. 81/2015, recante la rubrica «Superamento del contratto a progetto».

<sup>442</sup> Cfr. P. TOSI, *L'improbabile equilibrio tra rigidità "in entrata" e flessibilità "in uscita" nella legge n. 92/2012 di riforma del mercato del lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, p. 823 ss.; G. FERRARO, *Flessibilità in entrata: nuovi e vecchi modelli di lavoro flessibile*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, p. 586 ss.; A. PERULLI, *Il lavoro autonomo tradito e il perdurante equivoco del "lavoro a progetto"*, in *Dir. rel. ind.*, 2013, p. 1 ss.; M. MAGNANI, *Autonomia, subordinazione, coordinazione nel gioco delle presunzioni*, in *Arg. dir. lav.*, 2013, p. 802 ss.

sto, non c'entrava nulla (quindi già in ciò si annidava una contraddizione): anzi, come è stato notato da tutti, il requisito del progetto non poteva avere questa funzione discrezionale perché esso è in sé un elemento neutro: anche il lavoratore subordinato può lavorare a progetto<sup>443</sup>.

Si aggiunga un'ulteriore criticità derivante dall'introduzione del requisito del progetto: la sostanziale inibizione del lavoro autonomo coordinato e continuativo a tempo indeterminato<sup>444</sup>. Perché ricondurre nell'ambito del lavoro subordinato il lavoro autonomo coordinato e continuativo a tempo indeterminato, in luogo, semmai, di estendervi alcune protezioni nel caso in cui lo si ritenga necessario?

## 6. La riespansione del lavoro autonomo coordinato e continuativo a tempo indeterminato.

Il secondo punto assodato è che l'abrogazione degli artt. 61-69-*bis* del d.lgs. n. 276/2003 non implica che non possano più essere stipulati contratti di lavoro autonomo che comportano una collaborazione coordinata e continuativa; e questo, non tanto e non solo perché nel decreto legislativo vi è il richiamo all'art. 409 c.p.c., ma perché continua ad esistere nell'ordinamento l'art. 2222 c.c. che, a mio avviso, come ad avviso di altra parte della dottrina<sup>445</sup>, comprende pure i contratti di durata. Ed in ogni caso, continua ad esistere la libertà contrattuale: dunque, se il contratto di lavoro autonomo continuativo non rientrasse nell'art. 2222 c.c., sarebbe un contratto atipico<sup>446</sup>.

## 7... e i suoi nuovi condizionamenti: il lavoro eterorganizzato.

Si può dire allora di essere tornati alla situazione *ante* c.d. legge Biagi (col problema ad un tempo teorico e pratico di distinguere il coordinamento dalla eterodirezione<sup>447</sup>)? E, tra l'altro, con un certo regresso rispetto alla stessa in termini di tutela, perché col lavoro a progetto sembrerebbe scomparire la relativa disciplina.

I riflettori subito accesi dalla dottrina sull'art. 2 del d.lgs. n. 81/2015 ci indicano che non è così. Con una nuova tecnica, la norma dispone che «a far data dal 1° gennaio 2016, si applica la disciplina del rapporto di lavoro subordinato *anche* ai rapporti di collaborazione che si concretano in prestazioni di lavoro esclusivamente personali, continuative e le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro» (corsivo mio)<sup>448</sup>.

<sup>443</sup> L'osservazione è comune. Cfr., tra gli altri, A. PERULLI, *Il lavoro a progetto tra problema e sistema*, in *Lav. dir.*, 2004, p. 92; G. FERRARO, *Flessibilità in entrata: nuovi e vecchi modelli di lavoro flessibile*, cit., p. 577 ss.; M. MAGNANI, *Autonomia, subordinazione, coordinazione nel gioco delle presunzioni*, cit., p. 803; E. GHERA, *Il lavoro autonomo nella riforma del diritto del lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2014, I, p. 513.

<sup>444</sup> Cfr., sinteticamente, A. VALLEBONA, *Istituzioni di diritto del lavoro. II. Il rapporto di lavoro*, Cedam, Padova, 2008, p. 30.

<sup>445</sup> Sulla questione cfr. E. GHERA, *Il lavoro autonomo*, cit., p. 503; A. PERULLI, *Il lavoro autonomo. Contratto d'opera e professioni intellettuali*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni, Giuffrè, Milano, 1996, p. 12 ss.

<sup>446</sup> Cfr. G. SANTORO PASSARELLI, *I rapporti di collaborazione organizzati dal committente e le collaborazioni continuative e coordinate ex art. 409, n. 3, c.p.c.*, in F. CARINCI (a cura di), *Commento al d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo jus variandi*, cit., p. 10. Il saggio è stato poi pubblicato, in una versione più elaborata, nel Working paper C.S.D.L.E. «Massimo D'Antona», 278/2015, cui d'ora in poi si farà riferimento.

<sup>447</sup> Si veda, sui termini della questione, M. MAGNANI, *Contratti di lavoro e organizzazione*, in *Arg. dir. lav.*, 2005, spec. p. 134 ss.

<sup>448</sup> L'art. 2, comma 4, precisa, in relazione al pubblico impiego, che «fino al completo riordino della disciplina dell'utilizzo dei contratti di lavoro flessibile da parte delle pubbliche amministrazioni, la disposizione di cui al comma 1 non trova applicazione nei confronti delle medesime. Dal 1° gennaio 2017 è comunque fatto divieto alle pubbliche amministrazioni di stipulare i contratti di collaborazione di cui al comma 1». Per il commento alla disposizione cfr. C. RUSSO, *Le collaborazioni coordinate e continuative nella P.A.*, in corso di

Il disposto crea numerose sofferenze esegetiche e sistematiche, sia dal lato della distinzione con la subordinazione, sia, soprattutto, dal lato della distinzione con la autonomia (la coordinazione) (tant'è vero che nel decreto è stata introdotta la possibilità di utilizzare l'istituto della certificazione)<sup>449</sup>.

Come giustamente si è osservato<sup>450</sup>, le questioni centrali sono almeno due: la prima riguarda il significato della formula adottata dal legislatore per segnalare il nuovo confine; la seconda il significato «strutturale» della nuova formula.

L'esistenza di un discorso mai veramente concluso<sup>451</sup> – né forse concludibile – sull'essenza della subordinazione ha fatto sì che il nutrito dibattito già formatosi in materia abbia, per così dire, superato, se non addirittura ignorato, la necessaria fase analitico-interpretativa, per privilegiare la questione della collocazione sistematica della norma. Così, i giuslavoristi si sono divisi sulla riconducibilità della nuova fattispecie al lavoro subordinato ovvero al lavoro autonomo<sup>452</sup>; con la ulteriore variante che si tratti di un sottotipo del lavoro subordinato<sup>453</sup>.

Va da sé che l'una o l'altra delle due (grandi e iniziali) opzioni (si tratta di lavoro subordinato, ovvero sempre e comunque di lavoro autonomo, sia pure parasubordinato) dipendono in larga misura dalle proprie pregresse opinioni in merito alla nozione di subordinazione.

Ma se, in luogo di muovere dal dibattito, come si è detto mai veramente concluso<sup>454</sup>, sulla nozione di subordinazione, si muove dal dato letterale, è doveroso prendere atto, da una parte, che l'art. 2094 c.c. non viene toccato e, d'altra parte, che il legislatore delegato non qualifica questi contratti come di lavoro subordinato ma di essi dichiara doversi applicare la disciplina. Il disposto legislativo è sotto questo profilo inequivoco: si applica la disciplina del lavoro subordinato «anche ai rapporti di collaborazione che si concretano in prestazioni di lavoro esclusivamente personali,

pubblicazione in M. MAGNANI, A. PANDOLFO, P. A. VARESI (a cura di), *I contratti di lavoro. Commentario al d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81*, cit.

<sup>449</sup> L'art. 2, comma 3, del d.lgs. n. 81/2015 prevede che le parti possono richiedere alle Commissioni di cui all'art. 76 del d.lgs. n. 276/2003 la certificazione dell'assenza dei requisiti di cui al comma 1 (carattere esclusivamente personale, continuità, eterorganizzazione della modalità di esecuzione della prestazione di lavoro) precisando che, in tale ipotesi, il lavoratore può farsi assistere da un rappresentante dell'associazione sindacale cui aderisce o conferisce mandato o da un avvocato o da un consulente del lavoro.

<sup>450</sup> Cfr. T. TREU, *Tipologie contrattuali nell'area del lavoro autonomo*, in corso di pubblicazione ne *Il libro dell'anno del diritto 2016*, Treccani, Roma.

<sup>451</sup> Su cui si veda M. MAGNANI, *Contratti di lavoro e organizzazione*, cit., p. 121 ss.; ID., *Autonomia, subordinazione, coordinazione nel gioco delle presunzioni*, cit., p. 797 ss.

<sup>452</sup> Alcuni AA. vedono nell'art. 2 del d.lgs. n. 81/2015 nulla più che una specificazione degli indici di subordinazione: cfr. P. TOSI, *L'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 81/2015: una norma apparente?*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, p. 1130; L. NOGLER, *La subordinazione nel d.lgs. n. 81 del 2015: alla ricerca dell'«autorità del punto di vista giuridico»*, Working paper C.S.D.L.E. «Massimo D'Antona», 267/2015, p. 24 (che ravvisa nella disposizione l'introduzione di una presunzione assoluta di subordinazione). Per T. TREU, *In tema di Jobs Act. Il riordino dei tipi contrattuali*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2015, p. 155 ss., vi sarebbe una nuova definizione di subordinazione. Diversamente, nega la riconducibilità della collaborazione eterorganizzata allo schema legale tipico della subordinazione, costituendo una diversa figura gravitante nella soglia tra subordinazione e autonomia, A. PERULLI, *Il lavoro autonomo, le collaborazioni coordinate e le prestazioni organizzate dal committente*, Working paper C.S.D.L.E. «Massimo D'Antona», 272/2015, spec. p. 11 ss.

<sup>453</sup> O. RAZZOLINI, *La nuova disciplina delle collaborazioni organizzate dal committente. Prime considerazioni*, Working paper C.S.D.L.E. «Massimo D'Antona», 266/2015, p. 4.

<sup>454</sup> Lo nota, tra gli altri, giustamente anche C. CESTER, *Intervento*, in A. VALLEBONA (a cura di), *Colloqui giuridici sul lavoro*, suppl. a *Guida lavoro*, 2015, 50, p. 29, il quale, tra l'altro, rileva la sovrabbondanza terminologica della giurisprudenza nel descrivere la subordinazione e la sostanziale coincidenza tra potere organizzativo e potere direttivo: in sostanza una sopravvalutazione del concetto di eterorganizzazione in funzione qualificatoria.

continuative e le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro». Tra l'altro, esclusivamente a partire dal 1° gennaio 2016.

È bene precisare subito, contro un modo di argomentare diffuso, che il problema della ragionevolezza della differenziazione di trattamento, quanto alle esclusioni previste dal comma 2 dell'art. 2 (v. *infra*, § 9), rimane immutato, sia che si qualifichi il rapporto come subordinato, sia che lo si qualifichi come autonomo, con applicazione della disciplina del lavoro subordinato<sup>455</sup>.

Orbene, è lo stesso legislatore che presuppone la natura non subordinata (o non «qualificata») di questi contratti nel momento in cui afferma che si applica la disciplina del lavoro subordinato *anche* ad essi e a partire dal 1° gennaio 2016<sup>456</sup>.

È probabile che il legislatore muova dalla, assolutamente dominante, concezione della subordinazione come eterodirezione<sup>457</sup> ed intenda allargare lo statuto protettivo del lavoro subordinato anche a tutti i casi in cui il prestatore, pur non essendo assoggettato al potere direttivo, è comunque assoggettato al «potere organizzativo» del committente «anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro».

Giustamente si è osservato<sup>458</sup> come il termine «organizzare» abbia in sé scarso valore qualificatorio: l'attività organizzativa costituisce un elemento strutturalmente intrinseco all'attività d'impresa che, di per sé, non ha valore qualificante se non integrata da altri elementi che qualificano una funzione specifica. Ed infatti deve essere sottolineato che non è una generica eterorganizzazione che rileva ai fini della norma, ma una organizzazione «da parte del committente» delle modalità di esecuzione della prestazione anche con riferimento ai tempi e ai luoghi di lavoro<sup>459</sup>.

È evidente che la distinzione tra eterodirezione ed eterorganizzazione è difficile da tracciare<sup>460</sup>: lo dimostra il fatto che v'è nella giurisprudenza una sovrabbondanza terminologica nella descrizione della subordinazione e spesso una sostanziale coincidenza tra potere organizzativo e potere direttivo<sup>461</sup>.

Tuttavia la difficoltà di distinzione, come si è detto non agevole sul piano concettuale, sembra non porre particolari problemi giacché ai rapporti eterorganizzati si applica la stessa disciplina del

<sup>455</sup> Sugli equivoci dottrinali in merito alla c.d. indisponibilità del tipo mi permetto di rinviare a M. MAGNANI, *Diritto dei contratti di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 3 ss.; ID., *Autonomia, subordinazione, coordinazione nel gioco delle presunzioni*, cit., pp. 807-808. Nello stesso senso, di recente, proprio in relazione al d.lgs. n. 81/2015, v. anche L. NOGLER, *La subordinazione nel d.lgs. n. 81 del 2015*, cit., p. 25. V. inoltre M. PALLINI, *Dalla eterodirezione alla eterorganizzazione: una nuova nozione di subordinazione?*, in corso di pubblicazione in *Riv. giur. lav.*, 2016.

<sup>456</sup> Si veda anche la relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo n. 81, trasmesso alla Presidenza del Senato il 9 aprile 2015: «lo schema interviene in materia di collaborazioni coordinate e continuative e di lavoro autonomo, al fine di estendere le tutele del lavoro subordinato ad alcuni tipi di collaborazione morfologicamente contigue al lavoro subordinato».

<sup>457</sup> Cfr., da ultimo, R. DE LUCA TAMAJO, *Profili di rilevanza del potere direttivo del datore di lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2005, p. 467 ss., che affronta anche i problemi posti dalla c.d. subordinazione attenuata. Ma v. anche C. CESTER, *Intervento*, cit.

<sup>458</sup> Cfr. G. FERRARO, *Collaborazioni organizzate dal committente*, Intervento all'XI Seminario di Bertinoro, *Jobs Act: un primo bilancio*, Bologna, 22-23 ottobre 2015, dattiloscritto.

<sup>459</sup> Lo sottolineano giustamente G. FERRARO, *Collaborazioni organizzate dal committente*, cit., p. 3 e G. SANTORO PASSARELLI, *I rapporti di collaborazione organizzati dal committente*, cit., p. 15.

<sup>460</sup> Si veda G. SANTORO PASSARELLI, *I rapporti di collaborazione organizzati dal committente*, cit., p. 15.

<sup>461</sup> Giustamente osserva L. NOGLER, *La subordinazione nel d.lgs. n. 81 del 2015*, cit., p. 22 ss., come l'identificare la subordinazione solo con le direttive *ad hoc* al singolo e non con la prescrizione di regole generali non è coerente con l'art. 2104 c.c., che fa riferimento in generale a «disposizioni» per l'esecuzione e la disciplina del lavoro.

lavoro subordinato<sup>462</sup>. E ciò anche se qualcuno si domanda se, sul presupposto che resti autonomo, al lavoro eterorganizzato si applichi l'integrale statuto del lavoro subordinato (compreso il regime previdenziale ed assistenziale)<sup>463</sup>. Anche sotto questo profilo tuttavia – se non ci si vuole affidare unicamente alle proprie pre-comprensioni – è imprescindibile il dato letterale, che rende applicabile a questi rapporti l'intera disciplina del lavoro subordinato, senza consentire all'interprete graduazioni<sup>464</sup>.

## 8. La distinzione tra eterorganizzazione e coordinamento.

A parte il problema sopra segnalato (della distinzione tra eterodirezione ed eterorganizzazione, che sembra avere rilevanza soprattutto sul piano dogmatico a meno che non si ritenga di poter «spacchettare» la disciplina applicabile, secondo un'opzione interpretativa che non si condivide), la tensione maggiore si riscontra sul piano della distinzione tra coordinamento ed eterorganizzazione. E ciò perché, a qualificare una prestazione come semplicemente coordinata e non anche eterorganizzata, ne discende un evidente salto di tutela. A colui che presta lavoro – oltre che prevalentemente personale e continuativo – (unicamente) coordinato potranno essere applicate la disciplina processuale di cui all'art. 409 c.p.c.; la disciplina sostanziale delle rinunce e transazioni di cui all'art. 2113 c.c.; la tutela previdenziale costituita dall'assicurazione obbligatoria presso la c.d. gestione separata; la normativa concernente gli assegni al nucleo familiare e l'indennità di maternità o paternità; la normativa in materia di dimissioni e quella relativa ai termini decadenziali di cui all'art. 6 della legge n. 604/1966; la tutela contro la disoccupazione involontaria (Dis-coll), prevista in via sperimentale per il 2015 e riconosciuta ai collaboratori coordinati e continuativi, con la legge n. 208/2015, anche nel 2016<sup>465</sup>.

Anche il coordinamento comporta l'inserimento del lavoratore nell'organizzazione aziendale e un certo grado di ingerenza del committente sulle modalità, anche spazio-temporali, di esecuzione

<sup>462</sup> Lo sottolinea ancora G. SANTORO PASSARELLI, *I rapporti di collaborazione organizzati dal committente*, cit., p. 15.

<sup>463</sup> Cfr. A. PERULLI, *Il lavoro autonomo, le collaborazioni coordinate*, cit., p. 15 ss., per cui non è chiaro «se anche la disciplina previdenziale/assistenziale ed amministrativa relativa al rapporto di lavoro subordinato venga ricompresa nell'estensione, ovvero, trattandosi di rapporti aventi natura autonoma, permanga vigente, sotto questi profili non strettamente attinenti alla "disciplina del rapporto", il diverso regime previdenziale/assistenziale del lavoro parasubordinato»; R. PESSI, *Il tipo contrattuale: autonomia e subordinazione dopo il Jobs Act*, Working paper C.S.D.L.E «Massimo D'Antona», 282/2015, p. 14 ss., ritiene, invece, che dovrebbe applicarsi la disciplina del lavoro subordinato quanto ai profili amministrativi e previdenziali, in quanto strettamente connessi allo statuto protettivo e, quindi, alla *ratio* della sua estensione, e quella del lavoro autonomo quanto ai profili gestionali, in ragione della persistente conferma della natura intrinseca del rapporto instaurato; diversamente, ancora, L. FAILLA-E. CASSANETI, *La riforma delle collaborazioni e dell'associazione in partecipazione*, in *Guida lavoro*, 2015, 27, p. 7, per i quali la disciplina del lavoro subordinato dovrebbe applicarsi esclusivamente per la regolamentazione sostanziale del rapporto e non per gli aspetti previdenziali e assistenziali «perché non siamo in un caso di conversione/riqualificazione in un diverso rapporto di lavoro subordinato ex art. 2094 c.c. con le conseguenze del caso e perché una diversa interpretazione di fatto azzererebbe ogni differenza della fattispecie, riconducendola invece in una ipotesi di riqualificazione del rapporto di lavoro tout court esclusa invece dalla norma»; da ultimo anche M. PERSIANI, *Note sulla disciplina di alcune collaborazioni coordinate*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, p. 1256 ss., sia pure nell'ambito di un'argomentazione più elaborata, dubita sull'applicabilità della tutela previdenziale dei lavoratori subordinati. Tra i primi ad affermare invece l'integrale applicazione dello statuto protettivo del lavoro subordinato, C. PISANI, *Eterorganizzazione ed eterodirezione, quale differenza tra l'art. 2 D.lgs. 81/2015 e l'art. 2094 c.c.?*, in *Guida lavoro*, 2015, 48, p. 65, per il quale essa si ricava dal dato letterale.

<sup>464</sup> In questo senso v. anche G. SANTORO PASSARELLI, *Sulle categorie del diritto del lavoro "riformate"*, in *Dir. rel. ind.*, 2016, p. 9 ss. L'applicabilità dell'intera disciplina del lavoro subordinato al lavoro eterorganizzato è stata affermata anche dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali nella circolare n. 3/2016 del 1° febbraio 2016.

<sup>465</sup> La legge 28 dicembre 2015, n. 208 assicura la Dis-coll, nei limiti dello stanziamento di 54 milioni di Euro per il 2016 e di 24 milioni di euro per il 2017, salvi eventuali incrementi, in relazione agli eventi di disoccupazione verificatisi a decorrere dal 1° gennaio 2016 e sino al 31 dicembre 2016.

della prestazione<sup>466</sup>. Sono già stati operati tentativi di distinguere. È possibile sostenere che, mentre nella coordinazione le modalità di tempo e di luogo devono essere concordate dalle parti nel contratto o di volta in volta durante lo svolgimento del rapporto, nella eterorganizzazione compete sempre al committente un potere di determinare ed imporre le modalità di tempo e di luogo della prestazione<sup>467</sup>. Pare questa la distinzione suggerita anche dall'art. 12 del disegno di legge recante «Misure per la tutela del lavoro autonomo non imprenditoriale e misure volte a favorire l'articolazione flessibile nei tempi e nei luoghi del lavoro subordinato»<sup>468</sup>, che, sotto la rubrica «Modifiche al codice di procedura civile», precisa: «la collaborazione si intende coordinata quando, nel rispetto delle modalità di coordinamento stabilite di comune accordo dalle parti, il collaboratore organizza autonomamente l'attività lavorativa»; dove, appunto, l'accento viene posto innanzitutto sulla definizione concordata dalle parti delle modalità di coordinamento, anche se, come si vedrà subito, non si può fare a meno di richiamare l'*autonomia* del prestatore nell'organizzare la propria attività lavorativa.

Bisogna infatti essere consapevoli che se, sul piano concettuale, può essere agevole distinguere il lavoro organizzato dal committente dal lavoro coordinato, nel concreto svolgimento del rapporto anche questa distinzione può sfumare<sup>469</sup>. Tanto è vero che, appunto, il citato d.d.l., accanto alla definizione concordata delle modalità di coordinamento, continua a ribadire il requisito della autonoma organizzazione della propria attività lavorativa da parte del collaboratore<sup>470</sup>. Si ritorna, dunque, in un certo senso da capo.

## 9. Le esclusioni.

Prima di svolgere qualche osservazione conclusiva, in ossequio al canone metodologico adottato, che impone, in questa materia ad alto rischio di autoreferenzialità dell'argomentazione giuridica, di restare aderenti al dato testuale, consideriamo il regime delle esclusioni dal campo di applicazione dell'art. 2.

Si tratta di ipotesi tra loro disomogenee che trovano un minimo comun denominatore nel fatto

<sup>466</sup> Cfr., tra gli altri, G. SANTORO PASSARELLI, *I rapporti di collaborazione organizzati dal committente*, cit., p. 19.

<sup>467</sup> *Ibidem*; in senso apparentemente analogo A. PERULLI, *Il lavoro autonomo, le collaborazioni coordinate*, cit., p. 44, per cui, mentre nella collaborazione eterorganizzata, che risulta a sua volta «formattata» secondo le esigenze che l'organizzazione imperativamente ed unilateralmente pone al lavoratore, vi è uno squilibrio contrattuale tra le parti «tale per cui il committente incide organizzativamente sulle modalità esecutive della prestazione, nonché sui tempi e sul luogo di esercizio dell'attività prestatoria», nel coordinamento l'interesse del committente non potrà manifestarsi attraverso prerogative organizzative, ma sarà oggetto di «una programmazione negoziale concordata tra le parti, ancorché in modo "rudimentalissimo o desumibile dal loro comportamento"»; O. RAZZOLINI, *La nuova disciplina delle collaborazioni organizzate dal committente*, cit., p. 19, secondo la quale il coordinamento, a differenza dell'eterorganizzazione, comporta un'attività svolta di comune accordo delle parti: il debitore eseguirà poi la prestazione in condizioni di autonomia organizzativa ed esecutiva nel rispetto delle modalità di coordinamento predefinite consensualmente.

<sup>468</sup> Si tratta del disegno di legge n. 2233, di iniziativa governativa, presentato al Senato l'8 febbraio 2016.

<sup>469</sup> Cfr. sempre G. SANTORO PASSARELLI, *I rapporti di collaborazione organizzati dal committente*, cit., p. 19; T. TREU, *Tipologie contrattuali nell'area del lavoro autonomo*, cit.

<sup>470</sup> La difficoltà di individuare un *discrimen* certo tra eterorganizzazione e coordinamento ha indotto taluno ad interrogarsi se debba essere inteso in modo diverso da quanto fin qui ritenuto il requisito della *continuità*, che, nel caso della collaborazione coordinata, implicherebbe il compimento di più opere ripetute nel tempo, collegate ad un interesse più ampio di quello derivante dal singolo adempimento. In difetto, il protrarsi di un'attività prestatoria non collegata al raggiungimento di un risultato dovrebbe indurre a verificare se la continuità non indichi una più pregnante organizzazione da parte del committente: A. PERULLI, *Il lavoro autonomo, le collaborazioni coordinate*, cit., p. 42. Ma v. anche O. RAZZOLINI, *La nuova disciplina delle collaborazioni organizzate dal committente*, cit., pp. 7-8.

di riprendere alcune<sup>471</sup> di quelle per le quali l'art. 61 del d.lgs. n. 276/2003 escludeva il requisito del progetto: in primo luogo, le professioni intellettuali per l'esercizio delle quali è necessaria l'iscrizione in appositi albi professionali<sup>472</sup>; le attività prestate nell'esercizio della loro funzione dai componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società e dai partecipanti a collegi e commissioni<sup>473</sup>; le collaborazioni rese a fini istituzionali in favore delle associazioni e società sportive dilettantistiche affiliate alle federazioni sportive nazionali<sup>474</sup>; in secondo luogo, le «collaborazioni per le quali gli accordi collettivi nazionali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale prevedono discipline specifiche riguardanti il trattamento economico e normativo, in ragione delle particolari esigenze produttive ed organizzative del relativo settore».

La disposizione fa venire alla mente il caso degli operatori telefonici dei call center in modalità outbound<sup>475</sup>, per i quali, a seguito di un'intricata vicenda, il ricorso a contratti di collaborazione a progetto è stato consentito «sulla base del corrispettivo definito dalla contrattazione collettiva nazionale di riferimento»<sup>476</sup>.

Sebbene tragga ispirazione dal caso dei call center, la disposizione assume, invero, una più ampia portata consentendo ai contratti collettivi nazionali – stipulati da sindacati comparativamente più

<sup>471</sup> Non tutte: non sono, in particolare, menzionate le collaborazioni con i percettori di pensione di vecchiaia, sulla cui esclusione v. i dubbi avanzati dal sen. Sacconi, nella relazione alla Commissione Lavoro del Senato del 16 aprile 2015. Diverso è il problema del *lavoro occasionale*, che deve ritenersi escluso dal campo di applicazione dell'art. 2, comma 1, nella misura in cui difetti il requisito della continuità. Vi è ovviamente il problema di individuare quando la prestazione deve considerarsi occasionale, una volta venute meno le soglie quantitative indicate dall'art. 61 del d.lgs. n. 276/2003 (su cui, criticamente, v. M. PEDRAZZOLI, *Riconduzione a progetto delle collaborazioni coordinate e continuative, lavoro occasionale e divieto delle collaborazioni semplici: il cielo diviso per due*, in AA.VV., *Il nuovo mercato del lavoro. Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Zanichelli, Bologna, 2004, p. 717 ss.), posto che, abrogato l'art. 61, il limite quantitativo (di 5.000 euro) vale solo per l'iscrizione alla gestione separata INPS.

<sup>472</sup> Cfr. l'art. 61, comma 3, d.lgs. n. 276/2003. In merito al rapporto tra questa disposizione e l'art. 2, comma 2, cfr. A. PERULLI, *Il lavoro autonomo, le collaborazioni coordinate*, cit., p. 22 ss., che rileva giustamente che, posto che tale ipotesi era esclusa dalla disciplina del lavoro a progetto nel caso in cui il «contenuto concreto» dell'attività svolta dal collaboratore fosse riconducibile alle attività professionali per cui è richiesta l'iscrizione all'albo professionale (art. 1, comma 27, legge n. 92/2012), «*mutatis mutandis* (...) l'esclusione dal campo di applicazione del rapporto di lavoro subordinato per collaborazioni professionali "organizzate dal committente" ex art. 2, comma 1, è riservata solo [a] quei professionisti iscritti all'albo che deducano nel contratto di collaborazione *prestazioni esclusive* (*id est* tipiche e tassativamente proprie della professione protetta), il cui contenuto concreto attiene a quella specifica attività professionale protetta».

<sup>473</sup> Cfr. ancora l'art. 61, comma 3, d.lgs. n. 276/2003.

<sup>474</sup> La previsione dell'art. 2, comma 2, lett. d) riprende alla lettera la formula già contenuta nell'art. 61, comma 3.

<sup>475</sup> Richiamato dai primi commentatori: cfr., fra tutti, G. SANTORO PASSARELLI, *I rapporti di collaborazione organizzati dal committente*, cit., p. 21.

<sup>476</sup> Cfr. art. 61, comma 1, d.lgs. n. 276/2003, così come modificato dall'art. 24-bis, comma 7, d.l. 22 giugno 2012, n. 83, conv. con modificazioni nella legge 7 agosto 2012, n. 134. A seguito della previsione normativa qui in commento sono stati stipulati, con riferimento al CCNL telecomunicazioni, due accordi collettivi (il primo sottoscritto da Assocall e UGL Terziario Nazionale il 6 luglio 2015, il secondo sottoscritto da Assotelecomunicazioni-Asstel, Assocontact, SLC-CGIL, FISTEL-CISL e UILCOM-UIL il 30 luglio 2015) che hanno stabilito che le previsioni e i trattamenti economici e normativi fissati dai precedenti accordi collettivi (stipulati nel 2013) per la disciplina del lavoro a progetto nei call center outbound devono intendersi riferiti ai contratti di collaborazione esclusivamente personale e continuativa stipulati per lo svolgimento delle stesse attività outbound ivi regolate e continuano ad applicarsi per la regolazione dei contratti di lavoro a progetto già in atto alla data di entrata in vigore del d.lgs. n. 81/2015. Sulla specifica vicenda dei call center, in particolare dopo le modifiche apportate dal d.l. n. 83/2012, cfr. E. GHERA, *Il lavoro autonomo*, cit., p. 506; S. CASSAR, *La nuova prestazione di lavoro a progetto nei call center: "a passo di gambero" sul tortuoso percorso interpretativo della disciplina speciale. Il ruolo delle parti sociali*, in *Dir. rel. ind.*, 2014, p. 159 ss.; G. BUBOLA, *I contratti di collaborazione coordinata e continuativa a progetto (e non) e le cosiddette partite iva*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *Il lavoro riformato*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 211 ss.

rappresentativi<sup>477</sup> – di graduare il trattamento economico e normativo dei lavoratori impiegati in rapporti di collaborazione. Giustamente si è osservato<sup>478</sup> che la norma consente di «adattare la disciplina, al di là degli schemi legali tipici, in varie direzioni e aspetti diversi». La contrattazione nazionale può utilizzare la delega per escludere in tutto o in parte alcune ipotesi di collaborazione dalla disciplina del lavoro subordinato. Ma il testo non esclude che la contrattazione possa individuare tipi di collaborazione da ricondurre invece all'area del lavoro subordinato. L'articolazione di fattispecie e discipline che ne può conseguire costituisce un terreno per graduare le protezioni in relazione alle esigenze di tutela (come nel progetto di Statuto dei lavori).

Deve però essere sottolineato che condizioni per la non applicazione del comma 1 dell'art. 2 sono le «particolari esigenze produttive ed organizzative del settore» ed al contempo l'esistenza di un regolamento del trattamento sia economico, sia normativo<sup>479</sup>. In mancanza, se questi rapporti presentano le caratteristiche tipologiche della subordinazione, saranno attratti nel campo di applicazione della relativa disciplina. Sorge naturalmente il problema dei limiti del sindacato giurisdizionale sulla sussistenza, vuoi delle particolari esigenze del settore, vuoi della definizione di trattamenti sufficientemente compiuti. C'è da augurarsi che, a fronte di un'esplicitazione delle esigenze ad opera dei contraenti collettivi e di una definizione di un trattamento non solo economico, ma appunto anche normativo, il giudice eserciti un opportuno *self-restraint*, soprattutto se si tiene conto che deputati a graduare fattispecie e tutele sono solo sindacati particolarmente qualificati<sup>480</sup>.

Con tutto ciò, non pare affatto che la deroga dell'art. 2, comma 2, sia irragionevole, in quanto si fonda su *ragioni apprezzabili*. E, a ben vedere, neppure negli altri casi menzionati (lett. b, c e d) appare irragionevole escludere l'applicazione del comma 1, in ragione dei particolari caratteri funzionali e qualitativi delle attività indicate<sup>481</sup>.

## 10. Segue: le attuali declinazioni contrattuali dell'art. 2, comma 2.

Proprio l'art. 2, comma 2, del d.lgs. n. 81/2015 dimostra che la norma non è «apparente»<sup>482</sup>. Anche a voler ritenere che l'art. 2 non faccia altro che consacrare una definizione aggiornata di

<sup>477</sup> Si noti il requisito soggettivo – il provenire il contratto (nazionale) da sindacati comparativamente più rappresentativi sul piano nazionale – in mancanza del quale non scatta l'esenzione dalla applicazione del comma 1, art. 2. V., in proposito, la risposta all'interpello n. 27/2015 da parte del Ministero del lavoro in data 15 dicembre 2015, il quale ha precisato che «a partire dal 2016, ai rapporti di collaborazione “che si concretano in prestazioni di lavoro esclusivamente personali, continuative e le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro”, ancorché disciplinati da un contratto collettivo (evidentemente privo dei requisiti in questione), si applicherà la disciplina del rapporto di lavoro subordinato».

<sup>478</sup> Cfr. T. TREU, *Tipologie contrattuali nell'area del lavoro autonomo*, cit., p. 8.

<sup>479</sup> Sottolinea la rilevanza della duplice condizione A. PERULLI, *Il lavoro autonomo, le collaborazioni coordinate*, cit., p. 19 ss.

<sup>480</sup> Si tratta dei sindacati comparativamente più rappresentativi sul piano nazionale come già osservato a nt. 55. Sottolinea espressamente che il limite posto all'autonomia collettiva quanto a settori ed esigenze è molto elastico e comunque resistente al sindacato del giudice e che la norma di cui al comma 1 dell'art. 2, essendo cedevole nei confronti dell'autonomia collettiva, è da ritenere semi-inderogabile: E. GHERA, *Introduzione* a E. GHERA, D. GAROFALO (a cura di), *Contratti di lavoro, mansioni e misure di conciliazione vita-lavoro nel Jobs Act 2*, Cacucci, Bari, 2015, p. 14.

<sup>481</sup> Cfr. T. TREU, *Tipologie contrattuali nell'area del lavoro autonomo*, cit., p. 8; L. NOGLER, *La subordinazione nel d.lgs. n. 81 del 2015*, cit., p. 25, per il quale in tali casi «non sussiste una situazione patologica di lavoro subordinato mascherato»; A. PERULLI, *Il lavoro autonomo, le collaborazioni coordinate*, cit., p. 19, per cui le fattispecie escluse per ragioni legate alla natura dell'attività esercitata o per scelta dell'autonomia collettiva «non esprimono quel bisogno di protezione che ha indotto il legislatore ad estendere loro la disciplina del rapporto di lavoro subordinato».

<sup>482</sup> Cfr. P. TOSI, *L'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 81/2015: una norma apparente?*, cit., p. 1130.

subordinazione, esso conserverebbe un autonomo valore precettivo proprio nella misura in cui consente ai contratti collettivi, in presenza dei requisiti indicati, di sterilizzare l'applicazione dello statuto protettivo del lavoro subordinato<sup>483</sup>.

Nel momento in cui si scrive vi è già un variegato campione di contratti collettivi, non riducibile al settore degli operatori telefonici dei call center outbound, specchio, innanzitutto, delle variegate figure professionali presenti in diversi contesti produttivi, specie nel mondo dei servizi.

Così, se prima, in data 6 luglio 2015, era stato stipulato l'accordo Assocall/UGL Terziario Nazionale, successivamente, in data 22 dicembre 2015, è stato stipulato l'accordo Assotelecomunicazioni-Asstel, Assocontact/SLC-CGIL, FISTEL-CISL e UILCOM-UIL che aggiorna, sostanzialmente confermandolo, il precedente accordo del 1° agosto 2013 sui collaboratori a progetto, rinviando ad una valutazione successiva l'adeguamento della parte normativa di siffatto accordo alla luce delle modifiche legislative intervenute. Ma, appunto, non è solo il settore dei call center ad essere interessato. In data 22 luglio 2015 tra ANINSEI Confindustria Federvarie e FLC CGIL, CISL Scuola, UIL Scuola, SNALS-CONFSAL è stato stipulato l'accordo relativo ai rapporti di collaborazione nella scuola non statale<sup>484</sup>; in data 30 dicembre 2015 è stato stipulato tra ARIS e FP CGIL, CISL FP e UIL FPL l'accordo per i collaboratori di enti di ricerca privati, IRCSS e strutture sanitarie private; in data 10 dicembre 2015, e con durata sperimentale fino al dicembre 2016, tra Luiss, Università Commerciale Luigi Bocconi, Università Cattolica del Sacro Cuore e altre università private e FLC CGIL, CISL Università e UIL RUA è stato stipulato un accordo sulla regolazione dei contratti di collaborazione nelle università non statali; in data 14 settembre 2015 è stato stipulato un accordo tra Link 2007, AOI e Felsa CISL, NidiL CGIL, UILTEMP per i contratti di collaborazione coordinata e continuativa esclusivamente personale nelle Organizzazioni non governative, al fine di aggiornare il precedente accordo del 24 aprile 2013 sulle collaborazioni a progetto; in data 7 agosto 2015 tra FORMA e CENFOP e FLC-CGIL, CISL Scuola, UIL Scuola e SNALS-CONFSAL è stato stipulato un accordo relativo ai contratti di collaborazione negli enti di formazione professionale; in data 16 dicembre 2015 tra Confindustria Radio Televisioni, ANICA, RNA, da una parte, e FISTEL-CISL e UILCOM UIL, dall'altra, è stato stipulato l'accordo sui «rapporti di lavoro autonomo» nel settore delle radiotelevisioni private.

Sono soprattutto interessanti gli accordi relativi ai settori in cui i contratti di collaborazione sono compresenti con contratti di lavoro subordinato in relazione ad identiche od analoghe figure professionali. In questo caso, particolare attenzione è prestata nel ribadire che le modalità di coordi-

<sup>483</sup> Se si versa in una situazione di esonero, a me pare che il giudice abbia solo - e non è poco - il compito di accertare se ricorrono i requisiti tipologici indicati dalle norme collettive esoneratrici (o alternative). Solo se essi non ricorrono, il giudice potrà qualificare il collaboratore come lavoratore subordinato (contrariamente a quanto indicato nella già citata circolare n. 3/2016). Né vale opporre il c.d. principio della indisponibilità, neppure ad opera del legislatore ordinario, del tipo lavoro subordinato: principio non sempre a proposito invocato, perché non vi sono vincoli costituzionali - a meno di ritenere costituzionalizzata la definizione di lavoratore subordinato contenuta nell'art. 2094 c.c. o che vi sia una nozione ontologica di subordinazione nell'ordinamento e consacrata in Costituzione - ad una revisione delle categorie, cioè delle fattispecie, ovvero dei criteri di imputazione delle tutele, salvo il limite generalissimo della ragionevolezza delle differenziazioni di trattamento ex art. 3 Cost. (Corte cost. n. 121/1993; 115/1994; 76/2015). Cfr., oltre agli AA., richiamati *supra* nt. 33, R. SCOGNAMIGLIO, *La disponibilità del rapporto di lavoro subordinato*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, I, p. 95 ss.; M. PEDRAZZOLI, *Dai lavoratori autonomi ai lavoratori subordinati*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1998, p. 546 ss.

<sup>484</sup> Mentre in data 6 agosto 2015 è stato poi stipulato anche un altro accordo per i rapporti di collaborazione tra Federterziario Scuola, Federterziario, Confimea, C.F.C. e UGL Scuola e UGL Confederazione Nazionale.

namento, stabilite di comune accordo tra le parti, non devono compromettere il requisito fondamentale della autonomia<sup>485</sup>; mentre, dal punto di vista regolativo, le (variegate) garanzie concernono di norma la forma scritta del contratto, le ipotesi di malattia e infortunio, gravidanza e puerperio, le cause di cessazione del contratto, la protezione della salute e della sicurezza ed infine il compenso, variamente determinato, ma comunque non inferiore ai minimi retributivi previsti dal CCNL per le figure professionali analoghe dei lavoratori dipendenti.

Si tratta di un nucleo di garanzie minime che ricordano quelle previste dalle elaborazioni dottrinali (e da alcuni progetti di legge) sul lavoro economicamente dipendente.

### 11. Il regime transitorio.

La nuova normativa trova applicazione unicamente a decorrere dal 1° gennaio 2016 (art. 2, comma 1), mentre dalla data di entrata in vigore del decreto (25 giugno 2015) cessa di avere vigore la disciplina sul lavoro a progetto di cui agli artt. 61-69-*bis* del d.lgs. n. 276, che continuerà ad applicarsi solo per i contratti in corso fino alla loro scadenza.

Il decreto legislativo incentiva la «stabilizzazione» (*sic*) dei collaboratori coordinati e continuativi pure a progetto – sebbene solo dal 1° gennaio 2016, per ragioni finanziarie – attraverso la previsione, in presenza di alcune condizioni, dell'estinzione degli illeciti amministrativi, contributivi e fiscali connessi alla qualificazione del rapporto (salvi gli illeciti accertati a seguito di accessi ispettivi effettuati in data antecedente alla assunzione)<sup>486</sup>.

Peraltro già dal 1° gennaio 2015 (art. 1, comma 118, legge 23 dicembre 2014, n. 190) la assunzione dei co.co.co. e dei titolari di partita IVA con contratto a tutele crescenti dava diritto ai benefici contributivi previsti dalla legge di stabilità.

C'è dunque una sorta di sfasatura tra il beneficio contributivo della stabilizzazione, che scattava subito, e l'ulteriore beneficio relativo all'estinzione degli illeciti. La spiegazione è, a quanto pare, di carattere finanziario: diluire nel tempo la «stabilizzazione» per gli oneri economici che una sua ondata potrebbe comportare.

Al netto di questa sfasatura è comunque chiaro – anche perché più volte annunciato dal Governo e tradotto nell'art. 1, comma 7, lett. b) della legge-delega – il disegno principale sotteso a questa seconda fase del *Jobs Act*: rimodellare la disciplina del lavoro subordinato a tempo indeterminato per consentire il travaso in esso, non solo dei rapporti di lavoro subordinato c.d. precari, come il contratto a termine, ma anche delle collaborazioni coordinate e continuative. Ma non è chiaro se per queste ultime gli operatori troveranno le convenienze a farlo.

Oltre tutto le restrizioni apportate dalla legge Fornero al lavoro a progetto e l'innalzamento dell'aliquota contributiva hanno già in larga misura bonificato il campo.

<sup>485</sup> Che implica anche il divieto di esclusiva: così i contratti degli Enti di ricerca, Università non statali, Televisioni private, Scuole non statali. Il requisito della mancanza di obbligo di esclusiva, al fine dell'accertamento della natura autonoma del rapporto, è valorizzato anche dalla giurisprudenza: v., da ultima, Corte cost. n. 76/2015 a proposito del regime di lavoro autonomo in cui sono inquadrati gli infermieri degli istituti di prevenzione e pena, non appartenenti ai ruoli organici dell'amministrazione penitenziaria.

<sup>486</sup> Cfr. l'art. 54, d.lgs. n. 81/2015, sul quale v. V. PIETRA, *La stabilizzazione dei collaboratori coordinati e continuativi e dei titolari di partita IVA*, in corso di pubblicazione in M. MAGNANI, A. PANDOLFO, P. A. VARESI (a cura di), *I contratti di lavoro. Commentario al d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81*, cit.

## 12. La (persistente) finalità antielusiva della nuova normativa.

Il vero è che, con le disposizioni sulle collaborazioni che comportano prestazioni esclusivamente personali, continuative e le cui modalità esecutive sono organizzate dal committente, il legislatore si è mosso, come nella legge Fornero, in un'ottica esclusivamente antielusiva (per la quale basterebbero e avanzerebbero l'art. 2094 c.c. e la vigilanza ispettiva, oltre al controllo giurisdizionale<sup>487</sup>) cercando di delineare un elemento discrezionale dei rapporti di co.co.co. rispetto ai rapporti di lavoro subordinato – appunto in un'ottica antifraudolenta – più efficiente della nozione di progetto.

È, come è stato detto, una «disposizione di normalizzazione»<sup>488</sup>, con contenuto pragmatico, che suona come un invito al giudice ad affinare gli indici di subordinazione. Esattamente quanto è avvenuto con la normativa sul lavoro a progetto<sup>489</sup>. Se quanto detto è vero, scontato che l'art. 2 del d.lgs. n. 81/2015 rinfocolerà le discussioni sull'essenza della subordinazione<sup>490</sup>, è sconsigliabile edificare su questo nuovo concetto (collaborazione eterorganizzata) apparso nell'ordinamento ardite ed impegnative costruzioni<sup>491</sup>.

Dal punto di vista regolativo resta scoperta l'area del lavoro autonomo tout court e (sostanzialmente) del lavoro coordinato, per i quali non si è seguito alcuno dei sofisticati tentativi riformistici proposti dalla dottrina (e sfociati anche in sede parlamentare); e che si possono sintetizzare nell'esigenza di prendere in considerazione tutto il lavoro personale (o prevalentemente personale) in qualunque forma esso si dispieghi (autonoma o subordinata) e graduare l'intensità della protezione in relazione alle esigenze di tutela: e ciò anche per il lavoro autonomo economicamente dipendente (si pensi, per parlare dei progetti dottrinali, alle proposte che vanno dal *tertium genus* di D'Antona allo Statuto dei lavori di Biagi e Treu)<sup>492</sup>.

Fin qui, insomma, il legislatore continua a muoversi in una logica dicotomica (del tutto o – quasi – niente): vent'anni di discussione ci hanno, in definitiva, ancora portato al problema di come affinare gli indici di subordinazione. Anche se, a ben vedere, deve essere valutata ancora appieno la portata dell'affidamento alla contrattazione collettiva del potere di disciplinare «alternativamente» le collaborazioni nei settori che presentano «particolari esigenze produttive ed organizzative»<sup>493</sup> (art. 2, comma 2). Una via alternativa da valorizzare, e non da esorcizzare, al fine di

<sup>487</sup> Cfr. M. MAGNANI, *Autonomia, subordinazione, coordinazione nel gioco delle presunzioni*, cit., p. 808.

<sup>488</sup> Cfr. G. FERRARO, *Collaborazioni organizzate dal committente*, cit., p. 2.

<sup>489</sup> Cfr., per una più ampia dimostrazione in ordine all'applicazione giurisprudenziale degli artt. 61 ss. del d.lgs. n. 276/2003, M. MAGNANI, *Autonomia, subordinazione, coordinazione nel gioco delle presunzioni*, cit., p. 804 ss.; ID., *Diritto dei contratti di lavoro*, cit., p. 47 ss., sulla funzione creatrice e razionalizzatrice svolta dalla giurisprudenza in materia di disciplina del lavoro a progetto.

<sup>490</sup> Si veda l'ampio dibattito raccolto in A. VALLEBONA (a cura di), *Colloqui giuridici sul lavoro*, cit.

<sup>491</sup> Pronostica che se, nel breve periodo, la lettura della nuova normativa nei termini di «riscrittura» dell'art. 2094 c.c. potrà risultare prevalente, nel più lungo periodo potrebbero affermarsi tesi più impegnative quale quella per cui la collaborazione eterorganizzata costituirebbe una fattispecie al confine tra autonomia e subordinazione (dunque ancora nell'ambito dell'art. 2222 c.c.) cui applicare, ma selettivamente, la disciplina del lavoro subordinato R. PESSI, *Il tipo contrattuale: autonomia e subordinazione dopo il Jobs Act*, cit. Naturalmente anche questo pronostico dovrà fare i conti con lo "Statuto del lavoro autonomo" di cui al citato d.d.l. n. 2233, se approvato.

<sup>492</sup> Mi permetto di rinviare ancora, per la ricostruzione del dibattito, al mio *Diritto dei contratti di lavoro*, cit., p. 159 ss.

<sup>493</sup> Se la mente corre immediatamente al settore dei call center, per cui già esisteva una normativa specifica delegante la contrattazione collettiva, la portata della norma è più ampia e, come detto, tutta da esplorare: cfr., oltre a quanto osservato sopra nel testo, T. TREU, *Tipologie contrattuali nell'area del lavoro autonomo*, cit.; O. RAZZOLINI, *La nuova disciplina delle collaborazioni organizzate dal*

costruire assetti di tutele adeguati ai sempre più variegati modi di prestare lavoro a favore (anche) di altri.

### 13. Proiezioni future: verso uno Statuto del lavoro autonomo.

Ora comunque pare che il legislatore si sia finalmente accorto che non tutti i rapporti di collaborazione sono «fraudolenti e falsi»<sup>494</sup>; in altre parole, che non tutti possono accomodarsi nel contratto a tutele crescenti, tant'è che si parla di uno Statuto del lavoro autonomo<sup>495</sup>. Siamo alla terza fase del *Jobs Act*?

Sembra esserci una certa torsione tra l'impostazione del *Jobs Act* (legge-delega e decreti attuativi, compreso il d.lgs. n. 81/2015) e quanto si sta prospettando per il futuro.

Il disegno principale sotteso alla seconda fase del *Jobs Act* (quella successiva alla ri-regolazione del contratto a termine) è chiaro, anche perché più volte annunciato dal Governo e tradotto nell'art. 1, comma 7, lett. b), della legge-delega: rimodellare la disciplina del contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato per incentivare, non solo nuove assunzioni, ma anche il travaso in esso dei rapporti di lavoro temporaneo e delle collaborazioni coordinate e continuative.

In sostanza, il *Jobs Act* punta alla centralità del contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, caratterizzato da discipline più leggere in materia di licenziamenti e connotato da flessibilità funzionale (in tema di mansioni e controlli a distanza) e vi annette quella parte di lavoro coordinato (oggi organizzato) più sospetto di abuso.

Una cultura di fondo del sospetto – rispetto alle «false» collaborazioni non bastava l'art. 2094 c.c.? – ancora lontana dalla valorizzazione del lavoro autonomo di nuova o nuovissima generazione. In sostanza, la finalità della bonifica seguita dal d.lgs. n. 81/2015 non è lontana dalle finalità perseguite dalla legge Fornero e dalla legge Biagi.

Ora il Governo ha varato uno Statuto del lavoro autonomo, comprensivo dei rapporti di collaborazione, che dovrebbe riguardare il lavoro “genuinamente” autonomo e contenente una disciplina innanzitutto di tipo incentivante e promozionale (ad es., tutela nelle transazioni commerciali; divieto di clausole abusive; tutela delle invenzioni; deducibilità dal reddito delle spese di formazione; accesso a servizi personalizzati per l'impiego; accesso agli appalti pubblici; indennità di maternità a prescindere dall'astensione dal lavoro).

Come si è già accennato, nel d.d.l. il futuro legislatore torna sulla distinzione tra eterorganizzazione e coordinamento<sup>496</sup>. Poiché parte delle norme (in questo caso, di tutela: congedi parentali; tutela della gravidanza; tutela della malattia) concernono solo i collaboratori continuativi non pare che sia scomparsa dall'orizzonte l'idea del lavoro economicamente dipendente da tempo discussa dalla dottrina. Una figura che è nei fatti, prima ancora che suggerita da altre esperienze

*committente*, cit., p. 25. Scettico circa la portata pratica del disposto al di fuori, appunto, del settore dei call center è G. SANTORO PASSARELLI, *I rapporti di collaborazione organizzati dal committente*, cit., p. 17.

<sup>494</sup> Così M. PEDRAZZOLI, *Prefazione* a F. MARTELLONI, *Lavoro coordinato e subordinazione. L'interferenza delle collaborazioni a progetto*, Bononia University Press, Bologna, 2012, p. 9.

<sup>495</sup> Cfr. il già citato d.d.l. n. 2233.

<sup>496</sup> Con il già citato art. 12 del d.d.l., su cui v. *supra* nt. 46 e testo corrispondente.

europee<sup>497</sup>.

Se questo è vero, non potrà che determinarsi un nuovo rimescolamento delle carte, che sconsiglia di edificare, sui nuovi concetti apparsi nel d.lgs. n. 81/2015, ardite ed impegnative costruzioni.

---

<sup>497</sup> Ne discutono ancora, con varietà di accenti, T. TREU, *Tipologie contrattuali nell'area del lavoro autonomo*, cit., che giustamente sottolinea la delicatezza dell'operazione di individuazione dei tratti della figura; A. PERULLI, *Costanti e varianti in tema di subordinazione e autonomia*, in *Lav. dir.*, 2015, p. 259 ss.; in senso critico, G. FERRARO, *Collaborazioni organizzate dal committente*, cit., p. 23.

## La dottrina giuslavoristica italiana di fronte al mutamento delle relazioni sindacali e alla questione della rappresentatività\*

Stefania Scarponi

Premessa: La dottrina giuslavoristica e la crisi del sistema sindacale “di fatto” dovuta al processo di diffusione degli “accordi separati” e all’interventismo legislativo mediante l’emanazione dell’art.8 l.n.148/2011.	160
1. L’organizzazione del pluralismo da parte delle maggiori confederazioni mediante l’Accordo interconfederale unitario del 2011. La rappresentatività fra principio di “effettività” e di “rappresentatività misurata”.	161
1.2. Il ricorso al principio di maggioranza per l’approvazione dei contratti collettivi aziendali con efficacia erga omnes: il dibattito dottrinale.	163
2. L’invasione della sfera dell’autonomia collettiva da parte del legislatore e il dibattito sull’art.8 L.n. 148/2011.	164
2.1 I dubbi di costituzionalità per violazione dell’art.39, prima e seconda parte.	164
3. L’art.19 Statuto dei Lavoratori e la sentenza della Corte Costituzionale n. 231 del 2013.	165
3.1. La questione di costituzionalità e la sentenza “additiva” della Corte Costituzionale.	166
3.2. Il confronto dottrinale dopo la sentenza.	167
3.3. La portata delle regole intersindacali e la suggestione del recepimento in legge del protocollo maggio 2013.	168
4. Il Testo Unico sulla Rappresentanza fra consensi e dissensi.	168
4.1. La misurazione della rappresentatività per la partecipazione alle trattative e per la stipulazione dei contratti collettivi.	169
4.2. I presupposti per la costituzione delle r.s.a.: perplessità e letture razionalizzanti.	170
4.3. Le clausole di raffreddamento del conflitto.	171
4.4. I limiti di efficacia del Testo Unico verso le Federazioni.	172
5. Il dibattito dottrinale sulla opportunità e legittimità di un intervento legislativo a supporto del sistema di relazioni sindacali.	172
5.1. Il “compito” dei giuristi e le proposte di legge avanzate in sede dottrinale.	173
5.2. La proposta della rivista “Diritti, lavori, mercati”.	173

\* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 295/2016

5.3. La proposta elaborata dal gruppo "Frecciarossa".	175
5.4. La prospettiva "minimalista".	177
Conclusioni.	178
Riferimenti bibliografici	179

**Premessa: La dottrina giuslavoristica e la crisi del sistema sindacale “di fatto” dovuta al processo di diffusione degli “accordi separati” e all’interventismo legislativo mediante l’emanazione dell’art.8 l.n.148/2011.**

Il problema dell’assetto del sistema sindacale e del suo rapporto con quello statutale ha interrogato la dottrina lavoristica in varie epoche arrivando, nella fase delle grandi rotture fra le maggiori confederazioni risalente alla metà degli anni ’80, a determinare insigni giuristi come Giorgio Ghezzi e Gino Giugni a proporre la riforma dell’art.39 seconda parte della Costituzione, senza tuttavia alcun esito concreto, tenuto conto che il Protocollo del 1993 aveva consentito una ricomposizione delle tensioni intersindacali destinata a durare nel tempo. Molto più dirompente si è rivelata la fase recente in cui la rottura tra le maggiori confederazioni nella seconda metà degli anni 2000, combinata con la crisi economica e, sul finire del decennio, l’ulteriore tensione fra Fiom e Cgil, ha inasprito le questioni sul tappeto e la difficoltà di tenuta del quadro dogmatico – interpretativo elaborato in materia di pluralismo sindacale, rappresentatività sindacale, efficacia del contratto collettivo, costituzione e prerogative delle rappresentanze nei luoghi di lavoro.

La frequente stipulazione di accordi separati, a livello nazionale e aziendale ha, infatti, posto in luce le fragilità delle categorie ermeneutiche tradizionali riguardanti la natura del soggetto sindacale come entità associativa di diritto privato, propria del periodo post-costituzionale, e la conseguente efficacia del contratto collettivo limitata ai soli iscritti, sia sul versante dei datori di lavoro sia quello dei lavoratori, coniugata peraltro con le tecniche di estensione indiretta *ultra partes* frutto delle ricostruzioni giurisprudenziali. L’opinione dottrinale è stata sollecitata, pertanto, a ripensare l’assetto in base al quale il criterio di selezione legislativa fondato sulle confederazioni comparativamente più rappresentative sul piano nazionale - legittimate a negoziare contratti collettivi con efficacia, anche se indirettamente, *erga omnes* - ha costituito nel corso degli ultimi 20 anni il compromesso accettato largamente, ma non risolutivo delle questioni poste dal dissenso intersindacale fra le maggiori confederazioni. La controversia sulla sfera di efficacia soggettiva dei contratti collettivi ha assunto una carica sempre più dirompente nel momento in cui il rifiuto di sottoscrivere il contratto collettivo ha riguardato non soltanto i contratti aziendali, ma anche quelli nazionali, come è avvenuto da parte della Fiom con riferimento al contratto di categoria del 2009, ritenendo ancora vigente quello precedente.

La mancata sottoscrizione dei contratti collettivi ha avuto poi, come è noto, implicazioni ulteriori sul terreno delle rappresentanze nei luoghi di lavoro, stante la disciplina contenuta nell’art.19, 1 comma, dello Statuto dei Lavoratori nel testo emerso dopo il referendum del 1995, che ha abbandonato il criterio del legame con sindacati sovra-aziendali maggiormente rappresentativi per la titolarità a costituire le r.s.a., prevedendo unicamente in capo ai sindacati la condizione di essere firmatari di un contratto collettivo applicato nell’unità produttiva. La possibilità di rifiuto alla costituzione di rappresentanze in azienda nei confronti di sindacati comunque rappresentativi a livello nazionale e aziendale, come la Fiom, è sembrata a lungo del tutto remota, data anche la presenza delle r.s.u. di fonte negoziale disciplinate fin dal Protocollo Giugni e poi diffuse in tutto il territorio nazionale. La questione è esplosa nel corso della vicenda Fiat che ha impresso un’accelerazione dirompente. Come è noto, a seguito della stipulazione del contratto c.d. di “primo livello” presso una società appositamente costituita (new-co) per la gestione di uno stabilimento del gruppo, accordo non sottoscritto dalla Fiom, sono state abolite le r.s.u. e negata la titolarità al sindacato dissenziente di costituire proprie r.s.a.

Tale vicenda ha innescato, da un lato, un ampio contenzioso giudiziario, culminato nella sentenza della Corte costituzionale 231/2013, con cui è stata affermata l'interpretazione "additiva" dell'art.19 Statuto Lavoratori (*infra par. 2*); dall'altro, l'avvio di un processo volto alla ricerca di soluzioni intersindacali ispirate alla ricerca di una nuova unità di azione tra le maggiori confederazioni fondata sull'esigenza condivisa di porre autonomamente regole di governo della struttura della contrattazione collettiva, di riconoscimento di margini di deroghe *in pejus* ai contratti collettivi decentrati, e di attribuzione di efficacia *erga omnes* ai contratti collettivi, nel rispetto del dissenso ma anche in grado di conferire stabilità ai frutti dell'autonomia collettiva. Fulcro di questa operazione, che ha condotto al "trattico" costituito dall'A.I. del 2011, Protocollo del 2013 e Testo Unico sulla rappresentanza del 2014, è la consapevolezza della necessità di pervenire a strumenti di misurazione della rappresentatività sindacale.

Alle soluzioni frutto dell'ordinamento intersindacale ha fatto da contrappunto la legislazione ordinaria che, tuttavia, oltrepassando i modi usuali di rinvio alla contrattazione collettiva in funzione integrativa ma anche derogatoria delle norme legislative in materie specifiche – e legate frequentemente a situazioni di crisi aziendale – ha introdotto un nuovo assetto, molto controverso, mediante l'emanazione dell'art.8 della l.n. 148/2011 (*infra par.3*).

L'elaborazione dottrinale dei giuristi del lavoro ha accompagnato l'evoluzione descritta con un'ampiezza e ricchezza di apporti veramente considerevoli, che ha reso molto ardua la costruzione della sintesi qui offerta<sup>498</sup>.

### **1. L'organizzazione del pluralismo da parte delle maggiori confederazioni mediante l'Accordo interconfederale unitario del 2011. La rappresentatività fra principio di "effettività" e di "rappresentatività misurata".**

Definito come manifestazione di "lucidità collettiva" (Ferraro 2011), la stipulazione dell'AI del 2011 è stata quasi universalmente ben valutata dalla dottrina (Liso 2012, Bellardi 2011), anzitutto per la ritrovata unità sindacale, dopo le divisioni che avevano accompagnato le precedenti intese sulla struttura contrattuale, come nel caso dell'AI del 2009; in secondo luogo per il contenuto di ampio respiro che affronta tutte le tematiche rilevanti del sistema di relazioni industriali che riguardano la funzione dei contratti collettivi nazionali, ma anche l'articolazione verso la contrattazione decentrata, sia territoriale sia aziendale, le rappresentanze nei luoghi lavoro e le condizioni di stipulazione dei contratti collettivi aziendali, nonché l'estensione della loro efficacia basata sull'applicazione del principio di maggioranza; la questione della misurazione della rappresentatività sindacale mediante un sistema che fa leva sulla soglia di iscritti e sul consenso elettorale; infine, il problema delle clausole di tregua con una soluzione in linea con il rispetto della titolarità anche individuale del diritto di sciopero.

<sup>498</sup> Numerose sono le opere collettanee apparse sia in volumi sia sulle principali riviste di diritto del lavoro quali: Rivista italiana di diritto del lavoro (RIDL), Argomenti di diritto del lavoro (ADL), Giornale di diritto del lavoro e relazioni industriali (GDLRI), Diritto delle relazioni industriali (DRI), Diritti, lavori, mercati (DLM), Lavoro e diritto (LD), Rivista giuridica del lavoro (RGL), nonché il Working Papers Massimo D'Antona (WP CSDLE), le riviste on-line *Dirittisocialiecittadinanza.org*; *nelmerito.it*; *ildiaridellavoro.it*; *Bollettino Adapt.org*. Per le opere collettanee, si citano le principali di F. Carinci (a cura di), 2011, 2013 e 2014; L. Zoppoli, A. Zoppoli, M. Delfino (a cura di) 2014; Napoli, Ferrante, Corti, Occhino 2012.

### 1.1 La dottrina in merito all'articolazione della struttura contrattuale, le regole sulla contrattazione aziendale "derogatoria" e il riconoscimento delle r.s.u.

I commentatori hanno pertanto manifestato in larga misura apprezzamento verso la capacità delle maggiori confederazioni sindacali di superare le proprie divisioni rinunciando ciascuna ad alcuni nodi identitari<sup>499</sup> e permettendo, così, di affrontare unitariamente i vari profili necessari a fornire un *quadro moderno di relazioni sindacali*, come afferma l'incipit dell'accordo (Liso 2012, p.3; Alleva, 2011). Il presupposto sottinteso è quello della capacità di autoregolazione del pluralismo sindacale, che non invoca alcun intervento legislativo, come invece era avvenuto al tempo del Protocollo del 1993.

Quanto alla possibilità di intese modificative da parte dei contratti collettivi aziendali, è stata apprezzata soprattutto la scelta di mantenere il ruolo di governo al contratto nazionale di lavoro, pur consentendo competenze derogatorie a livello decentrato con valore non solo transitorio, ma suppletivo, ovvero destinate ad operare anche nel caso in cui i contratti nazionali si astengano da fornire una disciplina in merito (Santoro Passarelli 2011, p.1224). In tal senso, si è sottolineato il valore di tenuta del sistema complessivo della regolamentazione collettiva derivante dal fatto che le competenze derogatorie a livello aziendale <<si esercitano nei limiti e con le procedure stabilite dal contratto nazionale>>; oppure, in caso di crisi di impresa o in presenza di rilevanti investimenti produttivi, secondo l'AI, esse possono disciplinare diversamente materie come gli orari di lavoro o altri istituti connessi all'odl solo se stipulati con i sindacati territoriali, secondo un criterio di decentramento controllato in continuità con le prassi già seguite (Speziale 2011).

Non sfugge, peraltro, la maggiore ampiezza con cui l'AI riconosce il potere derogatorio al contratto di secondo livello in funzione dell'obiettivo di "corrispondere alle esigenze degli specifici contesti produttivi", secondo il dettato del punto 7 dell'accordo stesso, che supera anche quanto affermato in precedenza dell'Accordo Interconfederale separato del 2009 (particolarmente Liso 2011, p.15). In merito, non sono mancate posizioni critiche di chi ha espresso il timore che il decentramento contrattuale presenti il rischio di introdurre una situazione di competitività fra aziende portatrice di "dumping sociale" (Bavaro 2011), ma la maggior parte della dottrina ha ritenuto che non fosse rimessa in discussione in misura eccessiva la funzione del contratto collettivo nazionale, dati i vincoli comunque esistenti sul piano organizzativo degli agenti stipulanti.

Altrettanto favorevole, pur con qualche perplessità (Ballestrero 2011, Lassandari 2012) è stata in larga misura la valutazione della soluzione approntata per la clausola di tregua, di cui si afferma la natura obbligatoria, e pertanto vincolante solo nei confronti dei sindacati stipulanti lo stesso AI, senza rimettere in discussione la titolarità individuale del diritto di sciopero, secondo l'orientamento consolidato basato sulla convinzione che si tratta di un "dogma fondato sulla ragione"

Più ambigua è stata invece ritenuta la parte dell'AI che si riferisce alla certificazione della rappresentatività sindacale prevista per la contrattazione nazionale di categoria, in quanto la funzione della misurazione del seguito elettorale era limitata formalmente alla legittimazione a negoziare, riservata alle organizzazioni sindacali in grado di vantare oltre il 5% di consenso ottenuto. Il suo

<sup>499</sup> Come fa notare F. Liso 2012, p.3, la Cisl ha dovuto superare in particolare la concezione del sindacato basata esclusivamente sull'investitura dei propri iscritti, accettando la misurazione della rappresentatività basata anche sulla valutazione del consenso derivante dall'investitura elettorale, nonché l'efficacia estesa in applicazione del principio di maggioranza; mentre la Cgil ha dovuto accettare il ruolo regolativo della contrattazione aziendale anche quando significhi deroga al contratto collettivo nazionale, nonché un arretramento sulla prospettiva di generalizzazione delle r.s.u.

significato è risultato controverso: secondo alcuni (Liso 2012), data la testuale formulazione della clausola, non si poteva in alcun modo inferirne altre implicazioni sul versante della stipulazione del contratto collettivo né tantomeno sulla sua efficacia, contrariamente alla tesi di altri autori (Persiani 2011; Scarpelli 2011). Non è mancato neppure chi ha ritenuto di poter individuare in tal modo, in via interpretativa, le organizzazioni sindacali abilitate a negoziare i contratti collettivi oggetto di rinvio da parte della legge - riempiendo finalmente di contenuto il criterio oramai ampiamente utilizzato dalle disposizioni che fanno rinvio ai “sindacati comparativamente più rappresentativi” (Angiolini 2011; Scarpelli 2011; Carinci 2011) - con una proiezione sul versante dell’ordinamento statale dei risultati dell’accertamento della rappresentatività sindacale, e dando in tal modo per scontata l’applicazione anche nel settore privato delle soluzioni già vigenti nel settore dei rapporti con le amministrazioni pubbliche.

È stata comunque valutata positivamente l’introduzione di un vincolo al potere di scelta dell’interlocutore negoziale in capo al datore di lavoro, attraverso l’imposizione dell’obbligo di rispettare il requisito della soglia minima di rappresentatività. Il principio un tempo ritenuto immanente alla libertà sindacale, ma con il rischio di avallare in realtà un potere di accreditamento, è stato così parzialmente superato, ma non si è configurato in questa fase alcun obbligo ad ammettere comunque tutte le organizzazioni in possesso di tale soglia.

#### 1.2. Il ricorso al principio di maggioranza per l’approvazione dei contratti collettivi aziendali con efficacia erga omnes: il dibattito dottrinale.

Le soluzioni negoziali accolte sul versante delle rappresentanze nei luoghi di lavoro e della efficacia del contratto aziendale sono state variamente commentate. Per un verso, la riaffermazione della legittimazione a negoziare in capo a tutte le rappresentanze, le r.s.a. e non soltanto le r.s.u., ha sollevato dubbi (Romagnoli 2011)<sup>500</sup>, tenuto conto che i criteri per la stipulazione del contratto e soprattutto per la sua efficacia sono differenziati. Infatti se a stipulare sono le r.s.u. il contratto collettivo acquisisce efficacia a condizione che sia stato approvato a maggioranza delle componenti elette, soluzione che peraltro resta ambigua essendo ancora conservata in quella fase la componente delle r.s.u. corrispondente al “terzo riservato” (Carinci 2011), che verrà rimosso solo dal successivo protocollo del 2013. Diversamente, se sono le r.s.a. i soggetti stipulanti, occorre che esse siano, singolarmente o insieme ad altre, destinatarie della maggioranza delle deleghe conferite dai lavoratori dell’azienda nell’anno precedente. Più discusso è stato il ricorso al referendum, che può essere richiesto in quest’ultimo caso, e che dovrà essere superato con la maggioranza semplice dei voti. Le obiezioni critiche risentono fortemente delle contraddizioni emerse nella vicenda Fiat, culminata nella sottoposizione dell’accordo di Pomigliano al referendum dei lavoratori, che hanno dimostrato l’inutilità del ricorso al referendum al termine di una trattativa complessa, sia perché i lavoratori sono chiamati ad esprimersi simultaneamente su questioni disparate (Angiolini 2011) sia perché il referendum al termine della trattativa assume di frequente una natura plebiscitaria (Mariucci 2011, 458; De Simone 2011).

<sup>500</sup> Secondo Romagnoli 2011, nel nuovo sistema le r.s.u. sono concepite piuttosto in funzione della misurazione della rappresentatività che come soggetti a pieno titolo detentori della competenza a negoziare a livello aziendale. Criticabile per la mancanza della trasparenza che invece sarebbe richiesta dalla utilizzazione degli esiti elettorali come indice della rappresentatività misurata.

## 2. L'invasione della sfera dell'autonomia collettiva da parte del legislatore e il dibattito sull'art.8 L.n. 148/2011.

L'emanazione avvenuta dopo qualche mese dalla stipulazione dell'Accordo Interconfederale dell'art.8 della l.n. 148 del 2011, sulla c.d. contrattazione di prossimità, ha introdotto quella che è stata definita come una vera e propria legge sindacale (Leccese 2012, 479), giudicata da molti una svolta "epocale" (su opposti versanti da un lato Perulli, Speciale 2011; dall'altro Vallebona 2011 ) dal momento che, al comma 2-bis, configura la possibilità di raggiungere "specifiche intese" derivanti da contratti aziendali o territoriali, che a determinate condizioni assumono efficacia *erga omnes*, aventi contenuto ampiamente derogatorio sia della disciplina legale sia di quella posta dal contratto nazionale di categoria, qualora siano finalizzate a perseguire gli obiettivi dalla norma indicati. La genericità e l'ampiezza degli obiettivi contemplati<sup>501</sup> ha indotto immediatamente a considerare tali condizioni quasi prive di precettività, preoccupanti a fronte dell'estensione delle materie sulle quali può intervenire in senso derogatorio la contrattazione collettiva di prossimità. Essa infatti è abilitata ad investire ampiamente le materie attinenti l'organizzazione del lavoro e il rapporto di lavoro<sup>502</sup>, e non più specifici istituti come previsto secondo il precedente e consolidato modello di "flessibilità controllata".

### 2.1. I dubbi di costituzionalità per violazione dell'art.39, prima e seconda parte.

I commentatori si sono divisi sulla valutazione della disciplina legislativa, di cui alcuni hanno difeso la logica ispiratrice volta al superamento di discipline uniformi derivanti dalla contrattazione collettiva nazionale a favore di "discipline differenziate e più consapevoli degli specifici contesti organizzativi e produttivi (De Luca Tamajo 2013, p.732; Maresca 2013). La maggior parte, tuttavia, ha espresso critiche sotto il profilo della violazione dell'art.39 della Costituzione, dato il contrasto fra il rinvio diretto alla contrattazione decentrata previsto dalla legge rispetto alle diverse condizioni e modi previsti dall'AI, di cui la legge non riporta la parte che stabilisce la necessità del raccordo tra i livelli contrattuali, scardinando così l'equilibrio privilegiato dalle parti sociali, secondo una tecnica che si è riprodotta, altresì, per ciò che riguarda il modo di riconoscere la legittimazione dei soggetti stipulanti (fra i tanti: Leccese 2012; Speciale 2011; Liso 2012; Ghera 2014; Garilli 2012). Non a caso, le stesse organizzazioni sindacali avevano ribadito in occasione della promulgazione della legge la propria intenzione di non voler dare applicazione che alle regole introdotte con l'AI, benchè in realtà il prosieguo delle dinamiche sindacali abbia mostrato altri momenti di divisione, come è avvenuto mediante la sottoscrizione di poco successiva del Protocollo sulla produttività.

Il dibattito sulla non conformità dell'art.8 L.n. 148/2011 alla Costituzione si è arricchito di vari contributi, che si sono espressi con toni vigorosi anche sulla violazione della seconda parte dell'art.39, dal momento che l'estensione dell'efficacia del contratto collettivo di prossimità solo

<sup>501</sup> Questi ultimi consistono in: "maggiore occupazione, qualità dei contratti lavoro, adozione di forme di partecipazione dei lavoratori, emersione del lavoro irregolare, incrementi di competitività e di salario, gestione delle crisi aziendali e occupazionali, investimenti e avvio di nuove attività"

<sup>502</sup> Secondo la disposizione le specifiche intese possono riguardare <<la regolazione delle materie inerenti l'organizzazione del lavoro e della produzione con riferimento a: impianti audiovisivi e controllo a distanza; mansioni del lavoratore, classificazione e inquadramento del personale, contratti a termine, a orario ridotto, modulato e flessibile, il regime della solidarietà negli appalti e i casi di somministrazione del contratto di lavoro; l'orario di lavoro, modalità di assunzione e disciplina del rapporto di lavoro, comprese le collaborazioni coordinate e continuative e a progetto e le partite IVA, alla trasformazione e conversione dei contratti di lavoro e alle conseguenze del recesso del rapporto di lavoro, salvi i licenziamenti discriminatori>>

apparentemente rispetta il criterio di maggioranza. Come si è posto in luce, secondo la disposizione è sufficiente che il contratto sia stipulato da sindacati comparativamente più rappresentativi – non definiti - oppure dalle loro r.s.a., oppure dalle r.s.u., oppure che sia approvato tramite referendum tra i lavoratori interessati, con enorme distanza rispetto al modello basato sul principio di democrazia rappresentativa proprio dell'art.39 e sulla costituzione della delegazione unitaria.

Pur non essendo mancato chi ha rilevato l'inapplicabilità della norma costituzionale alla contrattazione di secondo livello, rispolverando una tesi che fa leva sul fatto che testualmente l'art.39 menziona i sindacati di categoria, si è potuto agevolmente ribattere che i principi ivi sanciti hanno un indiscutibile rilievo quali fondamenti del diritto sindacale, anche per la stretta connessione tra il primo e il secondo comma dell'articolo, ovvero tra la salvaguardia del pluralismo e l'efficacia collettiva. Se, infatti, si ammettesse che l'efficacia possa essere estesa *erga omnes* in modo diverso da quanto ivi previsto, ciò equivarrebbe ad imporre a coloro che sono iscritti ad un sindacato dissenziente un contratto collettivo non voluto dal loro sindacato, in contrasto con la prima parte della norma (Carabelli 2012).

L'esperienza applicativa dell'art.8 l.n.148 pare in effetti essere rimasta contenuta, pur non potendosi negare l'esistenza di un probabile sommerso che neppure i soggetti stipulanti ammettono, ma ciò non ha impedito che alcune controversie siano approdate avanti ai giudici, i quali hanno emesso sentenze di contenuto non uniforme. Tra le più interessanti va richiamata quella resa in una delle controversie attinenti la vicenda Fiat, secondo la quale l'unica interpretazione costituzionalmente corretta, come sostenuto anche in dottrina (Barbieri 2012) è quella di considerare il rinvio operato dall'art.8 testualmente alle "rappresentanze disciplinate dai contratti collettivi", a stregua di rinvio all'intero contenuto dell'AI del 2011, così colmando lo iato tra quanto stabilito autonomamente dalle parti sociali e quanto affermato dalla legge, sia pure a prezzo di una forzatura del testo letterale della disposizione (Scarponi 2014).

### 3. L'art.19 Statuto dei Lavoratori e la sentenza della Corte Costituzionale n. 231 del 2013.

Un amplissimo dibattito dottrinale<sup>503</sup>, ha accompagnato, come si è detto, la vicenda Fiat, giudicata da alcuni un vero e proprio attacco al sistema di relazioni sindacali consolidato (Gottardi 2011) e fondato, per un verso, sull'articolazione tra contratto collettivo nazionale di lavoro e contratto aziendale e, per altro verso, sulla compresenza di rappresentanze nei luoghi di lavoro di fonte legale – le r.s.a – e di fonte contrattuale – le r.s.u. - con larga prevalenza di queste ultime. Ne è derivata anche una alterazione del complessivo equilibrio tra sistema intersindacale e sistema normativo, determinando una "crisi di sistema" che è culminata nella sentenza della Corte costituzionale n. 231/2013, sulla quale si è diffusa altrettanto estesamente la valutazione dei giuristi del lavoro.

Sono emerse al riguardo varie questioni: in primo luogo quella relativa all'efficacia del contratto collettivo nazionale, dopo la fuoriuscita della Fiat dalla Confindustria dal gennaio 2012 con la pretesa in tal modo di non essere obbligata al rispetto del contratto collettivo nazionale del settore

<sup>503</sup> Fra le numerose pubblicazioni F. Carinci 2011, con contributi di A. Accornero, E. Balletti, F. Basenghi, A. Bellavista M. Brollo, R. De Luca Tamajo, R. Del Punta, A. Lassandari, V. Leccese, F. Lunardon, S. Mainardi, R. Pessi, G. Proia, R. Salomone, G. Santoro Passarelli, A. Tursi, P. Tosi, C. Zoli, A. Zoppoli.

metalmeccanico stipulato unitariamente nel 2008 e più in generale degli accordi precedenti di categoria o interconfederali. La seconda questione riguarda la portata del c.d. contratto “di primo livello” stipulato dalla New-co del gruppo Fiat con le sole federazioni aderenti alla Cisl e alla Uil, in conseguenza del quale sono state abolite le r.s.u. – di origine meramente contrattuale - e riconosciute le r.s.a. dei soli sindacati firmatari, in base ad un’interpretazione letterale dell’art.19 dello St.Lav. secondo il contenuto post-referendario, ma stravolgendone il significato.

### 3.1. La questione di costituzionalità e la sentenza “additiva” della Corte Costituzionale.

Come è noto, le contraddizioni proprie del sistema normativo relativo alle rappresentanze nei luoghi di lavoro dopo la svolta referendaria del 1995 sull’art. 19 dello Statuto dei lavoratori hanno provocando l’implosione del modello che bene o male aveva resistito fino a quel momento, sollevando una pluralità di controversie giudiziarie e, come si è già ricordato, dando luogo alla sentenza “additiva” della Corte costituzionale, che ha interpretato la norma nel senso che il riconoscimento delle r.s.a. nell’ambito dei “sindacati firmatari” debba essere inteso in modo più inclusivo come rivolto ai “sindacati partecipanti alle trattative”. La soluzione accolta, peraltro, non ha compiutamente risolto gli interrogativi che pesano sull’intero quadro in tema di rappresentanze nei luoghi di lavoro, aprendo così la strada all’ipotesi di possibili ridefinizioni normative dell’assetto in materia, nonostante le nuove regole introdotte in via intersindacale da ultimo con il Testo Unico sulla rappresentanza del gennaio 2014 (v. *infra par.5*).

Il mutamento di opinione rispetto all’orientamento assunto nella precedente giurisprudenza, che aveva salvato la legittimità della disposizione uscita dal referendum del 1995, è ampiamente argomentato dalla Corte costituzionale sulla base delle trasformazioni che hanno investito il sistema delle relazioni industriali, ed in particolare l’emersione dei contratti collettivi separati. Essa ha valorizzato la propria l’interpretazione precedente, secondo la quale la nozione di “ sindacati firmatari” di cui all’art. 19 implicava, comunque, la doverosa partecipazione alle trattative come base per riconoscere l’estensione del diritto alle r.s.a. anche ai sindacati che avessero partecipato alla negoziazione del contratto collettivo, allo scopo di evitare l’aporia emersa come conseguenza della vicenda Fiat, di sindacati esclusi pur essendo rappresentativi per aver manifestato il rifiuto a sottoscrivere il contratto collettivo, attuando così una violazione palese del principio di libertà sindacale riconosciuto dal primo comma dell’art.39 della Costituzione.

Del resto, la dottrina più avveduta aveva già da tempo sottolineato il rischio insito nel subordinare la fruizione dei diritti sindacali in azienda alla disponibilità a sottoscrivere o meno un contratto collettivo da parte di un sindacato, sommando pertanto il conflitto per l’affermazione del proprio riconoscimento in quanto organizzazione sindacale con quello relativo alla tutela dell’interesse collettivo dei lavoratori. Una volta emersa la questione, si era tuttavia sostenuto che un’interpretazione costituzionalmente orientata avrebbe permesso di superare il rischio connesso ad un’interpretazione meramente letterale della disposizione, pur essendovi dubbi sulla correttezza di questa soluzione, in adesione alla giurisprudenza di merito che ha sollevato l’eccezione di costituzionalità (Ghera 2013). Non era tuttavia facilmente prevedibile la soluzione che avrebbe assunto la Corte, e non è mancato chi temeva il rischio di una pronuncia di illegittimità della norma con conseguente abrogazione e vuoto normativo, pur essendo nota la scarsissima propensione in tal senso già emergente dalle precedenti pronunce (Ricci 2012).

### 3.2. Il confronto dottrinale dopo la sentenza.

L'articolazione del panorama dottrinale si è mantenuta anche di fronte alla soluzione intervenuta con la sentenza additiva.

Un primo orientamento ne ha criticato le conclusioni, ritenendo preferibile una sentenza che ponesse in luce "l'aberrazione derivante dall'amputazione referendaria del criterio delle confederazioni maggiormente rappresentative", sancendo l'illegittimità del testo della disposizione e permettendo di intervenire con una modifica legislativa volta appunto a ripristinare il testo (e lo spirito) originario (Carinci 2013).

In senso diverso, ma sempre critico, si è sottolineato come la Corte costituzionale abbia emesso un enunciato in aperto contrasto con la lettera della legge, che prevede come presupposto in capo ai sindacati la qualità di "firmatari". Si imputa alla sentenza n.231 di aver permesso anche a sindacati che abbiano deciso di non essere firmatari di alcun contratto collettivo di vantare comunque la titolarità ai diritti sindacali in azienda, abbandonando il precedente orientamento secondo il quale compete al sindacato stesso decidere in merito, risolvendo nel proprio foro interno l'eventuale conflitto fra interesse dell'organizzazione e interesse collettivo, di cui dovrebbe rispondere esclusivamente nei confronti dei propri iscritti (Bollani 2013; Napoli 2014).

La maggior parte dei commentatori, tuttavia, anche chi non aveva condiviso molti atteggiamenti della Fiom (Del Punta 2013), ha difeso non solo le conclusioni ma anche il percorso argomentativo della sentenza "additiva" di garanzia (Romagnoli 2013; Lambertucci 2012, Mariucci 2012, Caruso 2012, Bellocchi 2012). In tal senso, è ritenuta particolarmente convincente l'osservazione <<del mutato scenario di relazioni sindacali e delle strategie imprenditoriali>> contenuta nella sentenza, e la ferma convinzione dell'illegittimità del comportamento Fiat per aver invocato l'art.19 allo scopo di escludere dal diritto di avere proprie rappresentanze qualunque sindacato che sia comunque forte di un effettivo consenso tra i lavoratori rappresentati, arrivandosi altrimenti, come appunto afferma la sentenza n.231, ad una eterogenesi dei fini della disposizione in oggetto (C. Cost. n. 231 p.7) che potrebbe addirittura favorire di fatto comportamenti manipolativi da parte delle imprese e collusivi da parte dei sindacati. È opinione concorde che, in tal modo, la sentenza abbia precluso qualunque possibilità di invocare per il futuro la lettera della disposizione statutaria per inferirne indebite difese di comportamenti datoriali volti in realtà ad escludere un sindacato scomodo sia dalle trattative sia dal diritto ad avere proprie r.s.a.

Altrettanto condiviso, peraltro, è il giudizio che la sentenza non sia risolutiva e un po' criptici alcuni passaggi argomentativi (Persiani 2013; Maresca 2013)). Sotto tale profilo, viene in luce il punto della motivazione secondo il quale: <<la libertà di azione sindacale ... trova a monte, in ragione di una sua acquisita rappresentatività, la tutela dell'art.28 dello Statuto nell'ipotesi di un eventuale, non giustificato, suo negato accesso al tavolo delle trattative>><sup>504</sup>.

Ma il nodo ancora più importante, in questa fase della riflessione, ha riguardato i criteri per definire quali organizzazioni possano essere considerate quali "partecipanti alle trattative", ritenendo a tal fine particolarmente utili i suggerimenti forniti al legislatore dalla sentenza quali, in primo

---

<sup>504</sup> Il rimedio dell'azione per condotta antisindacale, infatti, è indicato in tutte le situazioni nelle quali vi sia un sindacato ingiustificatamente escluso dalle trattative nonostante il possesso di una effettiva rappresentatività, che dunque assume una rilevanza autonoma, diversa da quella coincidente con la "conquista del tavolo negoziale", e non riguarda soltanto le ipotesi in cui sia la legge stessa ad individuare i soggetti negoziali. In merito mi permetto di rinviare a Scarponi 2013, e Leccese, 2013.

luogo, l'individuazione di un indice di rappresentatività a partire dal numero degli iscritti connesso ad un obbligo a trattare con i sindacati che superino una certa soglia di sbarramento.

### 3.3. La portata delle regole intersindacali e la suggestione del recepimento in legge del protocollo maggio 2013.

Secondo la sentenza, il ricorso al legislatore appare un passaggio obbligato, ma non sono mancate opinioni di diverso avviso. In tal senso, si era suggerita ((Maresca 2013) la possibilità di invocare le numerose regole di fonte intersindacale, in primis il Protocollo del maggio 2013, che nel ridisegnare in modo unitario e condiviso il funzionamento del sistema negoziale, hanno previsto impegni di misurazione della rappresentatività ai fini della legittimazione a negoziare, e delle modalità di presentazione delle piattaforme. Tale Protocollo costituisce infatti uno svolgimento evolutivo dell'AI 2011, non solo per l'impegno alla misurazione della rappresentatività ai fini dell'ammissione alle trattative e della stipulazione dei contratti collettivi, ma altresì per l'abolizione della clausola del "Terzo riservato" nella distribuzione dei seggi delle elezioni delle RSU. In questo modo, i risultati elettorali permettono una trasparenza maggiore che in passato, benchè non siano mancate perplessità riproposte anche nei confronti della successiva fase di consolidamento di tale scelta nel Testo Unico sulla rappresentanza (*infra* § 4). Si è prospettata, inoltre, la possibilità di invocare automaticamente davanti al giudice le regole poste in via intersindacale circa la soglia minima di rappresentatività per essere ammessi alle trattative quale requisito necessario e sufficiente anche ai fini della titolarità alle r.s.a., soluzione che, sia pure praticabile in via interpretativa come parametro di valutazione da parte del giudice, rischia di sottovalutare, tuttavia, la portata meramente obbligatoria delle clausole in questione che le rende non invocabili da sindacati esterni al Protocollo medesimo (Scarponi 2013).

La questione centrale diventa pertanto quella del rapporto tra ordinamento statale e ordinamento intersindacale che la stessa sentenza della Corte costituzionale non ha scartato, prospettando la possibilità di intendere l'art.19, fondato com'è sulla partecipazione alle trattative e alla firma dei contratti collettivi, quale sorta di rinvio al sistema complessivo della contrattazione collettiva, e non ad un singolo contratto collettivo. Questa soluzione è tuttavia considerata con perplessità da chi sottolinea la difficoltà di conciliarla con il pluralismo che caratterizza i rapporti intersindacali nel sistema costituzionale (Magnani 2013), escludendo pertanto la legittimità di un eventuale provvedimento legislativo di recepimento.

Altra parte della dottrina ha tuttavia ritenuto giunto il momento propizio, proprio alla luce delle soluzioni emerse in ambito intersindacale, e tenuto conto della sentenza della Corte, per procedere alla regolamentazione legislativa dell'intera materia attinente alla contrattazione collettiva e alle rappresentanze in azienda. Il dibattito più recente si è quindi sviluppato sulla falsariga descritta, da un lato discutendosi della portata e delle implicazioni delle regole poste in via intersindacale mediante il più recente Testo Unico sulla rappresentanza, sul quali si registrano consensi e dissensi; dall'altro avviando una riflessione sulla possibile disciplina legislativa culminata nella presentazione in ambito dottrinale di proposte già ben articolate da parte di due distinti gruppi di giuristi del lavoro (v. *infra* § 5).

## 4. Il Testo Unico sulla Rappresentanza fra consensi e dissensi.

Il documento elaborato in sede intersindacale nel gennaio 2014, sviluppando quanto già indicato nel Protocollo del 2013, prevede un insieme di obblighi in capo alle parti stipulanti che riguardano

in primo luogo la misurazione del livello di rappresentatività raggiunto da ciascun sindacato. Il raggiungimento della soglia minima dà luogo all'ammissione alle trattative, configurando un vero e proprio obbligo a trattare nei confronti dei datori di lavoro verso ogni sindacato che supera la soglia minima di rappresentatività, sulla scorta di quanto già avviene nel settore pubblico. Questo profilo è stato sottolineato positivamente da parte di molti (tra gli altri Scarpelli 2014; Caruso 2014) data la rinuncia alla libertà di scelta dell'interlocutore da parte del datore di lavoro, e ai conseguenti rischi di accreditamento di sindacati minoritari, nonché alla pratica degli accordi separati.

#### 4.1. La misurazione della rappresentatività per la partecipazione alle trattative e per la stipulazione dei contratti collettivi.

La partecipazione alle trattative costituisce, pertanto, un diritto, sia pure di fonte negoziale, riconosciuto sulla base della soglia minima di consenso raggiunto da ciascuna organizzazione sindacale; inoltre, fermo restando che ciascuna può presentare una propria piattaforma, in ossequio al principio di libertà e pluralismo sindacale, il datore di lavoro si impegna a negoziare sulla base di quella che unitariamente raggiunga il livello di adesioni più elevato, coniugando in tal modo il pluralismo con l'applicazione del principio maggioritario, che costituisce altresì il presupposto per l'applicazione generalizzata del contratto collettivo nei confronti di tutti i lavoratori.

Altro aspetto giudicato positivamente da molti giuslavoristi è che il consenso maggioritario in ordine alla stipulazione e all'efficacia si riallacci alla democrazia diretta, tramite la necessaria consultazione dei lavoratori quale condizione per la stipulazione, efficacia ed esigibilità dei contratti collettivi nazionali. Sul versante aziendale, ove resta ferma la soluzione già introdotta nel 2011, si è apprezzato l'abbandono della riserva del terzo nella costituzione delle r.s.u., e la regolamentazione delle ipotesi in cui un loro componente modifichi la propria appartenenza sindacale, prevenendone la decadenza. Se la capacità dimostrata dal sistema sindacale di superare la precedente situazione di anomia, e la maggiore trasparenza nella costituzione dell'organismo a livello aziendale hanno suscitato commenti adesivi dalla dottrina (Tosi 2014; Carinci 2013) non sono mancate, peraltro, perplessità dovute al rischio del venir meno del collegamento organizzativo fra rappresentanze nei luoghi di lavoro e sindacati sovraziendali, e di conseguenza del coordinamento fra contratto nazionale e contratto aziendale, che potrebbe favorire l'"aziendalizzazione delle relazioni industriali" giudicata in modo negativo perché contrastante con il modello tipico italiano.

Sotto altro profilo, è stata giudicata positivamente la maggiore inclusività del TU verso i sindacati terzi che, pur non avendolo sottoscritto, avranno diritto a partecipare alle trattative per il rinnovo del contratto nazionale, data la contraddizione che, altrimenti, si verificherebbe avendoli ammessi alla misurazione della rappresentatività (*contra* Bellocchi 2014). I fatti hanno poi dimostrato l'interesse di questi ultimi, mediante l'adesione al TU da parte dei sindacati autonomi (Asgb, Cisl, Confsal, Savt, Ugl) e la successiva sottoscrizione di analoghi Patti a contenuto identico (Confindustria – Cgil, Cisl, Uil del 10.2.2014 e AGCI, Confindustria, Confcooperative, Legacoop – Cgil, Cisl, Uil 28.7.2015).

Gli aspetti controversi del TU, viceversa, riguardano, in primo luogo, il vincolo che l'applicazione del principio maggioritario comporta nei confronti dei sindacati dissenzienti e dei loro aderenti, problema da sempre molto discusso, dato il rischio di avallare una dittatura della maggioranza (Romagnoli 2014), ancor più grave tenuto conto altresì della clausola di raffreddamento del conflitto (*v.infra* 4.3). Inoltre, resta aperta la questione se sia applicabile il principio di maggioranza

alla materia che attiene alla rappresentanza di interessi (particolarmente critico Bavaro 2014). Si tratta di argomenti che ricordano come, tradizionalmente, in materia sindacale si attribuisce valenza positiva al ricorso al conflitto, sia come supporto necessario della contrattazione collettiva sia come metodo di verifica della rappresentatività sindacale. A favore della soluzione recepita dal Testo Unico, si è tuttavia sottolineato che il sindacato dissenziente potrà far valere le proprie posizioni, anche mediante il ricorso allo sciopero nella fase precedente la stipulazione del contratto collettivo potendo, in tal modo, aggregare consensi che si rifletteranno sull'acquisizione o meno del consenso maggioritario necessario per giungere alla valida stipulazione del contratto e alla sua estensione verso tutti i lavoratori (Scarpelli 2014).

#### 4.2. I presupposti per la costituzione delle r.s.a.: perplessità e letture razionalizzanti.

Molto discusse sono altresì le regole che riguardano i presupposti per la costituzione delle r.s.a. Il raggiungimento della soglia minima del 5% non è sufficiente, infatti, a conferire alle organizzazioni sindacali che aderiscano al Protocollo il diritto a costituire proprie rappresentanze, dovendo i sindacati soddisfare altre due condizioni: aver <<contribuito alla definizione della piattaforma>> per assumere la natura di “partecipanti alle trattative” secondo l'interpretazione della Corte costituzionale dell'art.19; nonché <<aver fatto parte della delegazione trattante dell'ultimo rinnovo del Ccnl definito secondo le regole del presente accordo>>.

Le opinioni critiche (Di Stasi 2014) hanno posto in luce, in primo luogo, la differenza rispetto al sistema definito dal Protocollo del 2013 che, in modo più inclusivo, riteneva sufficiente la mera adesione al Protocollo stesso e un seguito del 5% per aver diritto a sedere al tavolo della trattativa. Tale sistema, di conseguenza, in base al contenuto che l'art.19 St.Lav. ha assunto dopo la pronuncia della Corte costituzionale, permetteva di riconoscere il diritto a costituire r.s.a. anche nei confronti dei sindacati non firmatari del contratto collettivo in quanto dissenzienti dal suo contenuto. In effetti, il requisito attualmente previsto dal TU, di aver fatto parte della “delegazione trattante” – al singolare -, potrebbe essere interpretato come esigenza che il soggetto dissenziente <<non platealizzi il suo dissenso fino a rifiutare la trattativa<sup>505</sup>>>, o addirittura che le altre organizzazioni possano escluderlo dalla delegazione se sia minoritario (Alleva 2014).

Indubbiamente, l'ambiguità che ancora caratterizza il quadro normativo dopo la sentenza n. 231 e la non chiara formulazione del testo del TU alimentano a ragione le critiche descritte e hanno indotto un rallentamento della sua applicazione concreta (Guarriello 2016). In senso contrario, tuttavia, si è osservato che se questa interpretazione dovesse prevalere, essa tradirebbe la volontà pluralista ispiratrice dell'Accordo stesso “mettendo sul piatto della formazione della piattaforma – momento fondamentale di espressione di un'autonoma valutazione degli interessi dei rappresentati – il ricatto di un'autoesclusione dall'accesso ai diritti sindacali” (Scarpelli 2014). In una logica di maggiore razionalizzazione del sistema, si è infine rilevato come dal tenore complessivo del TU si possa dedurre che ogni sindacato che raggiunga la soglia del 5% dei consensi abbia diritto di partecipare al processo negoziale, da posizione di maggioranza o di minoranza, e pertanto abbia comunque diritto a costituire le r.s.a. (Bavaro 2014). Ciò sarebbe conforme anche alla

<sup>505</sup> Ciò si desume dal Cap. 5, Parte III, secondo il quale in assenza di piattaforma unitaria i datori di lavoro sono tenuti ad avviare le trattative con le OOSS che abbiano complessivamente un livello di rappresentatività superiore al 50% +1.

lettura dell'art.19 operata nel periodo precedente al referendum da parte della Corte costituzionale, che ha esortato ad applicare la norma di sostegno sulla base della misurazione della rappresentatività effettiva delle organizzazioni sindacali.

Ancor più netta è stata, infine, la riserva manifestata da parte di alcuni giuristi nei confronti della clausola del TU che riguarda il presupposto necessario per la partecipazione alla elezione delle r.s.u. consistente nell'accettazione del complesso delle regole contenute negli Accordi interconfederali, ivi compreso il vincolo alla rinuncia al conflitto in caso di accordi maggioritari (Liso 2014).

#### 4.3. Le clausole di raffreddamento del conflitto.

È noto che il profilo riguardante le clausole di raffreddamento del conflitto, in gergo la "esigibilità" del contratto collettivo stipulato, assume nella struttura complessiva dell'assetto delineato un'importanza strategica. Secondo il T.U., spetta ai contratti nazionali di categoria l'obbligo di definire clausole di tregua e relative sanzioni in modo da evitare che, una volta stipulato, il contratto collettivo possa essere rimesso in discussione da parte dei sindacati dissenzienti mediante il ricorso al conflitto. Se ciò rappresenta un costo evidente per il sindacato che sia rimasto in minoranza, non appare secondo autorevoli opinioni in alcun modo rimessa in discussione la titolarità individuale del diritto di sciopero né la ammissibilità di azioni collettive promosse da parte di coalizioni spontanee (Liso 2014; Scarpelli 2014), ma non vi è dubbio che la questione della titolarità congiunta del diritto di sciopero sia attualmente oggetto di dibattito dottrinale (Nogler 2013, Borgogelli 2014, Romagnoli 2015).

Sotto il profilo dell'effettività della clausola, la parte veramente innovativa del Testo Unico, rispetto alla minore chiarezza del Protocollo d'Intesa 31 maggio 2013, consiste nella previsione esplicita di sanzioni a carico delle parti sindacali per comportamenti in contrasto con gli impegni assunti. Secondo alcuni, la novità è attenuata da una certa approssimazione e indeterminatezza con riguardo alla loro natura, costituita da generici "effetti pecuniari" e da altrettanto generici limiti ai diritti sindacali, la cui "temporanea sospensione" si estende da quella limitata ai "diritti sindacali di fonte contrattuale" a quella illimitata "di ogni altra agibilità derivante dalla presente intesa"; nonché, con una qualche forzatura, rispetto anche alla loro distribuzione fra le parti, perché solo i generici "effetti pecuniari" possono riguardare anche la controparte datoriale, per esempio tramite multe a diversa destinazione, ma non certo la temporanea sospensione dei diritti sindacali contrattuali e di ogni altra agibilità (Carinci 2014). Altra perplessità riguarda la mancanza di effettività delle clausole transitorie che dispongono in ordine alla costituzione di Commissioni arbitrali e di procedure in caso di mancato rispetto delle regole previste in via intersindacale, stante la loro natura obbligatoria efficace nei soli confronti delle parti stipulanti<sup>506</sup>, scelta che è, peraltro, da imputare alla ricerca di equilibrio tra le competenze interconfederali e quelle delle federazioni che ha sempre caratterizzato la stipulazione di accordi di questo tenore, come è accaduto anche con il Protocollo del 1993.

<sup>506</sup> Tali organizzazioni "sono obbligate a richiedere alle rispettive Confederazioni la costituzione di un collegio di conciliazione e arbitrato composto, pariteticamente, da un rappresentante delle organizzazioni sindacali confederali interessate e da altrettanti rappresentanti della Confindustria, nonché da un ulteriore membro, che riveste la carica di Presidente, individuato di comune accordo o, in mancanza di accordo, a sorteggio fra esperti della materia indicati in una apposita lista definita di comune accordo, entro 30 giorni, dalle parti stipulanti il presente accordo". Il Collegio dovrà entro il termine di dieci giorni dalla sua costituzione, prendere una decisione comprensiva delle "misure da applicarsi nei confronti delle organizzazioni sindacali e dei datori di lavoro in caso di inadempimento degli obblighi assunti con il presente accordo e, in particolare, dell'obbligo di farne rispettare i contenuti alle rispettive articolazioni a tutti i livelli".

#### 4.4. I limiti di efficacia del Testo Unico verso le Federazioni.

Le divergenze sul contenuto e l'interpretazione delle clausole più discusse del TU hanno originato anche una riflessione circa i limiti di efficacia giuridica degli Accordi Interconfederali. È stata prospettata la tesi che esclude effetti automatici in capo alle Federazioni, in base ai principi civilistici che regolano l'attività delle associazioni non riconosciute, nonché i rapporti fra i raggruppamenti territoriali e le singole associazioni. Queste ultime conservano la propria autonomia a determinate condizioni (Di Stasi 2014), verificatesi appunto nel caso che riguarda la Fiom rispetto alla Cgil, tenuto conto altresì delle prescrizioni statutarie di ciascuna delle due associazioni. Una conclusione condivisa altresì dalla giurisprudenza, ma in altra materia, con riferimento al rifiuto espresso, pur dopo la sentenza della Corte Costituzionale ed il Protocollo del maggio 2013, da parte della Federmeccanica di ammettere la Fiom alle trattative per il rinnovo del ccnl. Secondo il Tribunale di Roma<sup>507</sup>, la singola federazione, pur se strutturalmente collegata alla confederazione, deve ritenersi a tutti gli effetti soggetto autonomo, da cui si deduce che un Accordo Interconfederale vincola soltanto le parti firmatarie e non produce effetti diretti verso la federazione che pure le sia aderente. Tali limiti impongono, pertanto, l'espletamento complessivo della procedura sindacale di convalida dell'Accordo interconfederale, mediante accoglimento da parte delle Federazioni di categoria dei suoi contenuti, come si fece in occasione del Protocollo del 1993, quale strumento indispensabile per conferire efficacia ai suoi contenuti. La sfida riguarda pertanto i rinnovi dei prossimi contratti nazionali di categoria.

#### 5. Il dibattito dottrinale sulla opportunità e legittimità di un intervento legislativo a supporto del sistema di relazioni sindacali.

Secondo molti commentatori, la disciplina scaturente dal TU si è posta come disciplina autoconclusa e autoinclusiva che, di per sé, non richiederebbe alcuna legge per raggiungere l'efficacia generalizzata dei contratti collettivi cui aspira, e come tale giudicata scommessa ambiziosa (per tutti, Carinci 2014). I vincoli che scaturiscono nei confronti delle parti, anche quelli concernenti le rappresentanze nei luoghi di lavoro, sono liberamente accettati e pertanto non sollevano neppure questioni di compatibilità costituzionale. A tutela del pluralismo sindacale rimane salvo il diritto, in capo ai sindacati che siano rimasti estranei agli AI e al TU, di fare ricorso al giudice per rivendicare la titolarità a costituire rappresentanze nei luoghi di lavoro, ex art.19 St. Lav., qualora siano in grado di vantare la natura di sindacati partecipanti alle trattative, secondo la condizione prevista dalla citata sentenza della Corte costituzionale n. 231 del 2013 e dunque in base all'effettiva rappresentatività rivestita. Se si considera, tuttavia, l'impegno del datore di lavoro ad avviare le trattative per il rinnovo del contratto collettivo tenendo conto della piattaforma unitaria, è evidente che potranno verificarsi questioni applicative non semplici da risolvere e che approderebbero inevitabilmente davanti al giudice. La tenuta dell'accordo dipende, quindi, in larga misura dalla capacità di mantenere in vita l'impulso alla più ampia unità di azione tra le maggiori confederazioni e dalla propensione delle altre confederazioni minoritarie ad aderirvi, senza offrire un quadro solido dal punto di vista dell'effettività della regolamentazione prevista.

<sup>507</sup> T. Roma 9 maggio 2013 in *GI*, 2013, 1604 ss., con nota di Tosi.

### 5.1. Il “compito” dei giuristi e le proposte di legge avanzate in sede dottrinale.

È significativo che la prospettiva di una regolamentazione legislativa come risposta alle questioni comunque irrisolte del diritto sindacale, oltre che tramite le numerose proposte avanzate in parlamento, abbia ripreso quota in ambito dottrinale quale espressione specifica della responsabilità dei giuristi del lavoro, dando luogo a veri e propri articolati normativi elaborati da vari gruppi di studiosi di diritto del lavoro per sollecitare il dibattito in merito, quali le proposte provenienti l'una dalla rivista *Diritti lavori mercati*<sup>508</sup> e l'altra del gruppo autodefinitosi “Frecciarossa”<sup>509</sup>. Lo scopo dichiarato delle proposte, pur diverse tra loro sotto vari profili, è di fornire un supporto legislativo al sistema di regole definito in via intersindacale, sollecitando la modifica dell'orientamento dottrinale maggioritario tuttora basato sulla visione immunitaria del sistema sindacale (Persiani 2014; Tiraboschi 2014).

Già in prossimità dell'emanazione della sentenza della Corte Costituzionale n. 231/2013, l'idea di recepire le regole intersindacali poste dal Protocollo del 2013 quale attuazione dell'art.39 seconda parte (Prosperetti 2013) fu respinta, come si è ricordato sopra, non solo perché si ritiene invalicabile la differenza fra i due sistemi, statuale e intersindacale, ma anche a causa della conclusione ancora *in fieri* dell'assestamento delle regole intersindacali. Allora l'osservazione appariva fondata, dato che il Protocollo del 2013 era su molte materie ancora impreciso, ma lo è di meno dopo l'approvazione del Testo Unico sulla rappresentanza, benché il percorso di condivisione non sia ancora concluso, senza che ciò implichi alcun obbligo di recepire in modo pedissequo le regole ivi stabilite, né trascurare i nodi complessi che caratterizzano la materia.

Senza entrare nei dettagli delle differenti proposte, occorre sottolineare il diverso approccio che le caratterizza, pur nella comune convinzione della necessità di una regolamentazione legislativa, e che dipende, in parte, dall'interpretazione privilegiata dagli uni e dagli altri dello stesso art.39 Cost.

### 5.2. La proposta della rivista “Diritti, lavori, mercati”.

La proposta avanzata da *DirittiLavoriMercati* (d'ora in poi DLM) si fonda sulla lettura attualizzate della seconda parte della norma costituzionale, che rende sufficiente osservarne i principi fondamentali consistenti nel principio di democraticità dei sindacati e nella verifica preventiva della rappresentatività di ciascuno di essi, misurata in modo certo, nonché la democraticità delle procedure attraverso le quali viene conferita la rappresentanza. Ciò permette di concepire una legge che, pur basandosi sulle regole emergenti dal “Trittico intersindacale”, regoli l'intero sistema sindacale a partire dalla misurazione della rappresentatività (Rusciano 2014; Zoppoli 2014; Mariucci 2014). Essa costituisce il baricentro non solo per individuare i soggetti legittimati a negoziare, ma altresì per l'attribuzione di efficacia *erga omnes* ai contratti collettivi nazionali di categoria mediante l'obbligo nei confronti dei datori di lavoro di assicurare trattamenti non inferiori a quelli ivi stabiliti, sulla scorta della soluzione introdotta nel settore pubblico. Soluzione destinata a svolgere la funzione di assicurare un salario minimo a livello nazionale, commisurato ai diversi settori produttivi, che appare più adeguata e rispettosa dell'autonomia collettiva secondo la giurisprudenza

<sup>508</sup> La proposta è pubblicata in appendice al volume, *Una nuova Costituzione per il sistema di relazioni sindacali*, 2014, che si segnala anche per l'ampio panorama di contributi dottrinali sul tema.

<sup>509</sup> La proposta, elaborata da B. Caruso, De Luca Tamajo, Riccardo Del Punta M. Marazza A. Maresca, A. Perulli, R. Romei, F. Scarpelli, V. Speziale, è illustrata da B. Caruso 2014.

in tema di art. 36, 1 c. Cost., di quanto non sia la proposta di introdurre il salario minimo per legge entrata nel dibattito attuale.

La proposta di DLM affronta, inoltre, la regolamentazione delle rappresentanze sindacali nei luoghi di lavoro, nonché della contrattazione aziendale e decentrata, con particolare attenzione al riconoscimento di diritti di partecipazione sindacale che diviene oggetto di particolare sostegno. Uno dei punti focali riguarda, inoltre, l'abrogazione della disposizione legislativa inerente i contratti collettivi "di prossimità", che d'altronde è prevista anche dal D.d.l. di Frecciarossa, onde eliminare la più criticata delle norme contenute nelle recenti riforme. Essa si coniuga con il riconoscimento della contrattazione, anche aziendale, a carattere derogatorio della legge, in materie tassativamente individuate e che rispecchiano quelle in cui tradizionalmente è stata riconosciuta. Da ultimo, sono disciplinate le clausole di raffreddamento e le relative sanzioni nei confronti dei datori di lavoro, dei sindacati e dei lavoratori, sulla scorta di quanto deciso dal TU.

Per alcune parti la proposta segue il modello già accolto dal TU, come riguardo alla misurazione della rappresentatività delle OOSS a livello nazionale, secondo il classico mix associativo ed elettorale, e alle soglie minime di rappresentatività per la partecipazione alle trattative del contratto nazionale, con riferimento all'ambito di applicazione del contratto collettivo fino a quel momento in vigore, nonché al grado di rappresentatività necessario per l'attribuzione di efficacia *erga omnes* ai contratti collettivi nazionali. La proposta combina l'approvazione da parte di sindacati con rappresentatività superiore al 50% nel settore con lo svolgimento del referendum approvato a maggioranza da parte dei lavoratori destinatari del contratto collettivo.

Del tutto innovativa è, invece, la soluzione individuata per affrontare il problema principale che si pone in prospettiva di attribuzione di efficacia e.o. ai contratti collettivi, ovvero l'individuazione dell'ambito cui commisurare il grado di rappresentatività raggiunto da parte dei diversi sindacati. Infatti, se l'ambito contrattuale è riservato alla sola autonomia collettiva, la corretta applicazione del principio di libertà sindacale riconosciuto dall'art.39, 1 c., rischia di produrre effetti di disaggregazione da parte dei sindacati dissenzienti, con proliferazione dei contratti collettivi che insistono sulla medesima area di riferimento, senza trascurare il rischio di stipulazione dei contratti pirata. La previsione dell'efficacia *erga omnes* dei contratti collettivi nazionali diventa pertanto indispensabile, ma occorre altresì uno strumento suppletivo rispetto a quello intersindacale che permetta la determinazione del campo di applicazione di ciascun contratto collettivo, riservata in primo luogo ad accordi interconfederali stipulati da confederazioni con soglie di rappresentatività definite dalla legge stessa, secondo lo schema applicato nel settore pubblico. Il sistema suppletivo contempla un'autorità di garanzia, ovvero una commissione nominata dal Presidente del Consiglio, sull'esempio di quella che riguarda lo sciopero nei servizi pubblici essenziali, cui è demandata l'individuazione delle categorie contrattuali<sup>510</sup>.

Un altro problema cruciale, e poco dibattuto in chiave sindacale, ovvero la rappresentatività dal lato dei datori di lavoro, viene affrontato mediante il riconoscimento di una presunzione nei confronti delle associazioni datoriali stipulanti, salvo che sia avanzata una richiesta di verifica da parte

<sup>510</sup> Discutendo della proposta, M. Marazza 2014, avanza l'ipotesi di definire il perimetro per la misurazione della rappresentatività mediante la determinazione di settori produttivi che raggruppino attività omogenee, da affidare alla contrattazione collettiva esercitata dai sindacati comparativamente più rappresentativi, oppure in supplenza a un Decreto ministeriale. Il sospetto del riemergere della categoria ontologica di stampo corporativo è tuttavia molto forte.

di associazioni non firmatarie del ccnl che rappresentino almeno il 20% delle imprese che applicano il contratto collettivo, e almeno il 30% dei lavoratori del medesimo ambito.

Le regole sulla costituzione delle rappresentanze nei luoghi di lavoro e sulla contrattazione decentrata, benché molto vicine a quelle contenute nel TU sulla rappresentanza, non coincidono del tutto (Relazione alla proposta).

### 5.3. La proposta elaborata dal gruppo "Frecciarossa".

La proposta scaturita dall'elaborazione dottrinale del gruppo di Freccia Rossa si colloca in una prospettiva più contenuta, che si limita a ricercare la soluzione ai problemi attualmente più dirimenti, pur incentrando anch'essa la riforma sul grado di rappresentatività espresso da ciascun sindacato. La misurazione, basata sul consueto dato associativo ed elettorale, ha lo scopo di individuare i soggetti legittimati a negoziare i contratti collettivi nazionali, nonché di determinare quali sindacati siano da considerare come "maggiormente più rappresentativi" e/o "comparativamente più rappresentativi" secondo le formule della legislazione di rinvio, per ovviare alle lacune sul punto<sup>511</sup>. Il requisito di rappresentatività è previsto anche ai fini della valida stipulazione del contratto collettivo nazionale, ma senza investire la questione dell'estensione dell'efficacia soggettiva, che resta dunque ancorata alla cornice interpretativa ora esistente e alle regole intersindacali.

La regolamentazione dei diritti sindacali nella dimensione aziendale ha lo scopo di offrire una risposta adeguata alle questioni sorte in materia di rappresentanze nei luoghi di lavoro dopo la sentenza della Corte costituzionale sull'art.19, ma altresì alla ancor più *vexata questio* concernente l'efficacia generalizzata del contratto collettivo aziendale, e alla c.d. esigibilità del contratto collettivo, offrendo un assetto che, pur rispecchiando anche, in parte, le soluzioni già accolte in via intersindacale, intende superare le lacune che si aprono in caso di inerzia o disapplicazione<sup>512</sup>

Il quadro delle nuove regole presuppone, come la proposta avanzata da DLM, l'abrogazione dell'art.8 L. n. 148/2011. Quest'ultima norma verrebbe sostituita da una disposizione che ammette i contratti collettivi in deroga stabilendo in modo più rigoroso i fini perseguibili e le materie, in conformità a quelli individuati in sede intersindacale, prevedendo un regime differenziato a seconda che si tratti di contratti derogatori alla legge oppure derogatori al ccnl. In quest'ultimo caso, è previsto l'obbligo di rispettare i limiti indicati dal ccnl, secondo quanto già stabilito dal TU, ma la proposta ammette anche, in adesione al principio di libertà sindacale, la legittimità e validità di contratti decentrati che non osservino tali vincoli, la cui efficacia resta, tuttavia, limitata agli iscritti ai sindacati stipulanti. È consentito pertanto stipulare contratti collettivi aziendali derogatori al ccnl del settore di riferimento che non ne osservino i limiti, avendo natura di contratto

<sup>511</sup> Secondo la proposta (art.9), i contratti nazionali o territoriali o aziendali cui la legge o altra fonte faccia rinvio in chiave integrativa, derogatoria o "autorizzatoria" delle norme di legge, devono essere stipulati da sindacati che rispondano a un doppio requisito di rappresentatività, ovvero che esprimano nel loro complesso più del 50% di rappresentatività nell'ambito applicativo del contratto e che aderiscano a confederazioni con una soglia di rappresentatività superiore al 33%, onde evitare che si creino sindacati minoritari o addirittura di comodo che si ritagliano un'area contrattuale in cui sono di fatto egemoni. Nel caso in cui il rinvio sia al contratto aziendale stipulato da r.s.a. o da r.s.u. devono essere rispettate le regole per la costituzione e legittimazione dell'organismo e per l'estensione dell'efficacia erga omnes ai sensi dell'art.17 della Proposta.

<sup>512</sup> Ciò è evidente, per es., nella soluzione relativa alla c.d. esigibilità del ccnl ( art.21), che prevede il rinvio alle soluzioni stabilite dai ccnl, o in loro mancanza, l'applicazione di sanzioni verso condotte la cui rilevanza, sistematicità e reiterazione siano dirette a limitare o impedire l'esigibilità di impegni previsti dai contratti collettivi, sia che provengano dal datore di lavoro, mediante il ricorso all'art.28, già peraltro applicabile, sia che provengano dai sindacati mediante la sospensione dei contributi sindacali o altri vantaggi, sulla scorta della soluzione applicata nel PI, ma applicati direttamente dal datore di lavoro.

collettivo secondo gli schemi classici di diritto privato, con efficacia soggettiva ristretta ai soli iscritti, con il rischio, tuttavia, di alimentare la concorrenzialità tra le organizzazioni sindacali e il dumping sociale, e di instaurare un difficile coordinamento con l'applicazione della regola dell'*erga omnes*.

La proposta di legge stabilisce, infatti, l'efficacia generalizzata del contratto aziendale, senza alcuna distinzione a seconda della sua tipologia, alla sola condizione del rispetto di regole di legittimazione negoziale e di stipulazione. La giustificazione è ricondotta a ragioni storiche e sistematiche, sulla base del postulato che esclude problemi di costituzionalità in relazione alla seconda parte dell'art.39, essendo quest'ultimo da ritenere riferito al solo contratto collettivo nazionale. In merito, come si è ricordato all'inizio, sono state espresse critiche circa il fondamento di una pretesa differenza strutturale fra contrattazione nazionale e contrattazione aziendale che permetterebbe di sottrarre la seconda ai vincoli costituzionali, essendo contraddittorio, se non una vera e propria scappatoia, stabilire regole legislative per l'efficacia generalizzata del contratto collettivo aziendale e non per quello nazionale (Zoppoli 2014).

Un altro profilo estremamente dibattuto, e correlato alla misurazione della rappresentatività sindacale, riguarda la costituzione delle rappresentanze nei luoghi di lavoro, oggetto di soluzioni articolate, benché alcuni aspetti appaiono oramai condivisi dalle due diverse proposte: non solo l'abolizione del "terzo riservato" nella costituzione delle r.s.u., visto il rilievo del dato elettorale ai fini della misurazione della rappresentatività, ma anche, in modo più dirompente rispetto alla soluzione del TU, l'alternatività tra le due forme di rappresentanza nei luoghi di lavoro, pur rimanendo consolidato il modello a canale unico, sulla scorta di quello già definito dal TU sulla rappresentanza che, peraltro, a differenza di quanto stabilito dalle proposte in esame, mantiene la compresenza di entrambi gli organismi.

La maggiore complessità della proposta di Frecciarossa, che la differenzia altresì dal contenuto del TU, attiene l'individuazione dei soggetti cui spetta la scelta di decidere se costituire le r.s.a. o le r.s.u., ove si prevede una significativa apertura verso la democrazia diretta. Pur avendo privilegiato, sulla scorta del TU, i sindacati di categoria che singolarmente o congiuntamente rappresentano la maggioranza dei dipendenti dell'azienda - e non più le federazioni in modo unitario come era previsto dal Protocollo del 2013 - per affidare loro tale scelta, il D.d.l. stabilisce che, in caso tale ipotesi non si verifichi, spetti direttamente ai lavoratori, con decisione a maggioranza, scegliere quale forma di rappresentanza privilegiare nei luoghi di lavoro, e quindi alternativamente le r.s.a. o le r.s.u. (art.10)<sup>513</sup>. Ove prevalga la scelta a favore di queste ultime, potranno presentare liste sia i sindacati firmatari dei contratti nazionali sia associazioni non firmatarie se abbiano un certo seguito nell'unità produttiva, come avviene tuttora, (art.14), mentre per ciò che riguarda le r.s.a. si prevede una modifica significativa rispetto al testo attuale dell'art.19 St.Lav. con ritorno esclusivamente alla dimensione sovra-aziendale dei sindacati rappresentativi nel cui ambito esse possono essere costituite<sup>514</sup>, in cui si avverte l'eco delle opinioni che, immediatamente dopo la sentenza n.231 della Corte costituzionale, hanno espresso la necessità di riportare la legislazione di sostegno alla *ratio* originaria a favore dei sindacati rappresentativi a livello nazionale ( supra §

<sup>513</sup> Lo stesso art.10 vincola al rispetto della scelta, salvo il diritto di costituire proprie rappresentanze sindacali aziendali da parte delle associazioni dei dirigenti.

<sup>514</sup> Secondo l'art.15, possono essere costituite nell'ambito di sindacati con rappresentatività di almeno il 5% con riferimento al campo di applicazione del ccnl operante nell'unità produttiva.

3.2 ). Non vi è alcun riferimento, invece, ai requisiti più contestati introdotti in materia dal TU, e legati alla necessaria partecipazione alle trattative (*supra* § 4.2).

Non è mancata un'obiezione mossa in sede dottrinale nei confronti delle regole sulle rappresentanze nei luoghi di lavoro, motivata dalla profonda trasformazione che subirebbe sistema di relazioni sindacali se una legge regolasse direttamente le r.s.u., per due ragioni: se queste ultime diventassero una rappresentanza esclusiva ciò contrasterebbe con quanto previsto dallo stesso TU che ha mantenuto in vita comunque le r.s.a.; inoltre le stesse r.s.u. cambierebbero natura se trovasse direttamente nella legge la loro disciplina e il loro fondamento, secondo un sistema di rappresentanza che si riferisce a tutti i lavoratori in azienda, ridimensionando così in maniera evidente il ruolo e la legittimazione delle associazioni sindacali (Liso 2014; Treu 2014). Le cautele espresse da tali opinioni sono motivate anche dall'esigenza di evitare l'eventualità che il nuovo assetto induca una transizione verso un diverso modello di canale doppio di rappresentanza e un'ulteriore spinta verso l'aziendalizzazione della contrattazione collettiva, scelte che attualmente non sono proprie del panorama sindacale nel suo complesso, restio ad abbandonare il tradizionale modello del canale unico<sup>515</sup>. Vero è che l'attuale configurazione delle r.s.u. come frutto esclusivo delle regole negoziali le espone a debolezze che possono metterne a rischio la stessa sopravvivenza, come è emerso significativamente nel corso della vicenda Fiat, e non offre un quadro chiaro e giustiziabile dei diritti sindacali.

#### 5.4. La prospettiva "minimalista".

Nel panorama della riflessione condotta in sede dottrinale va sottolineata, altresì, la prospettiva condivisa dal gruppo di Astrid, e definita consapevolmente "minimalista" (Treu 2014), onde evitare i possibili contrasti con la norma costituzionale sotto molteplici profili, tra cui il fatto che la misurazione della rappresentatività è fondata su un parametro, quello elettorale, non compreso nella visione improntata al sindacato associazione che sarebbe propria del modello costituzionale (Tursi 2013, Tosi 2013, Maresca 2013). Tale orientamento, pertanto, non ritiene configurabile neppure una legge finalizzata esclusivamente al recepimento di tale parametro. L'unica legge considerata ammissibile si sostanzia nell'individuare gli strumenti per colmare le lacune prodotte dalla sentenza additiva della Corte costituzionale sull'art.19 St.Lav. Le soluzioni prospettate sono quelle già emerse storicamente in via interpretativa prima della sentenza, attribuendo al requisito dell'art.19 il significato di rinvio generale al sistema contrattuale e non al solo contratto collettivo applicato nell'unità produttiva vigente, in modo da evitare il ripetersi di vicende come quella innescata dalla Fiat. Una seconda ipotesi prevede il ritorno al criterio della rappresentatività sovra-aziendale, includendo nel nuovo art.19 St.Lav. le rappresentanze costituite nell'ambito dei sindacati comparativamente più rappresentativi alla stregua dei criteri definiti dagli accordi interconfederali.

Pur essendo indubbiamente apprezzabile il realismo che pervade la proposta, in linea di continuità rispetto alla tradizione del sistema di Relazioni industriali di valorizzazione dello storico modello della legislazione di sostegno e di rinvio alle regole intersindacali, atta dunque più di altre a vincere le remore dell'orientamento tradizionale della dottrina giuslavoristica nei confronti di un intervento eteronomo, è indubbio che le numerose questioni sul tappeto non troverebbero una

<sup>515</sup> Cella 2013, peraltro, formula l'interrogativo in merito alla persistenza o meno del *single channel* dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 231 del 2013.

soluzione definitiva. Inoltre, e questo è il profilo forse meno convincente della proposta, verrebbe lasciata inalterata anche la norma sui contratti di prossimità, quell'art.8 della l.n.148/2011 che più di altre ha innescato una frattura nei confronti del sistema di regole intersindacali.

### Conclusioni.

Come si è visto in questo lungo excursus, la dottrina gius-lavoristica ha accompagnato le diverse tappe del rivolgimento tellurico che ha investito l'intero sistema di relazioni industriali, mai così intenso come in questi ultimi anni, commentando le questioni che via via si sono manifestate sul versante legislativo, giudiziario e intersindacale, ma anche suggerendo soluzioni al legislatore.

Il panorama conferma quanto le opinioni dei giuslavoristi siano differenziate sia negli orientamenti di fondo sia nelle opinioni espresse su questioni più specifiche. I principali nodi del diritto sindacale emersi, del resto, hanno sollecitato una riflessione che, focalizzando in particolare il prisma della rappresentatività, investe molte categorie ermeneutiche consolidate: la persistenza o meno del sistema sindacale "di fatto", il contenuto del principio di libertà sindacale e del pluralismo organizzativo, il ruolo e le tecniche del legislatore nel rinvio alla contrattazione collettiva, la questione della legittimazione a negoziare e l'efficacia *erga omnes* del contratto collettivo, nonché, *last but not least*, il diritto di sciopero.

La capacità delle parti sociali di risolvere autonomamente le questioni legate alla rappresentanza e rappresentatività è stata riconosciuta in più occasioni, pur con i dubbi originati dal timore di compressioni del pluralismo sindacale, come è accaduto in merito ad alcune soluzioni, contenute nel Testo Unico sulla rappresentanza, connesse all'applicazione della regola maggioritaria. Né certo, come si è visto, si è verificato un abbandono delle posizioni dottrinali consolidate in materia di relazioni sindacali basate sulla consueta applicazione delle categorie privatistiche.

Vero è che la presentazione delle proposte di legge provenienti da due distinti gruppi di studiosi di diritto del lavoro ha rilanciato il protagonismo di una parte della dottrina convinta che sia venuto il momento di procedere verso una legge sindacale, di maggiore o minore ampiezza, per affrontare in modo adeguato i nodi non ancora pienamente risolti, e in parte neppure risolvibili, in via esclusivamente negoziale, aprendo così, la strada alla possibilità di una stagione che ricorda, per certi versi, quella in cui si procedette all'elaborazione delle regole in materia di sciopero nei s.p.e.

Si tratta di un approccio non rifiutato sul versante intersindacale, dove si è potuto constatare che l'applicazione del Testo Unico sulla rappresentanza avviene lentamente, pur essendo in atto un processo di estensione mediante l'adesione di altri sindacati, la sottoscrizione di altri accordi di contenuto analogo, come si è visto sopra, e la stipulazione della convenzione con l'INPS per la raccolta dei dati. La maggiore apertura dei sindacati ad eventuali regole normative in materia sindacale è probabilmente dovuta anche alle novità intervenute con l'emanazione del c.d. Jobs Act e dei decreti attuativi che hanno ridimensionato il ruolo del sindacato, sia per l'assenza di concertazione sia per il contenuto della riforma di cui varie norme rafforzano per molti aspetti il potere unilaterale del datore di lavoro o dell'autonomia individuale nella gestione del rapporto individuale di lavoro, come rilevato da molti commentatori (per tutti, Guarriello 2016, Romagnoli 2016).

Sotto altro profilo, la proposta di introdurre il salario minimo legale ha riattizzato la discussione sui rischi che ne deriverebbero nei confronti della contrattazione collettiva e dell'applicazione del

meccanismo di estensione dei minimi contrattuali basato sulla giurisprudenza che fa leva sull'art.36, 1c. Cost, benchè l'attuale formulazione della norma in materia faccia propendere per la sua portata limitata ai soli settori non coperti dalla contrattazione collettiva. Infine, occorre considerare l'accordo aziendale stipulato nel 2015 in FCA che ha riconfermato la volontà dell'azienda di mantenere la propria autonomia dalla struttura complessiva della contrattazione, varando proprie regole sulla titolarità congiunta del diritto di sciopero.

In questo quadro, il recente documento "Un moderno sistema di relazioni industriali. Per un modello di sviluppo fondato sull'innovazione e la qualità del lavoro" approvato dalle tre maggiori confederazioni nel gennaio 2016, di estrema importanza dal punto di vista della conferma dell'unità sindacale, tende al ribadire in primo luogo il rilievo della contrattazione collettiva ed a riconfermarne la struttura bipolare nel nostro sistema di relazioni industriali. È significativo e di portata storica, peraltro, l'esplicito invito all'attuazione dell'art.39 Cost. per conferire efficacia *erga omnes* ai contratti collettivi nazionali, quale strumento per assicurare il salario minimo legale. Né minore importanza riveste la clausola dedicata alle regole (art.3), tesa a ribadire la centralità del Testo Unico del 2014, e l'opportunità di estenderne l'applicazione anche alle piccole e medie imprese, così come l'auspicio che la misurazione della rappresentatività riguardi anche le associazioni datoriali. In tale ambito l'atteggiamento verso un eventuale intervento legislativo è più cauto; non lo si invoca ma se ne prende in considerazione solo l'eventualità, e si afferma che non potrebbe che avere il medesimo contenuto del Testo Unico.

In tal senso, le posizioni emergenti dal contesto intersindacale restano diverse da quelle espresse nelle proposte di legge prima considerate, confermando come il quadro sia tuttora *in fieri*, ma suscettibile di nuovi e interessanti sviluppi, particolarmente alla luce dell'ancor più recente e importante documento della CGIL, del febbraio 2016, intitolato *Carta dei diritti universali del Lavoro. Nuovo Statuto di tutte le lavoratrici e di tutti i lavoratori*, che contiene un ampio articolato di ricodificazione dei diritti dei lavoratori, e di cui una parte specifica è dedicata all'attuazione complessiva dell'art.39. Quest'ultima dispone sia in ordine alla registrazione dei sindacati sia alla efficacia generalizzata del contratto, e crea una svolta epocale sul tema che naturalmente apre un'ulteriore fase di dibattito fra le stesse organizzazioni sindacali.

#### Riferimenti bibliografici

Angiolini V. (2011), *Opinioni a confronto: L'Accordo interconfederale del 28 giugno 2011*, in RGL, n.3,

Alleva P.G., (2011), *Opinioni a confronto L'Accordo interconfederale del 28 giugno 2011*, in RGL n.3

Alleva P.G. (2014), *I pericoli dell'Accordo interconfederale sulla rappresentanza*, in [www.dirittisocialiecittadinanza.org](http://www.dirittisocialiecittadinanza.org)

Ballestrero M.V. (2011), *Astuzie e ingenuità di una clausola singolare, in Il caso Fiat: una crisi di sistema?* LD, p.269

Barbieri M. (2012), *Contrattazione di prossimità e art.8 L.N. 148/2011*, Opinioni in RGL n. 3

Bavaro V. (2011), *Dall'archetipo al prototipo nella vicenda Fiat: nuove questioni giuridico – sindacali*, in [www.ildiariodellavoro.org](http://www.ildiariodellavoro.org) 17.1.2011

- Bavaro V. (2014), *Il principio di maggioranza nelle relazioni industriali*, in LD n.1, p.3
- Bellardi L. (2011), *Linee di tendenza*, in AAVV, *Annuario del lavoro 2011*, Viterbo, Il diario del lavoro.
- Bellocchi P., *Il «caso Fiat» davanti alla Corte costituzionale. Osservazioni sull'art. 19 dello Statuto dei lavoratori*, in RIDL, 2012 II, p. 1020
- Bellocchi P. (2014), *Divisione e unità sindacale nel Testo Unico sulla rappresentanza: le regole per la contrattazione*, in *Legge o contrattazione? Una risposta sulla rappresentanza sindacale a Corte costituzionale n.231/2013*, p.156
- Bollani A. (2013), *L'articolo 19 dello statuto dei lavoratori alla prova del caso Fiat: può la Corte costituzionale sostituirsi al legislatore?*, in DRI p. 830
- Borgogelli F: (2014), *Consenso, dissenso, conflitto collettivo. Quali prospettive per il diritto di sciopero*, in Barbera M. e Perulli A. (a cura di), *Consenso, dissenso, e rappresentanza*, Le nuove relazioni sindacali, Cedam: Padova, p.171-179
- Carabelli U. (2012), *L'accordo interconfederale del 28 giugno 2011. Opinioni a confronto*, in RGL n.3
- Carinci F. (2011), *L'Accordo interconfederale del 28 giugno 2011. Armistizio o pace?*, in ADL Carinci F. (2011), (a cura di), *Da Pomigliano a Mirafiori: la cronaca si fa storia*, con contributi di A. Accornero, E. Balletti, F. Basenghi, A. Bellavista M. Brollo, R. De Luca Tamajo, R. Del Punta, A. Lassandari, V. Leccese, F. Lunardon, S. Mainardi, R. Pessi, G. Proia, R. Salomone, G. Santoro Passarelli, A. Tursi, P. Tosi, C. Zoli, A. Zoppoli, Milano: Ipsoa
- Carinci F. (2013), *Adelante Pedro, con juicio: dall'accordo interconfederale 28 giugno 2011 al Protocollo d'intesa 31 maggio 2013 (passando per la riformulazione "costituzionale" dell'art. 19, lettera b, St.)*, in DRI, p. 598
- Carinci F. (2014), *Il lungo cammino per Santiago della rappresentatività sindacale: (dal Tit. III dello Statuto dei lavoratori al Testo Unico sulla Rappresentanza 10 gennaio 2014)*, in DRI
- Carinci F. (2014), *Alice non abita più qui*, in *Legge o contrattazione? Una risposta sulla rappresentanza sindacale a Corte costituzionale n.231/2013*
- Caruso B. (2012), *Fiom v. Fiat: Hard Cases davanti alla Consulta (a proposito dell'art. 19 dello Statuto)*, in RIDL, II, p. 1029
- Caruso B. (2014), *Testo Unico sulla rappresentanza*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" It. n. 227
- Caruso B. (2014), *Per un intervento eteronomo sulla rappresentanza sindacale. Se non ora quando?* In L. Zoppoli, A. Zoppoli, M. Delfino, op.cit. n. 38, p. 468 ss.
- Cella G.P. (2013), *Una sentenza sulla rappresentanza sindacale (o del lavoro?)*, in LD, p. 318
- Del Punta R. (2013), *L'art. 19 St.lav. davanti alla Consulta: una pronuncia condivisibile ma interlocutoria* LD, p. 328
- Id (2011) *Del gioco e delle sue regole. Note sulla sentenza Fiat*, in RIDL, II, p.1421

- De Luca Tamajo R. (2010), *Accordo di Pomigliano e criticità del sistema di relazioni industriali italiane*, RIDL, aal, p.797
- Id (2013), *Il problema dell'inderogabilità delle regole a tutela del lavoro: passato e presente*, in DLRI, 4, 732
- Di Stasi A. (2014), *Il Testo Unico sulla rappresentanza del 10 gennaio 2014 stipulato fra Cgil, Cisl, Uil*, in Opinioni a confronto, RGL, I, p. 631
- Ferraro G. (2011), *L'efficacia soggettiva del contratto collettivo*, RGL n.4
- Il caso Fiat: una crisi di sistema?* (2011), con scritti di Mariucci, Ballestrero, De Simone, Scarponi, Lassandari, Calafà, Gottardi, Tinti, Aimò, Izzi, LD n.2
- Garilli A. (2012), *L'art.8 della legge 148/2011 nel sistema delle relazioni sindacali*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT, 139
- Ghera E. (2013), *Sull'art. 19 dello Statuto dei lavoratori*, in DLRI, p. 185.
- Ghera E. (2014), *L'articolo 39 della Costituzione e il contratto collettivo*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" It, 202
- Gottardi D. (2011), *Un'azienda all'attacco delle regole del proprio paese*, in *Il caso Fiat: una crisi di sistema?*
- Il Testo unico sulla rappresentanza 10 gennaio 2014*, (2014) a cura di F. Carinci, Adapt University Press
- Guarriello F. (2016), *Crisi economica, contrattazione collettiva e ruolo della legge*, GDLRI, p.581
- Lambertucci P. (2012), *Contrattazione separata, rappresentanza sindacale nei luoghi di lavoro e incostituzionalità dell'art. 19 St. lav.*, in DLM, p. 263
- Lassandari A. (2013), *Divisione sindacale e "crescita di competitività e produttività"*, LD n.2, p.243
- Leccese V. (2012) *Il diritto sindacale al tempo della crisi. Intervento eteronomo e profili di illegittimità costituzionale*, in DLRI, p. 479.
- Leccese V. (2013), *Partecipazione alle trattative, tutela del dissenso e art. 19 dello Statuto dei lavoratori*, LD, 549
- Legge o contrattazione? Una risposta sulla rappresentanza sindacale a Corte costituzionale n.231/2013* (2014), a cura di F. Carinci, Adapt University Press
- Liso F. (2012), *Osservazioni sull'accordo interconfederale del 28 giugno 2011 e sulla legge in materia di "contrattazione collettiva di prossimità"*, WP Csdle "Massimo D'Antona" It, 157.
- F. Liso (2014), *Alcune osservazioni a proposito dell'Accordo del 10 gennaio 2014*, in Opinioni a confronto, RGL p. 641.
- Magnani M., *Rappresentatività e diritti sindacali tra autonomia collettiva e giustizia costituzionale*, in F. Carinci (a cura di), *Legge o contrattazione?*
- Marazza M. (2014), *Dall'autoregolamentazione alla legge sindacale? La questione dell'ambito di misurazione della rappresentatività sindacale*, in Zoppoli, A. Zoppoli, M. Delfino (a cura di), *Una nuova Costituzione per il sistema di relazioni sindacali*, p.331

- Mariucci L. (2011), *Un accordo e una legge contro l'accordo*, LD, 458.
- Mariucci L., *Gli eterni ritorni: dentro, fuori, oltre l'art.39 della Costituzione?*, in *Una nuova costituzione per il sistema sindacale italiano?* p. 487.
- Maresca A. a(2013), *Il contratto nazionale di categoria dopo il Protocollo di Intesa del 31 maggio 2013*, in RIDL, I, 707.
- Maresca A. b (2013), *Prime osservazioni sul nuovo art. 19 Stat lav.: connessioni e sconnessioni sistemiche*, in A. Maresca (a cura di) *Le RSA dopo la sentenza della Corte costituzionale 23 luglio 2013*, Adapt University Press, 2013
- Napoli M., Ferrante V., Corti M., Occhino A. (2012), *Nuove tendenze nelle fonti di diritto del lavoro*, Milano: Vita e Pensiero
- Napoli M. (2013), *La Corte Costituzionale "legifera" sulla Fiom nelle aziende Fiat*, LD n.4
- Nogler L. (2013), *Titolarità congiunta nel diritto di sciopero*, in WP C.S.D.L.E. M.D'Antona n.18
- Persiani M. (2011), *Osservazioni estemporanee sull'Accordo interconfederale del 2011*, ADL Persiani M. (2013), *Ancora sulla sopravvenuta illegittimità costituzionale dell'art. 19 della legge n. 300 del 1970*, in ADL, p. 1093
- Persiani M. (2014), *Ancora a favore del (solo) comma 1 dell'art.39 della Costituzione*, in *Una nuova Costituzione per il sistema di relazioni sindacali*, p. 493
- Perulli A., Speziale V. (2011), *L'art.8 della legge 14 settembre 2011, n.148 e la "rivoluzione di Agosto" del diritto del lavoro*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", IT, 132
- Prosperetti G. (2013), *Il protocollo d'intesa del 21 maggio 2013: come suggerire al legislatore l'applicazione dell'art.39*, in MGL 2013, n.7, p. 438
- Romagnoli U. (2011), *L'ambiguo compromesso del 28 giugno*, in [www.eguaglianzalibertà.it](http://www.eguaglianzalibertà.it)
- Romagnoli U. (2013), *Un verdetto della Consulta sulla legalità costituzionale*, QRS
- Romagnoli U. (2015), *La democrazia sindacale diventa disabitata*, in [www.eguaglianzalibertà.it](http://www.eguaglianzalibertà.it)
- Romagnoli U. (2016), *La paralisi del giuslavorismo progressista*, in [www.eguaglianzalibertà.it](http://www.eguaglianzalibertà.it)
- Ricci M. (2012), *Nota di commento a C. Cost. 231/2013*, in FI, I, 2519
- Rusciano M., *Introduzione. Che fare dell'art.39 della Costituzione?*, in *Una nuova costituzione per il sistema sindacale italiano ?*, p.439
- Santoro Passarelli G. (2011), *Accordo interconfederale 28 giugno 2011 e art. 8 d.l. 138/2011 conv. con modifiche in l.148/2011: molte divergenze e poche convergenze*, in ADL n.6
- Id (2014), (a cura di), *Le rappresentanze sindacali in azienda: contrattazione collettiva e giustizia costituzionale*, Atti convegno Aidlass Roma 16 settembre 2013, Napoli: Jovene Scarpelli F. (2012), *Contrattazione di prossimità e art.8 L.n. 148/2011*, in RGL n.
- Scarpelli F. (2014), *Dissensi e consensi sul TU sulla rappresentanza: un bilancio tra politica e diritto* in Opinioni, RGL 2014, 653

- Scarponi S. (2013), *La sentenza della Corte costituzionale: la quadratura del cerchio?* LD n. 4 Scarponi S. (2014), *I rinvii della legge alla contrattazione collettiva nel prisma del pluralismo sindacale*, in Barbera M. Perulli A. (a cura di), *Consenso, dissenso e rappresentanza*, Padova: Cedam Speciale
- V. (2011), *La contrattazione collettiva dopo l'Accordo del 22 giugno 2011*, in [www.nelmerito.com](http://www.nelmerito.com).
- Tiraboschi M., *La legge sindacale? Le ragioni del no*, in F. Carinci (a cura di), *Legge o contrattazione? Una risposta sulla rappresentanza sindacale a Corte Cost. n. 231/2013*, in Adapt University Press, 2014.
- Tosi P. (2013), *Il Protocollo confederale CGIL, CISL, UIL 31 maggio 2013*, in DRI, 548
- Tosi P. (2013), *L'esclusione della Fiom dalle trattative per il rinnovo del CCNL nel contesto dell'ordinamento sindacale di diritto comune*, in GI
- Tosi P. (2014), *Le nuove regole fra rappresentatività e rappresentanza sindacale tra autonomia e legge*, in *Il Testo unico sulla rappresentanza 10 gennaio 2014*, p.20
- Treu T. (2012), *L'Accordo interconfederale giugno 2011*, in Treccani, *Il libro dell'anno del diritto*, Roma: Istituto dell'Enciclopedia italiana
- Treu T. 2014, *Autoregolazione e legge nel sistema di relazioni sindacali*, in *Una nuova costituzione per il sistema di relazioni sindacali italiano*, p. 521
- Tursi A. (2013), *L'accordo del 31 maggio su rappresentanza e rappresentatività per la stipula dei contratti*, in DRI, 647
- Una nuova Costituzione per il sistema di relazioni sindacali*, (2014) a cura di Zoppoli L., Zoppoli A., Delfino M., Napoli: Editoriale Scientifica
- Vallebona V. (2011), *L'efficacia derogatoria dei contratti aziendali o territoriali: si sgretola il mito dell'uniformità oppressiva*, in Quaderni Fondazione Marco Biagi, Saggi, n.2
- Vallebona A. (2012), *Ostinazione per le r.s.a. Fiom-Cgil (ora viene proposta una questione di costituzionalità già rigettata)*, in MGL p.524
- Zoppoli L. (2014), *Una nuova Costituzione per il sistema sindacale italiano? Riflessioni introduttive*, in *Una nuova costituzione per il sistema sindacale italiano?*, p. 11

## Il diritto del lavoro nella crisi europea (a proposito di un recente volume)\*

Stefano Giubboni

1. Crisi economica e diritto del lavoro.	185
2. Crisi europea e mutamento dei paradigmi costituzionali dell'integrazione.	186
3. Crisi europea e mutamento di paradigma del diritto del lavoro italiano.	192
4. Una riflessione conclusiva.	197
Riferimenti bibliografici.	198

---

\* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 126/2016

## 1. Crisi economica e diritto del lavoro.

La crisi economica – ha osservato di recente Umberto Romagnoli (2013, 585) – «è da considerarsi un abituale compagno di viaggio del diritto del lavoro». Proprio perché costituisce un punto di snodo nevralgico nella regolazione del conflitto distributivo tra capitale e lavoro, il diritto del lavoro vive infatti da sempre «in presa diretta» i processi di trasformazione – e di crisi – del capitalismo. Per questo, nel mosaico mutevole delle istituzioni dell'economia capitalistica il diritto del lavoro è, da sempre, la tessera che più immediatamente – e più di ogni altra – risente delle crisi del sistema economico: di quelle cicliche e – a maggior ragione – di quelle strutturali (connesse, cioè, ai grandi processi di trasformazione sistemica delle economie di mercato, drammaticamente accelerati negli scenari fluidi della odierna iper-globalizzazione)<sup>516</sup>.

Anche a non voler scomodare sin troppo ovvie categorie marxiane, la correlazione strettissima tra diritto del lavoro e crisi economica costituisce, dunque, un punto di partenza originario e in un certo senso costitutivo di quella che potremmo chiamare la epistemologia minima della disciplina (Del Punta, 2013). Non è un caso che, in uno scritto profetico apparso nel 1933, alla vigilia dello sprofondamento della Germania nell'abisso totalitario, Hugo Sinzheimer avvertisse tutto il peso di questa correlazione, allorché si chiedeva quale significato avesse «il diritto del lavoro se, nel migliore dei casi, è un diritto che si applica a un'élite di lavoratori, che ha la fortuna di conservare l'occupazione, mentre cresce un cimitero economico di disoccupazione strutturale»<sup>517</sup>.

Questo stesso interrogativo si ripropone oggi non meno angosciosamente – in un contesto storico e politico che è certo completamente diverso da quello in cui lo formulava Sinzheimer, ma che appare percorso da incertezze e inquietudini collettive altrettanto destabilizzanti – ai giuristi del lavoro europei, i quali sono alle prese con una crisi che scuote alle fondamenta la tenuta stessa del progetto euro-unitario e, con esso, di quel «modello sociale europeo», di cui il diritto del lavoro costituisce, storicamente, la principale architrave politica e normativa.

La crisi esistenziale d'Europa, come nei momenti più drammatici della storia del suo Novecento (Colarizi, 2015), si è in questi mesi aggravata, e minaccia di precipitare, con il concreto rischio di collasso del sistema di Schengen, di fronte alla incapacità dell'Unione di fornire qualunque risposta collettiva e solidale nella gestione della emergenza umanitaria e migratoria alle sue frontiere orientali e meridionali. Le incertezze e le tensioni si addensano, in un clima pubblico dominato dallo smarrimento e dall'inquietudine, con sentimenti crescenti e preoccupanti di reciproca sfiducia tra gli Stati membri: secondo autorevoli osservatori, staremmo in realtà già assistendo alla disgregazione del progetto euro-unitario, con la disintegrazione – sia pure graduale – dell'Unione (Zielonka, 2015). Qualunque sia l'esito del prossimo referendum britannico, ed anche se il voto popolare comportasse la permanenza del Regno Unito all'interno dell'Unione, si aprirebbe comunque una nuova profonda linea di frattura, che, sommandosi alle molte altre già esistenti<sup>518</sup>, prima o poi finirebbe per allargarsi, visto che la nuova faglia minaccia direttamente le

<sup>516</sup> Usiamo l'espressione iper-globalizzazione nel significato chiarito in prospettiva storica da Rodrik, 2011.

<sup>517</sup> Cfr. Sinzheimer, 1933 (poi in Id. 1976), che riprendiamo qui nella traduzione proposta in Hepple, 2009, 392. È recentemente ritornato sul passo di Sinzheimer anche Treu, 2013, 597.

<sup>518</sup> Tra Nord e Sud, Est ed Ovest, creditori e debitori, tra Stati pro-austerità e paesi pro-flessibilità delle politiche di bilancio, tra posture sovraniste e neo-nazionaliste e visioni aperte della identità costituzionale nazionale, e così via. Senza considerare la sempre più accentuata traiettoria di divaricazione, se non di vera e propria divergenza conflittuale, di interessi geopolitici ed economici tra gli Stati

basi di un pilastro fondamentale del progetto di integrazione, qual è quello della libera circolazione delle persone e dei lavoratori nello spazio (un tempo) comune.

Qualunque sia la previsione sui futuri scenari della crisi europea, si è però convinti che la rilegittimazione e il rilancio del progetto politico dell'integrazione debba ripartire dalla nuova «questione sociale europea» (De Witte, 2015): dal tema di una crescita più equamente distribuita all'interno dell'Unione; dal rilancio delle politiche di coesione; dalla ripresa, su scala continentale, di un progetto democratico di inclusione della fasce sociali che sono state impoverite dalla grande recessione e quasi private del diritto al futuro<sup>519</sup>. Il diritto del lavoro – da «disciplina/sismografo» (Caruso, 2015a, 57) – costituisce da questo punto di vista uno straordinario banco di prova per misurare la profondità della crisi europea e comprendere gli effetti di «lunga durata» che essa ha già prodotto sui sistemi nazionali, oltre che per formulare qualche timida prognosi sui possibili percorsi della sua futura evoluzione (o della sua definitiva involuzione).

I saggi raccolti nel volume curato da Bruno Caruso e Giorgio Fontana, che ispira queste riflessioni<sup>520</sup>, seppure da punti di vista anche sensibilmente diversi, assolvono molto bene a questo difficile compito, spingendo lo sguardo sul futuro, senza nostalgie per l'«ordinamento perduto o eclissato»<sup>521</sup>, per prospettare percorsi di ricostruzione di nuovi fondamenti del diritto del lavoro in Europa, oltre la crisi.

## 2. Crisi europea e mutamento dei paradigmi costituzionali dell'integrazione.

Il volume non ha obiettivi precipuamente analitici, nel senso che non si propone lo scopo di fornire un'analisi organica e onnicomprensiva, a largo spettro comparatistico, delle numerose e importanti riforme introdotte negli ultimi anni nelle legislazioni nazionali del lavoro e della sicurezza sociale, in particolare nei paesi europei maggiormente investiti dalla crisi. Già disponiamo, del resto, di un'ampia letteratura giuridico-economica, anche di taglio comparato<sup>522</sup>, sugli effetti della «grande crisi» sui sistemi di diritto del lavoro e della sicurezza sociale<sup>523</sup>, in particolare di quegli

---

membri dell'Unione (e della stessa Eurozona) nello scacchiere globale, anzitutto nei rapporti con la Cina (emblematico in tal senso il dibattito in corso sul riconoscimento a tale potenza industriale dello *status* di piena economia di mercato nell'ambito della WTO). Il punto di intersezione di queste linee di faglia è ovviamente la Germania, l'egemone riluttante (e non propriamente benevolo), che, almeno sino ad oggi, ha sostanzialmente approfittato della crisi per accrescere il proprio peso economico e politico e il proprio vantaggio competitivo a scapito degli altri partner dell'Unione. Sulla nuova «questione tedesca» v. solo Habermas, 2011, e Ferrera, 2016.

<sup>519</sup> Il Governo italiano si è fatto recentemente promotore di una proposta che va, sia pure molto timidamente, in questa direzione, proponendo un rafforzamento delle capacità di coordinamento, da parte dell'Unione, delle politiche economiche e fiscali degli Stati membri della Eurozona, affiancato, però, dalla creazione di un *budget* adeguato e di strumenti comuni di stabilizzazione automatica e di gestione delle crisi economico-finanziarie a impatto asimmetrico, a partire da uno schema assicurativo europeo contro la disoccupazione. Cfr. Ministero della Economia e delle Finanze, *A Shared European Policy Strategy for Growth, Jobs, and Stability* (February 2016). Il problema di fondo è che una proposta del genere, per quanto minimale, richiederebbe, per potersi fare strada, un minimo di intesa strategica almeno tra i principali paesi dell'Unione (dando ovviamente *a priori* per scontata l'indisponibilità degli inglesi), e come minimo tra gli Stati fondatori delle Comunità europee. Un'intesa che, tuttavia, non solo non c'è oggi, ma che appare improbabile, se non impossibile, anche in futuro, per la oggettiva mancanza di una visione condivisa sul futuro dell'Unione europea.

<sup>520</sup> Caruso e Fontana, 2015.

<sup>521</sup> È ancora un'espressione di Caruso, 2016, 5.

<sup>522</sup> V. ad es. Loy, 2011; Escande Varniol *et al.*, 2012; Defraigne *et al.*, 2013; De Witte e Kilpatrick, 2014.

<sup>523</sup> Per un quadro d'insieme v. Treu, 2013; Deakin e Koukiadaki, 2013.

Stati membri dell'Unione europea che – risultandone maggiormente colpiti – hanno dovuto fronteggiarne le drammatiche conseguenze con riforme che, come avvenuto anche in Italia, hanno inciso sulle strutture portanti dei rispettivi regimi di *welfare*.

Non mancano, naturalmente, nei saggi che compongono il volume, analisi puntuali e dettagliate, anche di taglio comparato<sup>524</sup>; ma esse sono svolte – in coerenza con gli obiettivi essenzialmente teorici e ricostruttivi della ricerca – nella prospettiva che diremmo tipica del *case-study*. Si tratta, cioè, di analisi di casi, salienti e ben selezionati, considerati in quanto emblematici della traiettoria di fondo delle trasformazioni sistemiche intervenute, per effetto della crisi, nel complesso rapporto che lega gli ordinamenti nazionali del lavoro alla dinamica politico-istituzionale sovranazionale (v. già Fontana, 2014).

La questione teorica di fondo sulla quale si interrogano gli autori del volume è in che modo questo rapporto, questo nesso tra sistemi di protezione dei diritti sociali e del lavoro e dinamica integrativa (o disgregativa) europea, è mutato con la crisi, riverberandosi, con i propri irresistibili impulsi, sui sistemi nazionali; e se e in che modo, a loro volta, questi ultimi abbiano reagito a tali impulsi sovranazionali, sulla base delle proprie diverse tradizioni costituzionali. Il *focus* del volume si concentra precisamente su questo nesso ed è chiaramente individuato da Caruso e Fontana (2015, 8) nella loro introduzione con parole che meritano di essere riportate per esteso per la loro incisività: «*L'Europa – scrivono i due curatori –, oggi, definisce la natura dei nostri sistemi sociali più delle relazioni "interne" fra capitale e lavoro, sovra-determinando lo spazio giuridico-politico entro cui agiscono le soggettività in conflitto e si attua il bilanciamento degli interessi. E pertanto, o i nuovi poteri transnazionali, situati al di fuori del quadro comunitario, vengono velocemente rianodati al progetto europeista, o gli Stati (e gli interessi organizzati che vivono al loro interno), e così pure i loro ordinamenti, sono destinati a manifestarsi sempre di più come entità cedevoli, ma non già per costituire una comunità più ampia fondata sulle tradizioni costituzionali comuni quanto piuttosto per ubbidire a impulsi eteroclitici funzionali alla regolazione del mercato*».

L'assunto di fondo che viene discusso dagli autori del libro – e che in effetti attraversa (pur articolandosi in diversi approcci disciplinari) tutti i capitoli del volume – è che la grande crisi abbia determinato un duplice mutamento di paradigma. Il primo ha investito la natura, i metodi, la finalità stessa del processo integrativo europeo, che è divenuto «altro da sé», e che proprio per questo ha innescato formidabili tendenze disgregative, scavando solchi profondi tra gli Stati membri dell'Unione e all'interno della stessa Eurozona. Il secondo ha investito le categorie fondanti del diritto del lavoro novecentesco, traducendosi – in un paese come il nostro, tra i protagonisti del rigoglio costituzionale del secondo dopoguerra e di quella tendenza alla costituzionalizzazione dei diritti sociali che fu così prominente in quella fase di rinascita dell'Occidente europeo – in un pressoché totale abbandono della logica garantistica e promozionale consacrata nello Statuto dei lavoratori del 1970<sup>525</sup>.

Sotto il primo profilo, le analisi svolte dagli autori del volume (v. in particolare Spadaro, 2015; Salazar, 2015; Gambino e Nocito, 2015) paiono convergere verso conclusioni pienamente condivise anche da chi scrive<sup>526</sup>, ovvero che il nuovo diritto europeo della crisi ha generato processi

<sup>524</sup> Si vedano in particolare i saggi di Fontana, 2015a; Ricci, 2015; Durante, 2015; Rauti, 2015; Panzera, 2015.

<sup>525</sup> Sia permesso il rinvio a Giubboni, 2015.

<sup>526</sup> V. ancora – volendo – Giubboni, 2014; Joerges e Giubboni, 2014.

apparentemente contraddittori, che risultano accomunati dalla radicale messa in discussione degli originari paradigmi interpretativi e costituzionali dell'integrazione europea, senza che allo stato sia tuttavia data la possibilità di individuare modelli anche soltanto esplicativi adeguati alla irriducibile e quasi ingovernabile complessità di tali processi. Gli schemi interpretativi che abbiamo usato in passato nel tentativo – peraltro sempre arduo – di una concettualizzazione unitaria del processo di integrazione si rivelano, oggi, drammaticamente inadeguati. Come è stato incisivamente notato, «*Il binomio integrazione negativa-integrazione positiva risulta difficilmente applicabile ai fenomeni in atto, così come quello tra hard law-soft law, dato l'emergere di vincoli formali e di condizionamenti informali, di crescenti interferenze e circolarità tra modelli di riferimento europei e riforme nazionali che entrano nel circuito intergovernativo*» (Gottardi 2015, 256).

Non disponiamo però ancora di modelli euristici alternativi, capaci di restituire un ordine al cacofonico discorso europeo. Probabilmente perché quell'ordine si è infranto senza che – almeno allo stato e prevedibilmente nel prossimo futuro – ci sia data la possibilità di rintracciarne uno nuovo, dai contorni definibili «in positivo». Da un lato, si è assistito ad una strisciante de-politicizzazione delle decisioni riguardanti essenziali sfere di politica pubblica (sociale, in particolare), che – rimesse originariamente alla piena sovranità dei governi e dei parlamenti nazionali – sono oggi immerse in una fittissima trama di vincoli (procedurali e sostanziali) e di regole «tecniche», che hanno il loro centro gravitazionale nel nuovo principio super-costituzionale del pareggio di bilancio, la cui applicazione è garantita dalla supremazia del diritto euro-unitario (e non) e da un apparato sovranazionale di supervisione e controllo sanzionatorio significativamente rafforzato dal *Fiscal Compact*. Da un altro lato, questo stesso processo di «spodestamento della politica» democratica<sup>527</sup> è affidato a inediti e opachi meccanismi di *governance* – in buona parte definiti al di fuori del perimetro del metodo comunitario e dello stesso diritto dell'Unione europea –, i quali eludono i tradizionali vincoli della *rule of law* euro-unitaria, consegnando alle scelte di ristrette élites tecnocratiche ed agli esecutivi nazionali (dei paesi più forti) decisioni che, oltre a sottrarsi ad effettive forme di controllo e di *accountability* democratica e ad un adeguato vaglio parlamentare, sfuggono, per l'intrinseca caratterizzazione politico-discrezionale, alle stesse possibilità d'intervento *ex post* del sindacato giurisdizionale.

La spoliticizzazione esecutivo-tecnocratica di fondamentali decisioni pubbliche, che nella costellazione costituzionale delle origini erano saldamente riservate ai processi democratici nazionali (anzitutto quando riguardavano l'assetto dei sistemi di *welfare*), si svolge così in un contesto di strisciante de-legalizzazione e de-costituzionalizzazione delle modalità di azione e di *governance* dell'Unione. La formula del «federalismo esecutivo postdemocratico», suggerita qualche anno fa da Habermas (2011), cattura efficacemente tale duplice connotazione della nuova *governance* europea della crisi. Quella del «managerialismo» o del «liberalismo autoritario», impiegata ad esempio da Joerges (2012) e da Streeck (2015), sottolinea in modo ancor più preoccupato i tratti non democratici – la *ratio gubernativa* d'ascendenza schmittiana – della nuova *governance* economica europea.

Queste dinamiche non sono evidentemente in sé del tutto nuove: la progressiva verticalizzazione dei processi decisionali a favore degli esecutivi, con lo speculare indebolimento delle istanze de-

<sup>527</sup> Come ha scritto Supiot, 2010, 33, evocando la celebre espressione hayekiana. In termini analoghi Streeck, 2013, 124 e 138, che parla di «hayekizzazione del capitalismo europeo» e di una «democrazia [...] ormai interamente addomesticata dai mercati».

cisionali e di controllo di natura parlamentare, e la simmetrica eccedenza di potere tecno-finanziario dei terminali dell'economia globalizzata, sono fenomeni con robuste radici storiche. Si può tuttavia dire che il nuovo diritto europeo della crisi abbia radicalizzato tali tendenze, rivestendole, almeno in parte, della corazza della *primauté* sovranazionale sugli ordinamenti interni degli Stati membri dell'Eurozona. Come ha ancora efficacemente rilevato Donata Gottardi (2015, 256), «*il diritto dell'Unione europea appare sempre più spesso un vincolo e un paravento. In corrispondenza con l'esplosione della crisi economica e finanziaria che ha colpito in particolare i Paesi dell'area mediterranea, sembra essersi aperto negli stessi un processo inedito, caratterizzato da una crescente uniformità delle riforme nazionali del lavoro, realizzate mediante abbassamento dei diritti e percorsi istituzionali scarsamente democratici e poco trasparenti. L'uniformità deriva da un insieme di interventi e pressioni, delle istituzioni europee e dei governi nazionali, con una circolarità che rende sempre meno distinguibile quello che "ci chiede l'Europa" da quello che si è già concordato di farsi chiedere, quasi sempre sulla base di indicazioni provenienti soprattutto dal mondo economico, dai suoi teorici e dai suoi operatori*».

La logica operativa della nuova *governance* economica europea è d'altra parte ferocemente asimmetrica, in quanto avvantaggia strategicamente la Germania e i suoi satelliti, sui cui interessi economico-finanziari sono evidentemente modellati l'impianto del *Fiscal Compact* e più in generale gli strumenti di gestione della crisi messi in campo in questi anni (basti pensare a come è stata più di recente congegnata la cosiddetta unione bancaria). Sono in particolare Gambino e Nocito (2015, 184-185) a stigmatizzare la rottura del «principio di uguaglianza tra gli Stati membri dell'UE», in una sorta di contro-costituzione finanziaria nella quale «*lo Stato più forte a livello europeo (la Germania, sostenuta da altri Paesi) potrà sorvegliare ed imporre misure restrittive sui bilanci degli Stati deboli. Il caso greco del 2010 costituisce una chiara esemplificazione di quanto affermato; in esso infatti si evidenzia il regime concreto di disparità nei rapporti fra gli Stati membri, che supera finanche il pur discutibile metodo intergovernativo (Memorandum, sorveglianza della Troika)*».

Ciò si è tradotto in una sorta di annichilimento costituzionale di quella che eravamo soliti chiamare la dimensione sociale europea, quasi sopraffatta dalla eccedenza normativa dei principi della *governance* economico-monetaria, con la nuova *Grundnorm* del pareggio di bilancio (Lorusso, 2016). L'Europa sociale – per come era andata progressivamente rarefacendosi, dopo il vertice di Lisbona del 2000, nelle tecniche deboli del metodo aperto di coordinamento – era peraltro già stata significativamente erosa da processi di de-normativizzazione e soffriva, per questo, di evidenti *deficit* di effettività di fronte all'invadenza delle regole del mercato e agli sviluppi «reali» della *governance* economica sovranazionale (Pinelli, 2013; Salazar, 2013). Ora questa decisiva spinta alla de-costituzionalizzazione proveniente dal nuovo diritto europeo della crisi finisce per mettere fuori gioco gli stessi argini difensivi che potevano, pur a fatica, essere immaginati attorno al riconoscimento alla Carta di Nizza dello stesso valore giuridico dei Trattati ovvero intorno alle aperture alla «economia sociale di mercato» (art. 3, par. 3, TUE). Riguardata in quest'ottica, la deludente *performance* giurisprudenziale dei diritti sociali riconosciuti nella Carta di

Nizza<sup>528</sup> non sorprende, dunque, e viene, infatti, ampiamente documentata dagli autori del volume<sup>529</sup> (v. soprattutto Fontana, 2015a e Salazar, 2015). Di fronte all'inarrestabile avanzata del nuovo diritto europeo della crisi, l'ordinamento euro-unitario ha dimostrato una debolezza evidente, che rischia di mettere in discussione, prima ancora che la garanzia dei diritti fondamentali riconosciuti nella Carta di Nizza, la capacità di tenuta dello stesso controllo di legalità esercitato dalla Corte di giustizia.

Una tale inadeguatezza sistemica del diritto dell'Unione è stata svelata già dalla celebre sentenza *Pringle* sul Trattato istitutivo del Meccanismo europeo di stabilità (MES)<sup>530</sup>, nella quale si è assistito ad una vera e propria «estromissione dei paradigmi costituzionali nel discorso del giudice europeo» (Calvano, 2013, 12), il cui esito più evidente è stata la sbrigativa dichiarazione di inapplicabilità della Carta dei diritti fondamentali al complesso delle decisioni e delle azioni che, anche in futuro, potranno prendere corpo – con effetti, come è ovvio, potenzialmente molto rilevanti sulle strutture dei sistemi di *Welfare State* dei paesi membri dell'Eurozona – dentro il nuovo meccanismo permanente di aiuto finanziario. Il nuovo diritto europeo della crisi solleva, da questo punto di vista, un lancinante problema di legalità costituzionale all'interno dell'ordinamento dell'Unione, che la Corte di giustizia non appare in grado di gestire senza mettere in discussione la *ratio gubernativa* che presiede alla nuova *governance* post-democratica, essendo per questo costretta a rifugiarsi dietro interpretazioni più o meno elusive dei Trattati e della Carta dei diritti fondamentali.

La decisione che ha definito – in termini di secca inammissibilità – il procedimento *Sindicato dos Bancários do Norte e altri*<sup>531</sup> è non meno significativa di tale atteggiamento elusivo della Corte di giustizia. In quel rinvio pregiudiziale del Tribunale del lavoro di Porto, la Corte di giustizia era stata chiamata a pronunciarsi su una controversia che per la prima volta sollevava esplicitamente la questione della compatibilità con la Carta di Nizza di misure nazionali di forte compressione di diritti dei lavoratori attuate da uno Stato membro nell'ambito di politiche di risanamento dei conti pubblici «negoziare» con la *Troika*. In quel procedimento si discuteva, infatti, della compatibilità con gli artt. 20, 21 e 31 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea delle misure adottate dal Portogallo alla fine del 2010, in particolare con la riduzione degli stipendi dei pubblici dipendenti, nell'ambito degli impegni assunti da quel paese ai fini dell'accesso al sostegno finanziario dell'Unione. Con la sbrigativa ordinanza del 7 marzo 2013, la Corte si è dichiarata manifestamente incompetente a pronunciarsi sul rinvio pregiudiziale, affermando che, per come esso era stato formulato, non potesse ravvisarsi alcun concreto elemento per ritenere che la legge portoghese fosse diretta ad attuare il diritto dell'Unione.

<sup>528</sup> Cfr. più di recente Bronzini, 2016.

<sup>529</sup> L'osservazione, per la verità, può essere estesa – come pure documentano variamente i contributi del volume – all'atteggiamento complessivamente tenuto dalle stesse Corti costituzionali nazionali, le quali, come osserva in sintesi Fontana, 2015a, 133, «salvo alcuni casi, si sono mostrate molto prudenti e con grande realismo si sono astenute da atteggiamenti velleitari o poco avveduti». Resta il fatto che i pur limitati episodi di reazione costituzionale alle misure di *austerità* volti alla riaffermazione, nel bilanciamento con le contrapposte esigenze di risanamento finanziario, dei diritti sociali, di prestazione o di altra natura, provengono dalle Corti costituzionali nazionali e poggiano essenzialmente sui principi costituzionali «interni». L'esempio offerto dalle notissime e assai discusse sentenze 70 e 178 del 2015 della Corte costituzionale italiana, in tema rispettivamente di rivalutazione delle pensioni e di blocco della contrattazione collettiva nel settore pubblico, è assai eloquente.

<sup>530</sup> Causa C-370/12.

<sup>531</sup> Causa C-128/12.

Al di là delle contingenze tecniche e di contesto, quella sollevata dal giudice del lavoro di Porto è questione però destinata a riproporsi e che, infatti, si è già riaffacciata, senza peraltro ricevere risposte da parte della Corte, come pure era facile attendersi (cfr. i rilievi critici di Fontana, 2015a e più in generale Kilpatrick, 2015). La questione di fondo è, infatti, se il rigore delle politiche di condizionalità, centrali nella nuova *governance* economica e monetaria, debba entrare in qualche forma di bilanciamento o contemperamento – allo stesso livello dell'ordinamento dell'Unione – con gli obiettivi sociali sanciti dal Trattato di Lisbona (in particolare con le disposizioni di cui agli artt. 2 e 3 del TUE, anche per il tramite della clausola orizzontale prevista dall'art. 9 del TFUE), oltre che con il diritto a condizioni di lavoro eque e dignitose riconosciuto dall'art. 31 della Carta di Nizza.

Solo superando questa sorta di «sdoppiamento della legalità europea» (Chieco, 2015, 398), che spinge ad estromettere dal controllo di compatibilità con i diritti fondamentali l'ordinamento parallelo costruito dalla nuova *governance* economico-monetaria della Eurozona, potrà immaginarsi uno spazio per nuove formule di bilanciamento, oggi precluse *a priori* dalla beffarda negazione, da parte della Corte di giustizia, della esistenza d'un adeguato collegamento delle «riforme strutturali» nazionali con il diritto dell'Unione. In più punti gli autori del volume recensito suggeriscono soluzioni interpretative utili a uscire da questo cortocircuito costituzionale, spiegando le ragioni per cui è senz'altro possibile rintracciare un idoneo collegamento tra la pur eterogenea congerie di atti, vincoli, indirizzi, raccomandazioni, decisioni, prescrizioni, che costituiscono il precipitato finale della *governance* economica europea, e i provvedimenti nazionali di riforma strutturale del mercato del lavoro, che per questo possono definirsi – in un senso certo innovativo e inedito sul piano delle tecniche integrative, ma che non può apparire meno pregnante di quelli tradizionali ai fini del collegamento voluto dall'art. 51 della Carta di Nizza – come attuativi dell'eterogeneo strumentario di cui si è dotata l'Unione per conformare le politiche economiche e sociali degli Stati membri<sup>532</sup>.

Deve essere però chiaro che se non si esce da questa gigantesca ipocrisia, da questa sorta di voluto fraintendimento costituzionale che consente ai governi nazionali di farsi scudo dietro il vincolo politico e normativo europeo senza al contempo – e quasi per paradosso – consentire d'individuare un utile ancoraggio al diritto dell'Unione (ed ai valori sanciti nella Carta dei diritti fondamentali), qualunque tentativo di ritessitura di un ordine costituzionale nel discorso europeo rischia di infrangersi *in limine* sullo scoglio del pregiudiziale difetto di competenza della Corte di giustizia. Lo stesso affidamento riposto (forse con eccesso di fiducia) da Bruno Caruso sul principio di proporzionalità – come «chiave di mediazione e di dinamico equilibrio di interessi costituzionalmente rilevanti nel contesto della crisi epocale» e come «strategia più realistica per un controllo della correttezza del bilanciamento politico posto in essere dal *law maker*»<sup>533</sup> – rischia evidentemente di rimanere frustrato in partenza, senza una tale preliminare operazione di ri-costituzionalizzazione della *governance* economica europea.

Al momento non è però ancora dato scorgere segnali in questa direzione nella giurisprudenza della Corte di giustizia. A meno che non li si voglia cogliere, con considerevole slancio predittivo, nella pur cruciale sentenza *Gauweiler*<sup>534</sup>, con la quale i giudici di Lussemburgo hanno come ben

<sup>532</sup> Interessanti spunti nella stessa direzione anche in Chieco, 2015, 391 ss., spec. 399.

<sup>533</sup> Così Caruso, 2015a, rispettivamente 73 e 75.

<sup>534</sup> Causa C-62/14.

noto definito il primo insidiosissimo rinvio pregiudiziale della storia della Corte costituzionale tedesca, giudicando della legittimità comunitaria «*of the single most effective remedy to the sovereign debt crisis in the euro area: the press release of the European Central Bank on the Outright Monetary Transactions programme*» (Adamski, 2015, 1451). Certamente, la ferma riconduzione del programma OMT alla sfera della politica monetaria, e dunque al pieno mandato che sulla sua (indipendente) conduzione la BCE riceve dal TFUE, segna un punto essenziale in quella che, in un altro passo del libro, Caruso (2015a, 60) chiama la possibile costruzione di «*un originale principio di solidarietà responsabile interstatale che potrebbe essere preludio di una diversa direzione dell'European process verso una più stretta unità economica, non limitata alle politiche di bilancio, e verso un più stabile modello di government costituzionale e di ripensamento dello Stato costituzionale*».

Non sappiamo se questa sentenza prelude davvero ad un simile sviluppo, sul quale confessiamo il nostro più disincantato scetticismo; ma è indubbio che, qui in piena sintonia con *Pringle*, la Corte di giustizia abbia voluto ribadire la propria competenza esclusiva a interpretare i trattati istitutivi, difendendo tale sua essenziale prerogativa dalla sfida aperta lanciata dal *Bundesverfassungsgericht*, e per questo abbia riaffermato l'imperio del diritto dell'Unione, riconducendovi ogni strumento, anche non convenzionale, di politica monetaria, come appunto l'OMT, con il quale la BCE ritenga opportuno perseguire il proprio mandato istituzionale. Ma è difficile dire se questa decisa affermazione di principio sugli esatti confini del mondo governato dal diritto dell'Unione possa valere – al di là della straordinarietà del caso deciso dalla Corte di giustizia in *Gauweiler* – per altri ambiti della *governance* economica europea, rispetto ai quali il controllo di legalità costituzionale euro-unitaria, in funzione stavolta della tutela delle istanze riconducibili ai diritti sociali, sembra assai più difficilmente precorribile.

### 3. Crisi europea e mutamento di paradigma del diritto del lavoro italiano.

L'ampiezza e la profondità delle riforme strutturali del mercato del lavoro, attuate in questi anni sotto la pressione delle direttive impartite nell'ambito di quella pervasiva trama di vincoli politico-istituzionali che abbiamo compendiato nella formula della nuova *governance* economica europea, sono indubbiamente senza precedenti, almeno per un paese come l'Italia, come documentano molto bene gli autori del nostro volume.

È noto come tanto nei paesi che hanno dovuto fare ricorso agli strumenti di aiuto finanziario variamente congegnati dall'Unione europea a partire dal 2010<sup>535</sup>, quanto in quelli che, come l'Italia, non sono in senso proprio rientrati in programmi di *bail-out*, le misure di consolidamento fiscale e di risanamento strutturale adottate per fronteggiare la crisi dei debiti sovrani siano state – ovunque – elettivamente indirizzate ai sistemi di *welfare*, adattando ai pur diversi contesti nazionali indirizzi di *policy* fundamentalmente comuni, in quanto elaborati – benché con diverso grado di costrittività e con differenti livelli di condizionalità – nell'ambito dei nuovi meccanismi di *governance* europea della crisi economico-finanziaria. La comune ispirazione di queste misure traspare sin troppo scopertamente nelle dettagliate prescrizioni di riforma contenute nei protocolli d'intesa, che all'interno dell'Eurozona sono stati per primi sottoscritti, nel breve arco temporale del precipitare della crisi, da Irlanda, Portogallo e Grecia ai fini della concessione dei prestiti

<sup>535</sup> Una esaustiva analisi di tali strumenti, dal punto di vista costituzionale, si trova nel volume dei Tuori (Kaarlo e Klaus), 2013.

indispensabili per impedire la materializzazione del rischio di *default* di tali paesi sui mercati finanziari. Vi si esplicita un approccio rigorosamente improntato – come ha scritto Colin Crouch (2013, 17) – a un «*crude, unreconstructed neoliberalism*», ai cui canoni risponde, in forma appena più attenuata, anche la famosa lettera indirizzata nell'agosto del 2011 al Governo italiano dai presidenti (allora) rispettivamente uscenti ed *in pectore* della Banca centrale europea.

Accomunate dalla filosofia della *austerity* consacrata nel *Fiscal Compact*, le misure adottate da tali paesi hanno così inevitabilmente interessato – ancorché in modo più o meno significativo e con diversa intensità a seconda dei casi – i settori del *Welfare State* nazionale più direttamente collegati ai percorsi di riduzione della spesa pubblica di volta in volta individuati: i sistemi pensionistici e quelli sanitari; i servizi sociali di natura assistenziale e l'istruzione pubblica; i regimi retributivi, in particolare dei pubblici dipendenti, e più in generale i sistemi di contrattazione collettiva dei salari; nonché – come è emblematicamente avvenuto in Spagna e in Italia – la disciplina del mercato e del rapporto di lavoro, ed in special modo gli snodi cruciali della flessibilità («funzionale» e «numerica», «in entrata» e «in uscita»). Tutto il diritto del lavoro è stato così investito da quello che anche gli autori del volume definiscono un vero e proprio mutamento di paradigma<sup>536</sup>.

Come avverte Caruso (2015a, 59), si tratta peraltro di un mutamento che viene da lontano e che in certo senso costituisce l'onda lunga di una nuova grande trasformazione dei sistemi economici e sociali che è largamente indotta «da fattori endogeni ad ampio spettro», rispetto ai quali la piega presa negli ultimi anni dal processo di integrazione europea funge da concausa o se vogliamo da catalizzatore o acceleratore. «*Un po' ovunque, e non solo nei Paesi attanagliati dalla crisi depressiva, il paradigma lavoristico del Novecento – scrive Caruso (2015a, 57-58) – appare ormai inadeguato e insufficiente per affrontare la complessità dei problemi posti dalla globalizzazione e dalla trasformazione tecnologica e dell'organizzazione dell'impresa: disoccupazione crescente e concentrata su segmenti sociali deboli, giovani e donne innanzitutto; nuove disegualianze e nuovi conflitti orizzontali. Il diritto del lavoro del Novecento, per come è stato immaginato, e per la regolazione che presuppone, non solo in Italia, non è in grado ormai di affrontare le nuove dicotomie, senza una riconsiderazione, prima ancora che dei suoi strumenti, della sua funzione e della sua "giurisdizione"*».

Ad essere investiti in pieno dalla grande trasformazione sono anzitutto quegli stessi soggetti storici che hanno forgiato – nelle grandi lotte sociali e politiche del secolo breve – il paradigma lavoristico novecentesco. È in crisi la «forma sindacato», di certo nella sua concezione confederale di «espressione naturale della rappresentanza sociale, e quindi di una forma non solo essenziale ma addirittura costitutiva della democrazia» (Mariucci, 2015, 218), proprio perché depositaria eletta di quel nesso tra lavoro e cittadinanza e tra diritti individuali e collettivi, che è coesistente al paradigma lavoristico novecentesco, e che in Italia ricevette infatti la sua consacrazione nello Statuto dei lavoratori del 1970. Ed è in crisi – con particolare evidenza in Italia – la «forma partito»<sup>537</sup>, il quale risulta investito da una mutazione genetica che lo ha in un certo senso quasi dissociato da quella funzione di guida progettuale e di governo dei processi democratici, di cui è stato, fino ad un recente passato, il protagonista indiscusso, nel bene e nel male. Sono in definitiva entrati in crisi i grandi postulati politici e sociali, «posti a fondamento della cultura lavorista progressista,

<sup>536</sup> Ma si tratta di diagnosi ricorrente, non solo tra i critici del *Jobs Act*. V. in particolare, in senso peraltro vigorosamente critico della pseudo-modernità del *Jobs Act*, Perulli, 2015a e 2015b.

<sup>537</sup> Basti richiamare l'ampio dibattito suscitato dai recenti volumi di Revelli, 2013, e di Mancini, 2015.

e da essa per molto tempo dati per scontati», e ora invece «messi radicalmente in discussione dalla post-modernità» (Mariucci, 2015, 219; ma anche Revelli, 2013, 65 ss.).

È evidente come lo smottamento delle grandi forme di rappresentanza sociale generale e dei postulati su cui si è edificato il paradigma lavoristico del Novecento interpellino essenzialmente la cultura lavorista progressista e la sinistra. La crisi di quel paradigma, incrinando il nesso tra lavoro e cittadinanza, ha infatti «dislocato il rapporto tra la sinistra e la società, logorando sempre di più la sua capacità di rappresentare gli ultimi e consumando la coesione del suo popolo» (Cassano, 2014, 62). Come ha ancora lucidamente osservato Franco Cassano (2014, 62-63), «*in contrasto con i suoi assunti originari il sistema di protezione sociale, lungi dall'essere universalistico, ha mostrato con il passare del tempo vuoti crescenti. Vuoti che hanno prodotto nella sinistra un'acuta contraddizione tra la difesa degli strati che la sostengono elettoralmente e la necessità di allargare il fronte e recuperare il consenso perduto, specialmente tra le giovani generazioni, i lavoratori dipendenti dell'industria privata, e il popolo esteso dei lavoratori autonomi e delle piccole imprese, spesso di origine operaia, ma sempre più risucchiato nella rivoluzione passiva prodotta dal neo-liberismo della globalizzazione*».

Il tentativo di ritrovare – in un contesto sociale ed economico così radicalmente cambiato – «questa universalità perduta» (Cassano, 2014, 63), ridando rappresentanza «ai nuovi ultimi e ai nuovi esclusi» (Renzi, 2014, 167), e a tal fine innovando in modo altrettanto radicale il sistema delle garanzie sociali, costituisce perciò una sfida decisiva, vorremmo dire esistenziale, prima di tutto per la sinistra e per la cultura lavorista progressista. In questo senso, il tempo della innovazione – per citare ancora le significative parole della postfazione di Matteo Renzi alla edizione del ventennale di *Destra e sinistra* di Bobbio – definisce davvero l'unico spazio possibile della sinistra. Ma come sempre, e nel solco dell'insegnamento di Norberto Bobbio, la questione decisiva è quale innovazione, quale cambiamento e, nel nostro caso, quale paradigma innovativo per il diritto del lavoro dopo il superamento di quello novecentesco.

Gli autori del volume qui recensito non eludono questo interrogativo e formulano ipotesi diverse, dando giudizi diversi anche sul significato che, in questa discussione, deve essere inevitabilmente attribuito al *Jobs Act*, allo stesso tempo sostanza e icona mediatica del nuovo paradigma del diritto del lavoro italiano.

Chi scrive, pur avvertendo tutta l'urgenza di un cambiamento anche culturale troppe volte colpevolmente rinviato proprio dalla sinistra lavorista, si trova – in buona compagnia, per la verità<sup>538</sup> – tra i critici della pseudo-modernità del *Jobs Act*. Il cuore di questa critica è che il *Jobs Act*, lungi dall'innovare, ha in realtà largamente restaurato l'ordine pre-statutario, rimuovendo vincoli decisivi e così ripristinando il vecchio potere gerarchico di comando e controllo dell'imprenditore<sup>539</sup>,

<sup>538</sup> Tra gli stessi coautori del volume in rassegna esprimono valutazioni critiche del tutto in sintonia con quelle di chi scrive specialmente Fontana, 2015a e Salazar, 2015. Si veda anche, ultimamente, il denso saggio di Fontana, 2015b, che – a differenza degli scritti che compongono il volume, nei quali si è potuto tener conto solo della legge delega n. 183 del 2014 – può esprimere un giudizio compiuto anche sulla imponente decretazione attuativa (ovvero sui decreti legislativi 22, 23, 80, 81, 148, 149, 150 e 151 del 2015).

<sup>539</sup> In una logica restauratrice del potere privato di comando del «capo dell'impresa» (art. 2086 cod. civ.), che oltretutto contraddice l'evoluzione (essa stessa, peraltro, sin troppo enfatizzata da una retorica postmoderna che confonde spesso la realtà col *wishful-thinking*) della «forma impresa» verso moduli orizzontali, cooperativi, eterarchici, snelli o – come si dice – *smart*. Il dibattito – classico – sul rapporto tra natura dell'impresa e relazioni di lavoro si sta comunque riproponendo in direzioni originali di indubbio interesse teorico per giuslavorista (v. più di recente la mappa concettuale proposta da Barbera, 2016 e la suggestiva sintesi di Grandori, 2015).

cui viene di fatto restituita libertà di licenziare a costi ridicoli (almeno per i lavoratori neoassunti con minore anzianità, e cioè per i più giovani)<sup>540</sup>; con una «svolta liberalizzante» (Perulli 2015b, 17) che ha tradito la stessa filosofia europea della *flexicurity*, la quale non può certo dirsi recuperata sul lato delle deboli riforme del sistema degli ammortizzatori sociali e delle politiche attive del lavoro, afflitte come sono da una perdurante inadeguatezza di risorse (non solo finanziarie) dedicate e – soprattutto la seconda – da uno spaventoso *deficit* di effettività. Il contratto a tutele crescenti – ovvero l'istituto contrattuale che a partire dalla evocativa denominazione prescelta avrebbe dovuto costituire il vettore della modernizzazione del diritto del lavoro italiano nel segno della flessicurezza – è null'altro che una disciplina fortemente regressiva della tutela contro il licenziamento individuale e collettivo illegittimo, che di fatto espunge dal sistema, sia pure soltanto per i nuovi assunti a far data dal 7 marzo 2015, il diritto alla reintegrazione nel posto di lavoro e soprattutto deprime a livelli inaccettabilmente bassi, specialmente per i lavoratori con minore anzianità aziendale, l'entità dell'indennizzo conseguibile in giudizio.

Se dunque – come anche noi riteniamo – «il *Jobs Act* può essere letto come il prodotto di un cambio di paradigma normativo del diritto del lavoro», il mutamento si è tutto consumato «nell'ambito di una complessiva e profonda redistribuzione del potere sociale ed economico a vantaggio dell'impresa e del mercato, che caratterizza il meta-potere economico e la conseguente decostruzione del diritto a livello nazionale e su scala globale» (Perulli 2015a, 5). Il contratto a tutele crescenti rappresenta, da questo punto di vista, un vero e proprio manifesto ideologico – e mediatico – di quella sorta di ritirata e quasi di abdicazione del diritto del lavoro alla propria funzione normativa classica in nome di un riduzionismo economicistico che ne fa ormai una disciplina che riguarda «*non tanto l'originaria funzione di riequilibrio degli assetti di potere nel rapporto di lavoro quanto la massimizzazione del benessere secondo i postulati dell'analisi economica del diritto, o la soluzione dei gravi effetti sociali posti dalla crescente disoccupazione, o ancora la riconduzione adeguatrice degli istituti giuslavoristici al nuovo valore attribuito nella società al mercato e all'impresa*» (ancora Perulli, 2015a, 5)<sup>541</sup>. È proprio la unidimensionalità del cambiamento impresso dal *Jobs Act* a far giustamente concludere che si è di fronte ad una distorsione del modello europeo della *flexicurity* (Gottardi, 2015), a meno naturalmente di non voler considerare questa formula ossimorica null'altro che una «maschera» dietro la quale si nasconde il volto dell'ideologia neoliberista (Mariucci, 2015, 212).

Il giudizio di Bruno Caruso (2015a e soprattutto 2015b) è molto diverso, anzitutto nella disponibilità ad accettare un legame autentico con la filosofia europea della *flexicurity*. Lo stesso Caruso (2016) in una più recente occasione ha proposto un'interessante mappa delle posizioni dottrinali e quasi degli atteggiamenti mentali dei giuslavoristi italiani di fronte al *Jobs Act*, dividendo tendenzialmente il campo tra un orientamento pregiudizialmente critico, che vede nella riforma renziana una forma di neo-fordismo di ritorno e di neo-feudalesimo aziendale segnato dalla restaurazione della unilateralità del potere privato di comando dell'impresa, ed una posizione celebrativa, del tutto organica al Governo e schiacciata sulla vulgata nazionalpopolare delle virtù salvifiche della *law and economics*. Dissociandosi tanto dagli apocalittici quanto dagli integrati, Caruso si colloca nella terza via dei critici ragionevoli e costruttivi, aperti all'innovazione, che pur consapevoli dei limiti della riforma sono pronti a valorizzarne gli elementi di autentica modernizzazione

<sup>540</sup> Cfr. solo Romagnoli, 2015.

<sup>541</sup> Conforme la valutazione di Chieco, 2015, 387 e 399.

nella logica della *flexicurity* e di una aggiornata visione neo-istituzionale dell'impresa come *common*. È la prospettiva – che nel volume recensito è sostanzialmente accolta anche da Spadaro – che lo stesso Caruso riconduce all'idea di una riscoperta, assieme all'autonomia e alla libertà della persona, dei doveri di solidarietà/responsabilità, che in tempo di crisi impone di ripensare le tutele a partire da una equa distribuzione di sacrifici prima che delle risorse e delle opportunità.

Per *habitus* mentale vorremmo anche noi poterci collocare in questa prospettiva<sup>542</sup>. Condividiamo infatti pienamente i percorsi ricostruttivi del diritto del lavoro che Caruso (2015a, 62 ss.) disegna lungo tre traiettorie fondamentali: l'allargamento della sua «giurisdizione», ovvero dello spazio ri-regolato dal diritto del lavoro, e sottratto così ai puri meccanismi di mercato, nell'ottica di una piena attuazione dell'art. 35 Cost.; la rivisitazione del rapporto tra diritti e doveri di solidarietà, in un'ottica di attivazione responsabile della persona; la costruzione di forme di tutela dinamica, che favoriscano le transizioni tra una attività e l'altra, come anche i passaggi tra momenti di formazione, cura e vita professionale, secondo lo schema del «diritto facilitatore della libertà e della *capacitas* individuale». E siamo anche disposti ad ammettere che il *Jobs Act* contenga – nella sua vasta ambizione riformatrice e anzi rifondatrice del diritto del lavoro italiano – qualche elemento in questa direzione. Il completamento del disegno di riforma degli ammortizzatori sociali, in piena continuità con la legge Fornero, e il tentativo di un loro raccordo con politiche attive del lavoro degne di questo nome sono aspetti salienti senz'altro positivi di questo sforzo riformatore<sup>543</sup>.

Non può però bastare il contratto (poi assegno) di ricollocazione a traghettare il nostro sistema verso il modello europeo di *flexicurity*, né d'altro lato la rete protettiva stesa da NASPI, ASDI e DIS-COLL – per quanto moderatamente potenziata in termini di copertura soggettiva rispetto a quella della riforma del 2012 – può esser considerata un passo decisivo verso l'adozione di quel modello (v. invece Caruso e Cuttone, 2015). La nostra obiezione riguarda la marginalità e diremmo la recessività di questi momenti di innovazione sociale certamente presenti nel corpo di una riforma che rimane, tuttavia, nel suo insieme, unidirezionalmente sbilanciata verso il recupero di una vecchia visione dicotomica del diritto del lavoro, e del rapporto tra libertà e autorità, a tutto vantaggio delle ragioni dell'efficienza decisionale dell'impresa e della «fluidificazione» del mercato. Ed è significativo sottolineare che questa cifra restauratrice del *Jobs Act* caratterizza anche, e forse ancor di più, quelle parte della riforma che – a prima vista – potrebbe essere considerata «la contropartita di “sinistra” della riduzione drastica della tutela della stabilità del posto di lavoro» (Razzolini, 2016, 558), ovvero l'estensione della disciplina del lavoro subordinato ai rapporti di collaborazione che si concretino in «prestazioni di lavoro esclusivamente personali, continuative e le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente anche con riferimento al tempo e al luogo di lavoro» (art. 2, comma 1, del decreto legislativo n. 81 del 2015).

Ora, nessuno può credibilmente rimpiangere l'abrogazione della controversa figura «di mezzo» del lavoro a progetto<sup>544</sup>, disposta contestualmente a questa decisa proiezione della disciplina della subordinazione verso il vasto e multiforme territorio delle collaborazioni etero-organizzate

<sup>542</sup> Pur consapevoli che il giudizio espresso sul *Jobs Act* comporta la nostra inevitabile ascrizione alla posizione dei critici più o meno intransigenti (v. Caruso, 2016, par. 2).

<sup>543</sup> Il decreto legislativo n. 80 del 2015 sulla conciliazione vita-lavoro è, invece, null'altro che il riordino della disciplina esistente (v. Calafà, 2016).

<sup>544</sup> V. però Pallini, 2013.

dal committente anche quanto al tempo e al luogo di esecuzione della prestazione. Resta però il fatto che il legislatore compie una scelta anacronistica (Allegrì e Bronzini, 2015), che rilancia la logica dicotomica e oppositiva tra autonomia e subordinazione, riconducendo d'imperio alla disciplina (e per taluni alla stessa fattispecie) della seconda una congerie di rapporti di confine, per i quali sarebbe stata auspicabile una opzione regolativa, e prima ancora una impostazione culturale, di segno diverso e autenticamente innovatore. Come ha efficacemente osservato Adalberto Perulli (2015c, 258), invece che tracciare una linea così netta, annettendo alla subordinazione una porzione di rapporti di lavoro autonomo situati al confine, il legislatore avrebbe dovuto ragionare nella prospettiva della soglia. La soglia indica infatti *«uno spazio che supera la scansione tipologica dell'aut-aut e definisce un nuovo criterio topo-logico, dove la determinatezza del confine lascia il passo ad uno spazio che prescinde dalla presenza di barriere tipologiche, prospettandosi, e realizzandosi in termini normativi, quella situazione combinatoria tale per cui ciascuna regola, costituente l'alfabeto normativo dei singoli modelli contrattuali, si declina in ambiti non necessariamente coincidenti con quelli designati dal tipo»*.

Fuor di metafora, sarebbe stato necessario disegnare uno statuto protettivo del lavoro autonomo economicamente dipendente, o integrato nel ciclo produttivo dell'impresa, distinto da quello della subordinazione perché attento a riconoscere gli elementi di autonomia tipici di queste forme di collaborazione. Il recente disegno di legge del Governo sul lavoro autonomo non imprenditoriale (AS 2233 del 2016) fa – finalmente – un primo passo in questa direzione, ma non revocando la scelta compiuta dall'art. 2 del decreto legislativo n. 80 del 2015 non esce realmente dallo schema rigido – e di segno restauratore – che vizia, anche sotto tale aspetto, l'impostazione del *Jobs Act*.

#### 4. Una riflessione conclusiva.

Il diritto europeo della crisi ha dunque trasformato in profondità la costituzione economica dell'Unione europea in un contesto di complessiva e radicale messa in discussione – per una serie di concomitanti fattori endogeni ed esogeni – dei postulati del «paradigma lavoristico del Novecento». Il libro che ha ispirato queste note offre una mappa concettuale utile non solo per comprendere il senso di queste trasformazioni e del mutamento di paradigmi normativi che esse hanno innescato, e in parte già realizzato, ma anche per proporre itinerari ricostruttivi e di politica del diritto proiettati oltre la crisi. Il futuro del capitalismo democratico non è segnato e la deriva de-regolativa lungo la linea di un'irresistibile convergenza neoliberista non è un destino ineluttabile, come mostra l'evidenza comparata (Thelen, 2014).

Non può, però, essere ingenuamente trascurata l'oggettiva forza di pressione esercitata – in questa precisa direzione – dalla spessa intelaiatura della *governance* economico-finanziaria europea, per come è stata asimmetricamente costruita, sotto la spinta dell'emergenza, negli anni della lunga crisi. Ecco perché qualunque credibile agenda riformistica – di rilancio (e per ciò stesso di forte «modernizzazione» o «ricalibratura»<sup>545</sup>) del «modello sociale europeo», oltre la crisi – deve partire dalla questione della riforma delle istituzioni e del governo economico dell'Unione e, prima ancora, dal rilancio, su basi totalmente rinnovate (da parte di quegli Stati membri che sono

<sup>545</sup> Come preferiamo dire con Ferrera, 2016.

disposti a crederci), del progetto politico europeo attorno ai principi di coesione, solidarietà e reciproca responsabilizzazione sul comune cammino.

Anche la Commissione europea, nel promuovere la consultazione pubblica *Towards a European Pillar of Social Rights*<sup>546</sup>, sembra mostrare, sia pure tardivamente, una tale consapevolezza. È una opportunità che va colta, e per quanto sia lecito nutrire dubbi fondati sulla reale volontà di investimento politico della Commissione, la cultura lavorista progressista deve far sentire la sua voce. Il libro curato da Bruno Caruso e Giorgio Fontana ci offre già molti argomenti.

#### Riferimenti bibliografici.

Adamski D. (2015), *Economic constitution of the Euro area after the Gauweiler preliminary ruling*, in *Common Market Law Review*, pp. 1451 ss.

Allegri G., Bronzini G. (2015), *Lavoro e libertà dopo il Jobs Act. Per un garantismo sociale oltre la subordinazione*, Roma, Derive Approdi.

Barbera M. (2016), *L'idea di impresa. Un dialogo con la giovane dottrina giuslavorista*, Working Paper Centro Studi di Diritto del Lavoro Europeo «Massimo D'Antona», IT – 293/2016.

Bronzini G. (2016), *L'efficacia della Carta di Nizza alla luce dei primi 5 anni di applicazione come testo obbligatorio: cenni generali*, in R. Cosio, F. Curcuruto, R. Foglia (a cura di), *Il licenziamento collettivo in Italia nel quadro del diritto dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, pp. 1 ss.

Calafà L. (2016), *Le misure di conciliazione vita-lavoro: un quadro di sintesi*, in G. Zilio Grandi, M. Biasi (a cura di), *Commentario breve alla riforma «Jobs Act»*, Padova, Cedam, pp. 693 ss.

Calvano R. (2013), *La tutela dei diritti sociali tra meccanismo europeo di stabilità e legalità costituzionale europea*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. 3.

Caruso B. (2015a), *Nuove traiettorie del diritto del lavoro nella crisi europea. Il caso italiano*, in B. Caruso, G. Fontana (a cura di), *Lavoro e diritti sociali nella crisi europea. Un confronto fra costituzionalisti e giuslavoristi*, Bologna, Il Mulino, pp. 57 ss.

Caruso B. (2015b), *Il contratto a tutele crescenti tra politica e diritto: variazioni sul tema*, Working Paper Centro Studi di Diritto del Lavoro Europeo «Massimo D'Antona», IT – 265/2015.

Caruso B. (2016), *Impresa, lavoro, diritto nella stagione del Jobs Act*, in corso di pubblicazione in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*.

Caruso B., Cuttone M., *Verso il diritto del lavoro della responsabilità: il contratto di ricollocazione tra Europa, Stato e Regioni*, Working Paper Centro Studi di Diritto del Lavoro Europeo «Massimo D'Antona», IT – 283/2015.

Caruso B., Fontana G., a cura di (2015), *Lavoro e diritti sociali nella crisi europea. Un confronto fra costituzionalisti e giuslavoristi*, Bologna, Il Mulino.

Cassano F. (2014), *Senza il vento della storia. La sinistra nell'era del cambiamento*, Roma e Bari, Laterza.

<sup>546</sup> Cfr. la *press-release* dell'8 marzo 2016 nel sito istituzionale della Commissione.

- Chieco P. (2015), «Riforme strutturali» del mercato del lavoro e diritti fondamentali dei lavoratori nel quadro della nuova governance economica europea, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, pp. 359 ss.
- Colarizi S. (2015), *Novecento d'Europa. L'illusione, l'odio, la speranza, l'incertezza*, Roma e Bari, Laterza.
- Crouch C. (2013). *Making capitalism fit for society*. Cambridge, Polity Press.
- De Witte B., Kilpatrick C. (2014), *A comparative framing of fundamental rights challenges to social crisis measures in the Eurozone*, in *European Journal of Social Law*, n. 1-2, pp. 1 ss.
- De Witte F. (2015), *Justice in the EU. The emergence of transnational solidarity*, Oxford, Oxford University Press.
- Del Punta R. (2013), *Epistemologia breve del diritto del lavoro*, in *Lavoro e diritto*, pp. 37 ss.
- Deakin S., Koukiadaki (2013), *The sovereign debt crisis and the evolution of labour law in Europe*, in N. Countouris, M. Freedland (eds.), *Resocialising Europe in a time of crisis*, Cambridge, Cambridge University Press, pp. 163 ss.
- Defraigne J.-C. et al., a cura di (2012), *Les modèles sociaux en Europe. Quel avenir face à la crise?*, Bruxelles, Bruylant.
- Durante A. (2015), *I diritti sindacali nel circuito giurisdizionale multilivello. Un dialogo in lingue diverse*, in B. Caruso, G. Fontana (a cura di), *Lavoro e diritti sociali nella crisi europea. Un confronto fra costituzionalisti e giuslavoristi*, Bologna, Il Mulino, pp. 229 ss.
- Escande Varniol M.-C. et al., a cura di (2012), *Quel droit social dans une Europe en crise ?*, Bruxelles, Larcier.
- Ferrera M. (2016), *Rotta di collisione. Euro contro Welfare?*, Roma e Bari, Laterza.
- Fontana G. (2014), *Crisi economica ed effettività dei diritti sociali in Europa*, Working Paper Centro Studi di Diritto del Lavoro Europeo «Massimo D'Antona», INT – 104/2014.
- Fontana G. (2015a), *I giudici europei di fronte alla crisi economica*, in B. Caruso, G. Fontana (a cura di), *Lavoro e diritti sociali nella crisi europea. Un confronto fra costituzionalisti e giuslavoristi*, Bologna, Il Mulino, pp. 131 ss.
- Fontana G. (2015b), *Inderogabilità, derogabilità e crisi dell'uguaglianza*, Working Paper Centro Studi di Diritto del Lavoro Europeo «Massimo D'Antona», IT – 276/2015.
- Gambino S., Nocito W. (2015), *Crisi finanziaria e diritti fondamentali fra trasformazioni del costituzionalismo e incertezze sul futuro europeo*, in B. Caruso, G. Fontana (a cura di), *Lavoro e diritti sociali nella crisi europea. Un confronto fra costituzionalisti e giuslavoristi*, Bologna, Il Mulino, pp. 169 ss.
- Giubboni S. (2014), *Diritto e politica nella crisi del «modello sociale europeo»*, in *Politiche sociali*, pp. 133 ss.
- Giubboni S. (2015), *Trabalho e direitos: o caso italiano numa perspectiva europeia*, in *Finisterra*, n. 78/79, pp. 131 ss.

- Gottardi D. (2015), *Riforme strutturali e prospettiva europea di Flexicurity: andata e ritorno*, in *Lavoro e diritto*, pp. 239 ss.
- Grandori A. (2015), *10 tesi sull'impresa. Contro i luoghi comuni dell'economia*, Bologna, il Mulino.
- Habermas J. (2011), *Questa Europa è in crisi*, trad. it., Roma e Bari, Laterza.
- Hepple B. (2009), *Diritto del lavoro e crisi economica: lezioni dalla storia europea*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, pp. 891 ss.
- Joerges C. (2012), *Europe's Economic Constitution in Crisis*, ZENTRA Working Paper in Transnational Studies No. 06/2012, Bremen-Oldenburg.
- Joerges C., Giubboni S. (2014), *Diritto, politica ed economia nella crisi europea*, in G. Allegri, G. Bronzini (a cura di), *Il tempo delle costituzioni*, Roma, Manifestolibri, pp. 107 ss.
- Kilpatrick C. (2015), *Constitutions, social rights and sovereign debt States in Europe: a challenging new area of constitutional inquiry*, EUI Working Papers, Law 2015/34.
- Losurdo F. (2016), *Lo Stato sociale condizionato. Stabilità e crescita nell'ordinamento costituzionale*, Torino, Giappichelli.
- Loy G., a cura di (2011), *Diritto del lavoro e crisi economica. Misure contro l'emergenza ed evoluzione legislativa in Italia, Spagna e Francia*, Roma, Ediesse.
- Mancini P. (2015), *Il post partito. La fine delle grandi narrazioni*, Bologna, Il Mulino.
- Mariucci L. (2015), *Stereotipi, circolarità e discontinuità nel diritto del lavoro*, in *Lavoro e diritto*, pp. 209 ss.
- Pallini M. (2013), *Il lavoro economicamente dipendente*, Padova, Cedam.
- Panzerà C. (2015), *La «voce» del Comitato europeo dei diritti sociali*, in B. Caruso, G. Fontana (a cura di), *Lavoro e diritti sociali nella crisi europea. Un confronto fra costituzionalisti e giuslavoristi*, Bologna, Il Mulino, pp. 253 ss.
- Perulli A. (2015a), *Il contratto a tutele crescenti e la NASPI: un mutamento di «paradigma» per il diritto del lavoro*, in L. Fiorillo, A. Perulli (a cura di), *Contratto a tutele crescenti e NASPI. Decreti legislativi 4 marzo 2015, n. 22 e n. 23*, Torino, Giappichelli, pp. 3 ss.
- Perulli A. (2015b), *Il contratto a tempo indeterminato è la forma comune dei rapporti di lavoro*, in L. Fiorillo, A. Perulli (a cura di), *Tipologie contrattuali e disciplina delle mansioni. Decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81*, Torino, Giappichelli, pp. 1 ss.
- Perulli A. (2015c), *Costanti e varianti in tema di subordinazione e autonomia*, in *Lavoro e diritto*, pp. 259 ss.
- Pinelli C. (2013), *Le misure di contrasto alla crisi dell'eurozona e il loro impatto sul modello sociale europeo*, in *Rivista giuridica del lavoro*, I, pp. 231 ss.
- Razzolini O. (2016), *La nuova disciplina delle collaborazioni organizzate dal committente. Prime considerazioni*, in G. Zilio Grandi, M. Biasi (a cura di), *Commentario breve alla riforma «Jobs Act»*, Padova, Cedam, pp. 557 ss.

- Renzi M. (2014), *Lo spazio della sinistra, il tempo dell'innovazione*, postfazione a N. Bobbio, *Destra e sinistra. Ragioni e significati di una distinzione politica*, edizione del ventennale con introduzione di M.L. Salvadori, Roma, Donzelli, pp. 163 ss.
- Revelli M. (2013), *Finale di partito*, Torino, Einaudi.
- Ricci G. (2015), *La retribuzione in tempi di crisi: diritto sociale fondamentale o variabile dipendente?*, in B. Caruso, G. Fontana (a cura di), *Lavoro e diritti sociali nella crisi europea. Un confronto fra costituzionalisti e giuslavoristi*, Bologna, Il Mulino, pp. 199 ss.
- Rodrik D. (2011), *La globalizzazione intelligente*, trad. it., Roma e Bari, Laterza.
- Romagnoli U. (2013), *Diritto del lavoro e quadro economico: nessi di origine e profili evolutivi*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, pp. 585 ss.
- Romagnoli U. (2015), *L'irresistibile ascesa della licenza di licenziare*, in *Lavoro e diritto*, pp. 227 ss.
- Salazar C. (2013), *Crisi economica e diritti fondamentali – Relazione al XXVII Convegno annuale dell'AIC (Associazione Italiana dei Costituzionalisti)*, in *Rivista telematica giuridica dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, n. 4/2013.
- Salazar C. (2015), *La Costituzione, i diritti fondamentali, la crisi: «qualcosa di nuovo, anzi d'antico»*, in B. Caruso, G. Fontana (a cura di), *Lavoro e diritti sociali nella crisi europea. Un confronto fra costituzionalisti e giuslavoristi*, Bologna, Il Mulino, pp. 95 ss.
- Sinzheimer H. (1933), *Die Krisis des Arbeitsrecht*, poi in Id. (1976), *Arbeitsrecht und Rechtssoziologie. Gesammelte Aufsätze und Reden*, Frankfurt am Main/Köln, Schriftenreihe der Otto Brenner Stiftung, pp. 135 ss.
- Spadaro A. (2015), *La crisi, i diritti sociali e le risposte dell'Europa*, in B. Caruso, G. Fontana (a cura di), *Lavoro e diritti sociali nella crisi europea. Un confronto fra costituzionalisti e giuslavoristi*, Bologna, Il Mulino, pp. 15 ss.
- Streeck W. (2013). *Tempo guadagnato. La crisi rinviata del capitalismo democratico*, trad. it., Milano, Feltrinelli.
- Streeck W. (2015), *Heller, Schmitt and the Euro*, in *European Law Journal*, pp. 361 ss.
- Supiot A. (2010). *L'esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total*, Paris, Seuil.
- Thelen C. (2014), *Varieties of liberalization and the new politics of social solidarity*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Treu T. (2013). *Le istituzioni del lavoro nell'Europa della crisi*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, pp. 597 ss.
- Tuori Kaarlo, Tuori Klaus (2013). *The Eurozone crisis. A constitutional analysis*. Cambridge, Cambridge University Press.
- Zielonka, J. (2015), *Disintegrazione. Come salvare l'Europa dall'Unione europea*, trad. it., Roma e Bari, Laterza.

## La collaborazione eterorganizzata: fattispecie e disciplina\*

Antonello Zoppoli

1. L'art. 2 del d.lgs. 15 giugno 2015 n. 81: il nuovo scenario al di là del pragmatismo.	203
2. L'art. 2 e la giurisprudenza sui cc.dd. indici sintomatici della subordinazione: una norma "non apparente".	205
3. (Segue) Interpretazione-specificazione dell'art. 2094 cod. civ. e presunzione di subordinazione: né l'una né l'altra.	209
4. Ancora su eterorganizzazione (art. 2) ed eterodirezione (art. 2094 cod. civ.).	212
5. Eterorganizzazione e collaborazione ex art. 409, n. 3, cod. proc. civ.	213
6. Art. 2: nuovo ingresso nella subordinazione o tertium genus?	215
7. Eterorganizzazione e istanza sociale.	218
8. L'intervento della contrattazione collettiva ex art. 2, co. 2, lett. a): i dubbi oltre la questione della disponibilità del tipo contrattuale.	219

---

\* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 296/2016

## 1. L'art. 2 del d.lgs. 15 giugno 2015 n. 81: il nuovo scenario al di là del pragmatismo.

Le recenti profonde innovazioni del diritto del lavoro, introdotte dai decreti legislativi del 2015 attuativi della legge delega 10 dicembre 2014 n. 183 (nell'insieme denominato, con l'ennesimo mediatico ben noto anglismo, *Jobs Act*), hanno inevitabilmente interessato anche la prioritaria questione delle fattispecie di riferimento della materia e degli ambiti delle diverse tutele apprestate. Una questione sul tappeto da decenni e oggetto, in questo primo scorcio di nuovo secolo, di più interventi legislativi.

Per la precisione, con l'art. 2 del d. lgs. 15 giugno 2015 n. 81<sup>547</sup> - dove si dispone che dall'1 gennaio 2016 "si applica la disciplina del rapporto di lavoro subordinato anche" alle cc.dd. collaborazioni eterorganizzate - e con l'art. 52, co. 1, del medesimo d. lgs. - che abroga la disciplina del lavoro a progetto - il legislatore ha ridefinito i confini delle normative a protezione di coloro che prestano lavoro a favore di altri.

Introducendo la riflessione, è opportuno osservare che la subordinazione oggi, se da un lato accresce la forza attrattiva, grazie al suddetto art. 2, dall'altro, in virtù (anzitutto ma non solo) delle menzionate innovazioni, vede sensibilmente ridotta quella protettiva. Questa sorta di scambio tra l'estensione degli ambiti di applicazione delle tutele e la riduzione dei relativi contenuti - da più di un autore rilevato - ha rappresentato in effetti la cifra del *Jobs Act*. Invero, in riferimento all'art. 2, l'iniziale intento era meno "pretenzioso", giacché l'originaria fattispecie di riferimento era sensibilmente più ristretta (v. *infra* par. 4); ma il testo finale l'ha potenzialmente ampliata, dando allo scambio altro peso. Nondimeno, la riduzione di profili basilari della normativa di tutela - *in primis* di quella contro il licenziamento ingiustificato - fa sì che, per la subordinazione, lo scambio abbia tutta l'aria di continuare a essere in perdita. Come dire, l'alternativa "autonomia-subordinazione", oggi, presenta un significato diverso rispetto al passato. Ciò, evidentemente, spiega, almeno in parte, anche l'espansione della subordinazione.

Premesso questo, è indubbio che lo scenario al momento appare articolato e non ben definito.

Invero, come meglio vedremo in seguito, il legislatore ha confermato l'impostazione giuridica tradizionale - mai immune da critiche - secondo cui il bisogno di tutela del lavoratore è conseguenza del tipo di relazione intrattenuta con l'organizzazione per la quale il lavoro è svolto. Anzi, si potrebbe dire che l'impostazione tradizionale risulta finanche rafforzata, giacché è stata eliminata la presenza (rivelatasi quindi fugace) di quelle prime indicazioni di carattere (non solo ma di certo<sup>548</sup>) immediatamente economico introdotte nell'ambito di un "gioco di presunzioni"<sup>549</sup> dalla l. 28 giugno 2012 n. 92 (cd. riforma Fornero).

<sup>547</sup> D'ora in poi, per comodità d'esposizione, art. 2.

<sup>548</sup> Ne sottolinea il rilievo in termini comunque di dipendenza organizzativa PALLINI, *Il lavoro economicamente dipendente*, Cedam, 2013, p. 90. Più in generale, sulla dipendenza economica in relazione a particolari forme di lavoro autonomo, anche in chiave comparata - soprattutto in riferimento all'esperienza spagnola e tedesca - cfr., da ultimo, PERULLI, *Il lavoro autonomo, le collaborazioni coordinate e le prestazioni organizzate dal committente*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT-272/2015, pp. 8 e 48; RAZZOLINI, *La nuova disciplina delle collaborazioni organizzate dal committente. Prime considerazioni*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT-266/2015, p. 16; TREU, *In tema di Jobs Act. Il riordino dei tipi contrattuali*, in GDLRI, 2015, p. 170; MAGNANI, *Autonomia, subordinazione, coordinazione nel gioco delle presunzioni*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT-174/2013, p. 4.

<sup>549</sup> MAGNANI, *op. cit.*, p. 7, criticamente sul punto e anche sull'esperienza del lavoro a progetto, riprendendo un'opinione assai diffusa in dottrina. In termini almeno parzialmente diversi, PALLINI, *op. cit.*, p. 86.

A essere mutato, pure sensibilmente, è invece il nuovo impianto delle tutele del lavoro a favore altrui, ridefinito dal nuovo art. 2 e dall'abrogazione della disciplina del lavoro a progetto, alla quale si accompagna il "ritorno" dell'art. 409, n. 3, cod. proc. civ. (art. 52 d. lgs. n. 81/2015), nella sua originaria impostazione e in barba alle indicazioni, sia pur generiche, di segno diverso fornite dalla legge delega n. 183/2014<sup>550</sup>. In estrema sintesi, riepilogando, il legislatore a inizio secolo (con il d. lgs. 10 settembre 2003 n. 276) aveva disegnato un quadro in cui, alle norme del codice civile sul lavoro autonomo - *in primis* l'art. 2222 -, si affiancavano: da un lato, la disciplina del lavoro a progetto, con la marginalizzazione delle collaborazioni di cui all'art. 409, n. 3, cod. proc. civ.<sup>551</sup>; dall'altro lato, la disciplina del lavoro subordinato, sostanzialmente intatta nelle linee che ne avevano ispirato lo sviluppo sin dagli anni '60. Quindi, schematizzando, prima del *Jobs Act* si era dinanzi a: 1) un'area sguarnita di particolari regole, il lavoro autonomo *tout court*; 2) al suo interno, un ambito provvisto di qualche debole peculiare tutela - oltre a quelle essenzialmente processuali e previdenziali di cui alle collaborazioni *ex art.* 409, n. 3, cod. proc. civ. -, il lavoro a progetto; 3) una terza area, "garantita" - benché alle prese con la prima ma incerta "tempesta" prodotta dalla "riforma Fornero" delle regole sul licenziamento -, la subordinazione. Adesso il quadro normativo, con l'eliminazione del lavoro a progetto, registra un'alternativa non solo più secca, ma anche assai cambiata nei suoi termini: "subordinazione", estesa ma fortemente indebolita dal *Jobs Act*, *vs.* "autonomia"; e all'interno della seconda l'unico segmento da considerare ai nostri fini è di nuovo quello del redivivo art. 409, n. 3, cod. proc. civ., dalla disciplina davvero assai scarna. Alternativa, dunque, palesemente contraddistinta da un marcato e complessivo spostamento verso l'interesse di chi gestisce il lavoro.

Il nuovo scenario investe naturalmente la *realtà* delle relazioni di lavoro, ma con un respiro *giuridico* piuttosto ampio.

Tra i primi commentatori, più d'uno ha posto l'accento sull'immediata valenza pragmatica e antielusiva dell'art. 2<sup>552</sup>, destinato a operare - si rileva sovente - nella cd. zona grigia tra autonomia e subordinazione: semplificando le operazioni qualificatorie delle relazioni di lavoro e arginando la fuga dalla subordinazione, in atto da qualche decennio. Con ogni probabilità, questa sarà l'iniziale e più immediata conseguenza della norma, certo ispirata dal passato ma inevitabilmente rivolta al futuro. Da questo punto di vista sarà importante verificare - è appena il caso di notarlo - l'effettivo spazio che occuperanno le collaborazioni contemplate nell'art. 409, n. 3, cod. proc. civ.; esito sul quale avrà naturalmente un ruolo non secondario la giurisprudenza. Sull'argomento si dirà qualcosa in seguito. Per il momento, preme sottolineare che, se i vincoli posti dal contratto di lavoro subordinato - in primo luogo "in uscita" - sono oggi di certo assai ridotti, non è da escludere che la scarna disciplina delle collaborazioni di cui all'art. 409, n. 3, cod. proc. civ. possa tornare a essere una tentazione per chi deve avvalersi di un determinato genere di prestazioni di lavoro<sup>553</sup>. A venir in rilievo, in questa circostanza, non è la tanto rinomata e dibattuta correlazione "riduzione delle tutele-incremento dell'occupazione" (rinvenibile nell'*incipit* dell'art. 1, co. 7, della

<sup>550</sup> V. art. 1, co. 2, lett. b), n. 3) e co. 7, lett. g), l. n. 183/2014.

<sup>551</sup> Il cui campo di applicazione, come noto, era ridisegnato e delimitato dagli artt. 1, co. 2, e 61, co. 3, del d. lgs. n. 276/2003.

<sup>552</sup> V., ad esempio, FERRARO, *Collaborazioni organizzate dal committente*, in *RIDL*, in corso di pubblicazione, p. 1; PESSI, *Il tipo contrattuale: autonomia e subordinazione dopo il Jobs Act*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT-282/2015*, p. 10; MAGNANI, *Autonomia, subordinazione, coordinazione nel d. lgs. n. 81/2015*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT-294/2016*, p. 22.

<sup>553</sup> Come ricorda di recente MAGNANI (*Autonomia, subordinazione, coordinazione nel d. lgs. n. 81/2015*, cit., p. 22), le restrizioni introdotte dalla l. n. 92/2012 al lavoro a progetto e l'innalzamento dell'aliquota contributiva hanno negli ultimi anni ridotto sensibilmente il ricorso alle collaborazioni coordinate e continuative.

legge delega n. 183/2014), bensì la "qualità" del lavoro, in ragione del rischio di un possibile significativo disincentivo a stipulare contratti di lavoro subordinato (segnatamente "a tutele crescenti"), il cui incremento costituisce invece uno dei "principi e criteri direttivi" della delega (art. 1, co. 7, lett. b): in breve, il *Jobs Act* estende i confini dello statuto protettivo della subordinazione dopo averne significativamente ridotto i contenuti e, al contempo, ravviva esperienze normative all'origine della fuga dalla subordinazione. Superfluo osservare che di tali possibili dinamiche si potrà avere piena contezza e seriamente discutere soltanto quando sarà finito il periodo di agevolazioni contributive previste per le assunzioni con il contratto di lavoro a tutele crescenti<sup>554</sup>.

Comunque sia, questi primi possibili concreti effetti di certo sono da inserire - come dicevo - in una visuale giuridica assai ampia: di carattere dogmatico e assiologico, oltre che sistematico. Le novità infatti toccano, del diritto del lavoro, concetti e categorie, valori-principi e conseguenti bilanciamenti, ambiti e interrelazioni normative. Ed è da questa visuale che cresce l'interesse del giurista, chiamato al compito (per lui, proprio) di armonizzare l'ordinamento nelle sue interrelazioni con la realtà.

Il dibattito, com'era facile prevedere, benché solo agli inizi è già vasto e contraddistinto da opinioni molteplici e spesso distanti, anche su aspetti centrali<sup>555</sup>. Si è arricchito, da ultimo, della circolare del Ministero del lavoro e delle Politiche sociali n. 3/2016 dell'1 febbraio 2016.

È tempo allora di addentrarci nell'analisi.

## 2. L'art. 2 e la giurisprudenza sui cc.dd. indici sintomatici della subordinazione: una norma "non apparente".

L'attenzione della dottrina si è rivolta in assoluta gran parte verso le caratteristiche del rapporto contemplato dall'art. 2 *al fine* dell'applicazione della disciplina del lavoro subordinato: quindi *prima* di tale applicazione e, potremmo dire (riservandoci di precisarne in seguito la portata), della *trasformazione normativa* dalla stessa determinata. La distinzione non è affatto da trascurare, come meglio vedremo.

Cominciamo con il *prima*.

Il dibattito può, schematizzando, riassumersi intorno a due tesi.

Una tesi muove dall'inesistenza del potere direttivo nel rapporto contemplato dall'art. 2 e ritiene, di conseguenza, che la nuova norma assuma a riferimento il lavoro autonomo<sup>556</sup>. Secondo l'altra tesi, invece, l'art. 2 guarda, semplicemente, al lavoro subordinato. Tra le due tesi esistono forse più convergenze di quanto a prima vista possa sembrare: a mio avviso, s'intravedono, nelle pieghe della discussione, incertezze ed equivoci che, da sempre, accompagnano il problema della qualificazione dei rapporti di lavoro.

<sup>554</sup> Artt. 1, co. 118, l. 23 dicembre 2014 n. 190, e, da ultimo, art. 1, co. 178, l. 28 dicembre 2015 n. 208.

<sup>555</sup> Senza pretesa di esaustività, le opinioni e gli specifici scritti già citati o che in seguito si citeranno racchiudono, in sintesi, il dibattito. Cfr. però anche VALLEBONA (a cura di), *Colloqui giuridici sul lavoro. Il lavoro parasubordinato organizzato dal committente*, Supplemento al n. 12/2015 di *MGL*, e in particolare la sintesi del curatore delle molteplici ed essenziali opinioni ivi pubblicate (p. 153), qui solo in parte riprese.

<sup>556</sup> PERULLI, *op. cit.*, *passim*; in senso adesivo, PESSI *op. cit.*, p. 10; in termini analoghi, ma con altri approdi, PERSIANI, *Note sulla disciplina di alcune collaborazioni coordinate*, in *ADL*, 2015, p. 1260.

Chi scrive ha già espresso, in un'iniziale succinta riflessione<sup>557</sup>, sostanzialmente il proprio favore per la prima delle due ricostruzioni. Lo sviluppo del dibattito ha rafforzato tale convincimento, ma qui la riflessione va approfondita, nei limiti ovviamente consentiti da queste pagine. È anzitutto il caso di riprendere il dialogo e il confronto con chi ha sposato la seconda tesi.

Tra i suoi sostenitori gli accenti diversi non mancano. Se in generale è diffusa l'opinione che, attraverso questo o quel percorso, ravvisa nell'art. 2 una sostanziale recezione di alcuni dei ccdd. indici sintomatici della subordinazione adoperati dalla giurisprudenza o, più in generale, dell'orientamento giurisprudenziale sulla cd. subordinazione attenuata<sup>558</sup>, chi si spinge oltre, affinando il discorso tecnico, ritiene la norma: a) "apparente, priva cioè, malgrado la sua formulazione in termini precettivi, di efficacia propriamente normativa" e quindi priva di un *aliquid novi* rispetto all'art. 2094 cod. civ.<sup>559</sup>; b) oppure cripto-interpretativa<sup>560</sup> o specificativa<sup>561</sup> dell'art. 2094 cod. civ.; 3) o, ancora, introduttiva di una presunzione assoluta<sup>562</sup>.

Andando per ordine, a me pare che si debba partire da alcune essenziali considerazioni, per la verità difficili da mettere in discussione.

Anzitutto, l'art. 2, in prima battuta, non si presenta come una norma *di* fattispecie, nel senso abituale del termine; non introduce, cioè, una fattispecie correlandola a una *sua* disciplina: sul punto occorrerà ritornare, ma sin da ora non si può dubitare che l'art. 2 *riprende*, semplicemente, la disciplina della (fattispecie) subordinazione, come recita inequivocabilmente la sua lettera<sup>563</sup>.

Al contempo, omettendo qualsiasi altra esplicita indicazione, l'intervento legislativo sembra proprio presupporre l'attuale e tradizionale binario sistema normativo "autonomia-subordinazione".

Tutto ciò dice già molto sul favore per la prima tesi indicata in precedenza: se alla relazione di lavoro di cui all'art. 2 solo dal gennaio 2016 "si applica la disciplina della subordinazione", prima di quella data essa era giocoforza da ricondurre nell'area dell'autonomia<sup>564</sup>.

A ben vedere siffatto ragionamento trova un reale e insormontabile ostacolo soltanto nell'opinione secondo la quale l'art. 2 sarebbe una "norma apparente", priva di efficacia normativa: che

<sup>557</sup> In VALLEBONA (a cura di), *Colloqui*, cit., p. 149.

<sup>558</sup> Cfr., ad esempio, NUZZO, *Il lavoro personale coordinato e continuativo tra riforme e prospettive di tutela*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT-228/2015, p. 8; RAZZOLINI, *op. cit.*, p. 13; SANTORO PASSARELLI G., *I rapporti di collaborazione organizzati dal committente e le collaborazioni continuative e coordinate ex art. 409 n. 3 cod. proc. civ.*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT-278/2015, p. 16.

<sup>559</sup> TOSI, *L'art. 2, comma 1, d. lgs. n. 81/2015: una norma apparente?*, in ADL, 2015, p. 13.

<sup>560</sup> FERRARO, *op. cit.*, p. 10.

<sup>561</sup> GHERA, in VALLEBONA (a cura di), *Colloqui*, cit., p. 50.

<sup>562</sup> DEL PUNTA, *Diritto del lavoro*, Giuffrè, 2015, p. 371; NOGLER, *La subordinazione nel d.lgs. n. 81 del 2015: alla ricerca dell'autorità del punto di vista giuridico*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT-267/2015, p. 16; PERSIANI, *op. cit.*, p. 1260, senza distinguere sul carattere assoluto o relativo della presunzione; se si opta per la seconda ipotesi, il rilievo della norma - già delimitato dalla presunzione al piano probatorio - ovviamente si riduce in modo sensibile, essendo sempre possibile la prova della sussistenza dell'elemento costitutivo della fattispecie, ossia - nella prospettiva qui seguita - del potere direttivo.

<sup>563</sup> Il principale snodo del dibattito sinora sviluppatosi sull'art. 2 è con ogni probabilità da individuare nella questione concernente la sua incidenza sulla fattispecie o sulla disciplina della subordinazione: tra gli altri cfr. DEL PUNTA, *op. cit.*, p. 371; PESSI, *op. cit.*, p. 11; RAZZOLINI, *op. cit.*; p. 3; TREU, *op. cit.*, p. 162.

<sup>564</sup> Si può quindi andare oltre l'interpretazione secondo cui il legislatore, nell'art. 2, "presuppone la natura non subordinata (o non 'qualificata')" delle collaborazioni eterorganizzate (così MAGNANI, *Autonomia, subordinazione, coordinazione nel d. lgs. n. 81/2015*, cit., p. 12).

nulla aggiungerebbe all'art. 2094 cod. civ., quindi *inutiliter data*. In questa logica perderebbe ovviamente senso anche la distinzione tra un "prima" e un "dopo" rispetto a esso. Ipotesi possibile ma estrema, alla quale evidentemente l'interprete, in ossequio al principio di conservazione degli atti giuridici<sup>565</sup>, può giungere in ultima analisi, là dove l'alternativa di "cancellare" il dato normativo sia davvero obbligata. Francamente non mi pare questo il caso, per varie ragioni<sup>566</sup>.

L'art. 2 ha una struttura del tutto diversa rispetto all'art. 2094 cod. civ. e simile (per non dire identica: è appena il caso di ricordarlo) al più volte citato art. 409, n. 3, cod. proc. civ. Mettendo da parte il carattere personale della prestazione (irrilevante per la distinzione in parola) e quello continuativo (sul quale si tornerà più avanti), l'attenzione è da concentrare (come si è concentrata nel dibattito) sulle "modalità di esecuzione (...) organizzate dal committente [n.d.a.: unilateralmente<sup>567</sup>] anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro".

Non è mia intenzione indugiare sull'analisi letterale del testo normativo, tuttavia mi pare ineludibile sottolineare come la norma si componga di due elementi, collegati dalla congiunzione coordinante "anche": il primo, più generico, attinente alle modalità esecutive della prestazione; il secondo, specifico, al suo profilo spazio-temporale. Orbene, nell'art. 2094 cod. civ. non si rinven- gono né l'uno né l'altro: secondo la norma codicistica, come ben noto, il lavoratore "presta il proprio lavoro (...) alle dipendenze e sotto la direzione dell'impresa". Su questa locuzione, tanto indagata, qui possono essere sufficienti alcune brevi considerazioni.

Nell'immenso dibattito sulla subordinazione, la posizione storicamente prevalente, tanto in dot- trina quanto in giurisprudenza, è quella che rinviene il suo elemento identificativo nel potere di- rettivo del datore di lavoro. Anche l'autore che esclude ogni significato normativo all'art. 2, pure non certo sensibile alla tesi tradizionale, ormai da questa acquisizione muove<sup>568</sup>. Beninteso, quando si colloca al centro il potere direttivo, ci si rifà a insegnamenti ormai acquisiti al pensiero giuslavoristico - benché talvolta ancora oggi in qualche misura trascurati – secondo cui esso è da intendere come "potere dinamico di funzionamento dell'organizzazione del lavoro"<sup>569</sup>, che si esprime segnatamente nell'"organizzare globalmente la prestazione" attraverso un sempre pos- sibile e "ampio spettro di manifestazioni"<sup>570</sup>: la determinazione del contesto organizzativo, dei soggetti con cui coordinarsi, dell'attività da compiere (salvo ovviamente il limite delle mansioni), del relativo modo di svolgimento, e via dicendo, sino a giungere finanche al merito di ciò che è da

<sup>565</sup> Un canone ermeneutico, scrive GRASSETTI (*Conservazione (Principio di)*), voce, in *ED*, IX, 1961, p. 173), "che, enunciato legislativa- mente per la materia contrattuale nell'art. 1367 cod. civ., ispira tutto il nostro ordinamento". Sul principio di conservazione degli atti giuridici in giurisprudenza cfr., tra le altre e da varie angolazioni, le sentenze: C. Cost. 29 marzo 1996 n. 89; 27 luglio 1992 n. 368; 19 maggio 1988 n. 559; 19 dicembre 1984 n. 292; 29 luglio 1982 n. 152; Cass. Pen., sez. I, 28 gennaio 2015 n. 7884; Cass. Pen., sez. III, 27 settembre 2015 n. 49317; Cass., sez. trib., 29 maggio 2013 n. 13319; Cons. St., 25 luglio 2013 n. 3964; Cons. St., 10 dicembre 2013 n. 5917.

<sup>566</sup> Sulla tesi in parola si tornerà nel paragrafo successivo, riflettendo sulla giurisprudenza prima richiamata, giacché è su questa che la tesi si fonda; in proposito, però, quanto detto in questo paragrafo è imprescindibile perché esprime già bene il rilievo non solo teorico ma pure concreto del potere direttivo (eterodirezione), da cui inevitabilmente occorre muovere e che, di per sé, risulta suffi- ciente a porre la distinzione tra art. 2094 cod. civ. e art. 2 al di là del piano solo speculativo (così invece Tosi, *op. cit.*, p. 1126).

<sup>567</sup> In ragione della formulazione della norma, nessuno mette in dubbio l'unilateralità del potere del committente, espressamente prevista peraltro nel parere della Commissione lavoro del Senato del 13 maggio 2015 sullo schema di decreto, poi eliminata perché considerata pleonastica: v. sul punto v. ICHINO, in VALLEBONA (a cura di), *Colloqui*, cit., p. 53.

<sup>568</sup> TOSI, *op. cit.*, p. 1124; *Id.*, in VALLEBONA (a cura di), *Colloqui*, cit., p. 127.

<sup>569</sup> NAPOLI, *Contratti e rapporti di lavoro, oggi*, in *Scritti in onore di Luigi Mengoni*, II, Giuffrè, 1995, p. 589.

<sup>570</sup> GRANDI, *Rapporto di lavoro*, in *ED*, XXXVIII, Giuffrè, 1989, p. 349.

farsi. In breve, riprendendo un altro concetto assai diffuso, il potere direttivo, nella sua pervasività e dinamicità, è il punto di mediazione giuridica tra risultato complessivo dell'organizzazione produttiva e prestazione di lavoro subordinato<sup>571</sup>: è il potere che, in queste sue peculiari caratteristiche, innerva l'organizzazione per quanto concerne il lavoro. Ciò ne segna la netta distanza da ogni altra possibile figura o accezione di potere organizzativo delle energie lavorative.

Se si muove da questa consapevolezza, la differenza tra art. 2 e art. 2094 cod. civ. è netta; da ogni punto di vista: linguistico, strutturale, concettuale. Anzi, è una differenza non solo per difetto, ma, nella sua logica, anche per eccesso. Infatti il potere unilaterale del committente nell'art. 2 è: da un lato, *delimitato* alle modalità di esecuzione della prestazione; dall'altro, entro questo limite, *esteso*, senza precisi vincoli, "anche" - recita la norma ma in realtà (come meglio si dirà in seguito) soprattutto - al profilo spazio-temporale. Sicché, il potere del committente nell'art. 2: sul primo versante, non assume il carattere "globale" del potere direttivo; sul secondo, appare, per converso, più incisivo, o comunque configurato in termini propri<sup>572</sup>.

C'è poco da meravigliarsi della differenza, duplice e di diverso segno: la norma ha tutt'altra struttura, incentrata su un potere circoscritto e caratterizzato dal profilo spazio-temporale.

Chi insiste su una presunta equivalenza tra il potere direttivo (del datore di lavoro) e il potere di definire le modalità esecutive della prestazione (del committente)<sup>573</sup> trascura che il secondo, in piena aderenza al dato letterale, si presenta in termini differenti e ben più ristretti rispetto al primo: quest'ultimo - giova ripeterlo - proprio nella potenziale ricordata estensione e dinamicità trova la sua identità, specularmente definendo la posizione debitoria del lavoratore (su questo si tornerà tra breve). Di contro, sebbene il prestatore d'opera debba procedere "all'esecuzione dell'opera secondo le condizioni stabilite nel contratto", come recita il paradigmatico art. 2224 cod. civ., un potere unilaterale del committente, circoscritto alle modalità di esecuzione della prestazione e al suo interno delimitato, non è estraneo già alla tipologia contrattuale codicistica del lavoro autonomo (cfr., ad esempio, l'esplicita previsione del l'art. 1685 per il contratto di trasporto).

Dunque, ritorniamo al punto prima sottolineato. Nell'art. 2, non solo è senza dubbio possibile configurare il potere del committente di determinare le modalità esecutive della collaborazione eterorganizzata come un potere *circoscritto*, ma è questa una soluzione inevitabile: soltanto così opinando si dà un significato alla norma.

Inoltre, muovendo dall'identificazione tra siffatto potere del committente e il potere direttivo del datore di lavoro, non avrebbe alcun senso, nell'art. 2, neppure l'accento sulla determinazione unilaterale del profilo spazio-temporale: come si spiegherebbe l'introduzione di poteri del creditore della prestazione di lavoro aggiuntivi rispetto al potere direttivo al fine di applicare la disciplina della subordinazione che nello stesso e solo potere direttivo trova ragion d'essere?

<sup>571</sup> Nella ricchissima letteratura sull'argomento v., tra i tanti, ZOPPOLI L., in ESPOSITO-GAETA-SANTUCCI-ZOPPOLI A.-ZOPPOLI L., *Istituzioni di diritto del lavoro e sindacale. III. Mercato, contratto e rapporto di lavoro*, Giappichelli, 2015, p. 61; CARABELLI, *Organizzazione del lavoro e professionalità*, in *GLRI*; 2004, p. 41; MARAZZA, *Saggio sull'organizzazione del lavoro*, Cedam, 2002, pp. 43-181; PERULLI, *Il potere direttivo dell'imprenditore*, Giuffrè, 1992, pp. 56 e 100; LISO, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, Franco Angeli, 1982, p. 5.

<sup>572</sup> Lo notano opportunamente SANTORO PASSARELLI G., *op. cit.*, p. 15; TOSI, *op. cit.*, p. 1127.

<sup>573</sup> V., ad esempio, NUZZO, *op. cit.*, p. 7; PISANI, in VALLEBONA (a cura di), *Colloqui*, cit., p. 107.

Infine, sovrapponendo art. 2094 cod. civ. e art. 2, risulterebbe ostico comprendere anche il co. 4 dello stesso art. 2, giacché il divieto ivi previsto per le pubbliche amministrazioni di ricorrere “comunque”<sup>574</sup>, dall’1 gennaio 2017, alle collaborazioni eterorganizzate si tradurrebbe in un divieto generale di assumere lavoratori subordinati: il che, per intuibili ragioni, non può essere.

### 3. (Segue) Interpretazione-specificazione dell’art. 2094 cod. civ. e presunzione di subordinazione: né l’una né l’altra.

La prospettiva comincia a mutare nel momento in cui i sostenitori della tesi secondo cui l’art. 2 si riferisce a rapporti di lavoro subordinato ne riconoscono, in ogni caso, una valenza innovativa, sia pur con toni e attraverso percorsi diversi. È in quest’ottica che si dà maggior peso ad alcuni orientamenti giurisprudenziali che sarebbero appunto recepiti dall’art. 2; segnatamente alla giurisprudenza incline, ai fini della rilevazione della fattispecie di cui all’art. 2094 cod. civ., a utilizzare i cc.dd. indici sintomatici della subordinazione: tra i quali appunto la definizione dell’orario e del luogo di lavoro, in presenza talvolta di direttive programmatiche o di massima, sì da configurare una generica eterorganizzazione della prestazione o una subordinazione “attenuata”<sup>575</sup>. Chi rileva in questo il “nuovo” dell’art. 2, lo commenta in genere favorevolmente: per l’anacronismo - da tempo evidente, si afferma - della nozione tradizionale di subordinazione rispetto a realtà organizzativo-produttive da decenni mutate; o per la intrinseca presunta debolezza della stessa nozione, di maggior seguito ma da alcune voci dottrinali non da ora rifiutata<sup>576</sup>.

Così prospettata, la tesi in parola presenta risvolti interessanti, ma, a mio avviso, anche equivoci e debolezze: conseguenze forse della densità problematica e concettuale di cui si diceva, da sempre compagna della questione “subordinazione”, alla fine tuttavia prevalenti.

Non v’è dubbio che l’art. 2 riprende la “sofferenza” della questione dinanzi ai cambiamenti del mondo della produzione da tempo in atto. Sofferenza che può però tradursi in più di una soluzione giuridica, sì da essere ininfluenza ai fini della individuazione della natura del rapporto di lavoro assunto a riferimento dalla nuova norma: è del tutto intuitivo come essa possa, se non debba, esprimersi attraverso una restrizione della nozione di lavoro autonomo, risultando, in tal caso, tranquillamente compatibile con l’“autonomia” della relazione di lavoro “prima” della trasformazione normativa operata dall’art. 2.

La tesi in parola s’imbatte poi anch’essa nel principio di conservazione degli atti giuridici là dove rinviene, nell’art. 2, la conferma dell’opinione (minoritaria ma da tempo presente nel dibattito) secondo cui l’elemento identificativo della subordinazione risiederebbe nell’eterorganizzazione: se l’art. 2094 cod. civ. si caratterizzasse già per l’eterorganizzazione, adesso contemplata dall’art. 2, quest’ultimo apparirebbe, giocoforza, privo di significato. E a me sembra che a tanto si debba giungere a prescindere dalla più precisa soluzione tecnica prospettata riguardo alla nuova norma: cripto-intepretazione o specificazione dell’art. 2094 cod. civ., o, in altra ottica, presunzione assoluta di subordinazione. Argomentando in modo esattamente opposto, l’art. 2 invece risulta un’ennesima conferma della ricostruzione tradizionale e prevalente, che individua l’essenza della subordinazione nella eterodirezione, ossia nel potere direttivo (come su inteso): rispetto al quale,

<sup>574</sup> Se ben si intende, anche là dove il riordino della disciplina dell’utilizzo dei contratti di lavoro flessibili da parte delle pubbliche amministrazioni, cui fa riferimento l’*incipit* del comma, non vedrà la luce entro l’1 gennaio 2017.

<sup>575</sup> Cfr. gli autori prima citati nelle note 12-16.

<sup>576</sup> V., ad esempio, FERRARO, *op. cit.*, p. 1; NOGLER, *op. cit.*, *passim*.

appunto, l'art. 2 si differenzia perché incentrato sul diverso concetto di eterorganizzazione, che, proprio per questa ragione, assume, ora, preciso significato giuridico. Va da sé - come di frequente si rammenta - che eterodirezione ed eterorganizzazione costituiscono differenti espressioni del più generale raccordo funzionale tra "organizzazione" e "lavoro": in termini giuridici, di un *potere* organizzativo. Ma, se fino a ieri l'eterorganizzazione non aveva una sua precisa fisionomia giuridica, si da essere anche identificata con il potere direttivo (eterodirezione) o finanche allo stesso sovrapposta in una non precisata relazione, oggi ce l'ha: e tanto l'identificazione quanto la sovrapposizione tra l'una e l'altra non sono più possibili.

Gli autori a favore della ricostruzione qui non condivisa per lo più pongono comunque l'accento sulla valenza pragmatica del nuovo dato normativo. L'art. 2 - si sostiene -, dando veste legislativa alla menzionata giurisprudenza, semplifica le operazioni qualificatorie, complicate da ormai inutili vischiosità storiche. Anche in questo potrebbe esserci del vero; ma pure su questo occorre intendersi.

Come già accennato in precedenza, la giurisprudenza non ha mai trascurato la centralità del potere direttivo nella subordinazione. Piuttosto, dinanzi a casi dalla qualificazione complessa, in ragione di questo o quel particolare aspetto della prestazione o del contesto di lavoro, e generalmente ed eloquentemente ricondotti alla cd. zona grigia, ne ha desunto la presenza indirettamente, utilizzando elementi (i più volte citati indici sintomatici) che, secondo l'*id quod plerumque accidit*, di tale potere possono ritenersi espressione: considerando quindi questi elementi comunque manifestazione *di fatto* di quel potere, *giuridicamente* (ovvero anche solo in potenza, che non vuol dire in astratto) mai negato.

È probabile che tale orientamento incroci l'art. 2, semplificando il contenzioso, con l'applicazione della disciplina della subordinazione. Tuttavia, il significato dell'art. 2 è, per molti motivi, assai diverso e ben più ampio dal punto di vista tanto teorico quanto pratico. Peraltro, se si ragiona diversamente, si ripresenta il problema dell'"utilità" della norma.

Riepilogando, ciò che assume rilievo giuridico in virtù dell'art. 2 è un *fenomeno diverso dalla subordinazione*, ossia l'*eterorganizzazione*: identificata, dal medesimo art. 2, in un potere organizzativo, da un lato, ben circoscritto, dall'altro caratterizzato sul piano spazio-temporale. Sicché ai sensi dell'art. 2: a) questo potere - oggetto esclusivo dell'indagine del giudice - rileva in quanto tale e non quale indiretta espressione del potere direttivo, che è invece *del tutto ininfluyente*; b) l'"applicazione della disciplina della subordinazione" riguarda oggi, in chiave più moderna, uno spettro maggiore di relazioni organizzative, come la dottrina prima menzionata sostiene, relazioni però - si ripete - non contraddistinte dal potere direttivo e, perciò, riconducibili, sino a ieri, nell'area del lavoro autonomo.

Tutto ciò, da apprezzare ovviamente sul piano teorico-sistematico, ha riflessi già per la concreta qualificazione del rapporto.

Sino a ieri, orario di lavoro e svolgimento della prestazione nei locali dell'impresa costituivano solo due dei molteplici indici sintomatici utilizzati dalla giurisprudenza per risalire alla natura subordinata del rapporto. A essi se ne aggiungevano altri, come: la sottoposizione al potere di controllo e al potere disciplinare del datore, l'assenza del rischio, le modalità retributive, l'esclusività del rapporto, la proprietà degli strumenti del lavoro. Nell'insieme degli indici di volta in volta utilizzati, l'orario o il luogo di lavoro, o anche entrambi, potevano mancare. Oggi invece, ai fini della sussistenza dell'eterorganizzazione, "spazio" e "tempo" sono congiuntamente imprescindibili (v.

*amplius infra*): il profilo spazio-temporale ha *di per sé* uno specifico e necessario rilievo giuridico. Ed è per questo che, dinanzi alla sua *sola* presenza, il giudice – come opportunamente si è osservato<sup>577</sup> - *dovrà, non potrà* (nell'ambito della valutazione dell'insieme degli indici sintomatici), pronunciarsi per l'applicazione della disciplina della subordinazione. Donde i possibili indiretti effetti sul contenzioso di cui sopra si è detto<sup>578</sup>.

In definitiva, e ampliando la visuale, "spazio" e "tempo" oggi non sono più, semplicemente, possibili elementi materiali *comprovanti* la presenza, sul piano giuridico, del potere direttivo, bensì elementi *costitutivi* del potere di eteroorganizzazione (sempre giuridico e non meramente materiale<sup>579</sup>).

Si delinea dunque con sufficiente chiarezza il quadro *prima* della trasformazione normativa determinata dall'art. 2.

Se - come ritiene l'opinione prevalente e, ripeto, pure l'unica che consente di dare un senso all'art. 2, dal quale pertanto riceve al contempo conferma - l'elemento identificativo della subordinazione sta nel potere direttivo, questa norma assume a riferimento rapporti di lavoro estranei all'art. 2094 cod. civ., cioè rapporti di lavoro autonomo. In quanto tale, essa va oltre la giurisprudenza suindicata, pur sempre rivolta all'art. 2094 cod. civ., ovvero pur sempre mossa dalla ricerca del potere direttivo. E va ben oltre anche la prospettiva pragmatica e il suo concreto impatto sul contenzioso qualificatorio, definendo *ex novo* i confini della disciplina della subordinazione: aperta a un segmento del lavoro autonomo, al di là dell'art. 2094 cod. civ.<sup>580</sup>.

Ritornando alle soluzioni tecniche prima ricordate, non pare quindi esservi spazio per le letture riduttive dell'art. 2, che vi rinvergono soltanto un'interpretazione-specificazione della norma codicistica o l'introduzione di presunzioni di sorta<sup>581</sup>.

<sup>577</sup> V. CAIROLI, in VALLEBONA (a cura di), *Colloqui*, cit., p. 16; SANTORO PASSARELLI G., *op. cit.*, p. 17.

<sup>578</sup> Sul punto cfr. anche il par. 5.

<sup>579</sup> L'eteroorganizzazione, quale potere giuridico (unilaterale), è radicato nel contratto; quindi non si può condividere l'opinione secondo la quale essa "deriva principalmente dal contesto materiale in cui la prestazione si trova astretta, ossia dall'inserimento della prestazione entro moduli organizzativi che incidono, conformandola *ab externo*, sulla prestazione e sulle relative modalità di esecuzione" (così invece PERULLI, *Il lavoro*, cit., p. 29; nello stesso senso PESSI, *op. cit.*, p. 11). Il dato materiale sarà invece da considerare, e anzi assumerà particolare rilievo - come del resto di consueto per le situazioni qualificatorie più complesse (v. *infra*) -, ai fini della rilevazione in concreto dell'eteroorganizzazione e della relativa effettiva volontà delle parti.

<sup>580</sup> Riprendendo il confronto con la tesi secondo cui l'art. 2 sarebbe una norma apparente, quanto osservato in questo paragrafo conferma che la distinzione tra eterodirezione ed eteroorganizzazione non è affatto, al più, proponibile "sul piano della speculazione teorica" (così invece TOSI, *op. cit.*, p. 1126). Peraltro l'autore in parola argomenta la sua tesi - coerentemente - dalla giurisprudenza sui cc.dd. indici sintomatici della subordinazione, a suo avviso "diritto vivente" (rispetto al quale appunto la distinzione tra art. 2094 cod. civ. e art. 2 non avrebbe "in concreto una differenziata capacità qualificatoria": TOSI, *op. cit.*, p. 1126). Ma anche questa identificazione non convince: la giurisprudenza assunta a riferimento è parziale, giacché esprime solo una parte delle pronunce (v. invece per la più lineare e classica affermazione del carattere decisivo del potere direttivo, *ex multis*, C. Cost. 13 maggio 2015 n. 76; Cass. 29 gennaio 2015 n. 1692; Cass. 8 aprile 2015 n. 7024; Cass. 10 aprile 2015 n. 7296; Cass. 6 maggio 2015 n. 9121; Cass. 24 febbraio 2006 n. 4171; Cass. 6 agosto 2004 n. 15275), e poi - come detto nel testo e come ha ovviamente ben presente lo stesso autore (TOSI, *op. cit.*, p. 1120) - essa muove sempre e comunque dalla centralità del potere direttivo, mai messa in discussione, a dimostrazione della consapevolezza del suo cruciale rilievo, teorico e pratico. In conclusione, sono molti gli argomenti per non condividere l'affermazione secondo cui nel "diritto vivente non è configurabile eterodirezione senza eteroorganizzazione e neppure eteroorganizzazione senza eterodirezione" (in tal senso invece TOSI, *op. cit.*, p. 1127).

<sup>581</sup> In merito a quest'ultima tesi è opportuno sottolineare la differenza di formulazione e di finalità dell'art. 2 rispetto all'art. 69 del d. lgs. n. 276/2003, nel quale si è appunto rinvenuta, come noto, una presunzione di subordinazione. Il secondo non prevedeva, come ora il primo, l'"applicazione della disciplina della subordinazione", bensì disponeva che, in mancanza del progetto, i rapporti di collaborazione coordinata e continuativa fossero "considerati rapporti di lavoro subordinati": senza la limitazione del progetto si presumeva, in altre parole, che il potere del datore di lavoro avesse le caratteristiche "pervasive" del potere direttivo del datore di lavoro

Prime conclusioni, queste, nient'affatto trascurabili, eppure parziali. Per cogliere l'esatta e completa portata dell'art. 2 è necessario infatti indagarne con attenzione anche il *dopo*, ovvero gli effetti determinati dalla trasformazione normativa prodotta: c'è da chiedersi in che termini la porta della subordinazione si apra al lavoro autonomo eterorganizzato; più precisamente, in che termini "si applica la disciplina della subordinazione".

Prima di occuparcene, è il caso però di approfondire, sia pure per passaggi essenziali, le caratteristiche della relazione di lavoro contemplata dalla nuova norma. Lo si farà in raffronto ai suoi confini giuridici: anzitutto, alla subordinazione, poi alla collaborazione coordinata di cui all'art. 409, n. 3, cod. proc. civ.

#### 4. Ancora su eterorganizzazione (art. 2) ed eterodirezione (art. 2094 cod. civ.).

L'assenza del potere direttivo contribuisce in primo luogo, per contrapposizione, a far chiarezza sul requisito temporale della "continuatività" delle "prestazioni di lavoro" eterorganizzate.

Il requisito temporale, mentre nella subordinazione è immanente alla posizione di soggezione del prestatore - speculare al già sottolineato carattere *dinamico* del potere direttivo<sup>582</sup>, nell'art. 2 esprime il protrarsi dell'attività autorganizzata del prestatore in relazione all'interesse creditorio. Ed è per questa ragione che solo nel primo il "tempo", di per sé, può in ipotesi realizzare l'adempimento: in quanto tempo *funzionalmente a disposizione dell'organizzazione* (quindi a essa "interno") e non *del prestatore* indirettamente dedicato (e come tale "esterno") alla medesima organizzazione<sup>583</sup>.

Tralasciando il carattere "personale" della prestazione - come già osservato irrilevante nel raffronto con la "subordinazione" - si ricorderà che, secondo l'art. 2, le "modalità di esecuzione sono organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro". Posto che l'unilateralità del potere organizzativo del committente dovrà ovviamente trovare fondamento nella volontà negoziale delle parti, ragionando sul testo della norma non può tacersi che l'elemento precedente alla congiunzione coordinante "anche" sembrerebbe essere dato dalle "modalità di esecuzione": se così fosse, l'"organizzazione" (unilaterale) del committente, prima che al profilo spazio-temporale, a tali modalità sarebbe da riferire. Tuttavia una simile interpretazione non convincerebbe perché la genericità e l'ampiezza della "organizzazione" da parte del committente, come prima osservato, ancorché insufficienti a condurre la fattispecie nella "subordinazione", sono estranee anche all'"autonomia", comunque caratterizzante l'art. 2. V'è da dire che, nella versione precedente a quella poi giunta in porto, la norma recitava: "prestazione di lavoro (...) di contenuto ripetitivo e le cui modalità di esecuzione siano organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro". In questa versione - dalla portata sotto ogni aspetto di

subordinato. Al riguardo, cfr., da ultimo, PERSIANI, *op. cit.*, p. 1261; PERULLI, *Il lavoro*, cit., p. 12, nt. 26. Per una diversa ricostruzione v. PALLINI, *op. cit.*, pp. 116-179.

<sup>582</sup> V. al riguardo, per tutti, BAVARO, *Il tempo nel contratto di lavoro subordinato*, Cacucci, 2008, p. 188.

<sup>583</sup> È unicamente nella subordinazione che l'adempimento, in ipotesi, può esaurirsi nel solo profilo temporale: in quanto elemento necessario per l'inserimento dinamico della prestazione di lavoro nell'organizzazione, ma pure di per sé sufficiente per l'esistenza della stessa organizzazione là dove il datore non realizzi concretamente questo inserimento tramite l'esercizio del potere direttivo. Scrive incisivamente PERSIANI (*Contratto di lavoro e organizzazione*, Cedam, 1966, p. 174): "Stare in attesa degli ordini del datore di lavoro significa limitare la propria libertà ed è già un *facere* idoneo a soddisfare l'interesse del creditore di lavoro, anche se non interamente (...)".

sicuro più ristretta (sebbene nell'esatta misura pur sempre dipendente dall'interpretazione della "ripetitività") e di conseguenza di minor rilievo - evidentemente si pensava a una prestazione in cui la ripetitività, concepita verosimilmente per lo più in riferimento a determinate organizzazioni, costituiva un'iniziale indicazione di come il lavoro dovesse svolgersi<sup>584</sup>; in altre parole il contenuto ripetitivo aveva tutta l'aria di costituire il primo circoscritto elemento dell'eterorganizzazione, al quale si aggiungeva "anche" la determinazione di quello spazio-temporale. Nell'attuale formulazione, scomparso l'elemento della ripetitività, l'interprete non può che rivolgere l'attenzione alle modalità esecutive. Per quanto sin qui scritto, però, da leggere sempre in coerenza con la natura autonoma del lavoro. Ciò significa che l'intervento organizzativo del committente, ancorché delimitato alle modalità esecutive del lavoro, deve considerarsi comunque circoscritto all'interno delle stesse, al di là della sua più precisa configurazione. Così inteso, a ben vedere, esso perde reale valenza discrezionale, giacché una sua qualsiasi espressione può ritenersi sufficiente.

A questo punto assume rilievo e spazio nella struttura della norma il potere del committente di organizzare *tempo* e *luogo* della prestazione di lavoro. Questo potere unilaterale è indicato dal legislatore in modo esplicito e univoco: è espressamente rivolto a due specifici profili della prestazione, configurando un ambito preciso e di una certa ampiezza del potere del creditore della prestazione di lavoro. E, a ben riflettere, anche la definizione di ulteriori indefinite modalità esecutive appare conseguenza assai probabile del suo esercizio. In sostanza, a qualificare l'art. 2 è (non il potere direttivo di cui all'art. 2094 cod. civ., bensì) il potere di eterorganizzazione spazio-temporale della prestazione di lavoro. In questo senso convince l'impostazione della circolare del Ministero del lavoro e delle Politiche sociali n. 3/2016, secondo cui le "prestazioni" devono essere "organizzate dal committente *quantomeno* con riferimento «ai tempi e al luogo di lavoro»" (mio il corsivo).

C'è da pensare che le modalità di esercizio di questo potere ai fini del passaggio nella disciplina della subordinazione, sebbene non siano rigidamente definibili, in ragione della rilevanza di tale conseguenza debbano pur sempre essere abbastanza stringenti. Di certo la norma richiede la determinazione del tempo "e" del luogo della prestazione: come precisa la menzionata circolare, l'una e l'altra "devono ricorrere congiuntamente".

In relazione al "tempo", occorre inoltre domandarsi se sia da ricomprensivi, oltre alla quantificazione, anche la collocazione. Coerentemente alla precedente premessa, opterei per un criterio flessibile. In linea di massima, si può ritenere che, se - come a me pare e meglio si dirà in seguito - la *ratio* dell'art. 2 intende dar rilievo al pregiudizio determinato dal potere di eterorganizzazione del committente sulla visibilità e soggettività professionale del lavoratore nel mercato del lavoro e della produzione, i due elementi siano da definire in relazione allo specifico contesto produttivo di riferimento e comunque l'eventuale presenza del potere unilaterale anche di collocare la prestazione riduca il rilievo dell'elemento quantitativo.

## 5. Eterorganizzazione e collaborazione ex art. 409, n. 3, cod. proc. civ.

Passiamo al confronto tra eterorganizzazione ex art. 2 e collaborazione ex art. 409, n. 3, cod. proc. civ.

<sup>584</sup> La ripetitività -, come si ricorderà - si ritrovava anche nell'ultimo periodo dell'art. 61, co. 1, del d. lgs. n. 276/2003, nella versione introdotta dall'art. 1, co. 23, lett. a) della l. n. 92/2012.

Riprendendo quanto detto nel primo paragrafo, oggi è questo confronto a segnare il confine tra i due ambiti normativi del "lavoro subordinato" (parzialmente ma significativamente svuotato nella sua istanza di tutela) e del "lavoro autonomo" (in cui la "vecchia" parasubordinazione torna a introdurre tutele essenzialmente processuali e previdenziali ai tipi legali di ciascun contratto).

Conviene anzitutto sgombrare il campo dagli aspetti che si presentano più lineari.

Una prima differenza, probabilmente anche dalle conseguenze pratiche circoscritte, è esplicita: l'art. 2 contempla - con una secca precisazione avverbiale - prestazioni "esclusivamente personali", laddove l'art. 409, n. 3, cod. proc. civ. include pure quelle "prevalentemente personali".

Lineare risulta anche l'estensione all'art. 409, n. 3, cod. proc. civ. delle osservazioni prima fatte in merito al requisito della "continuatività" di cui all'art. 2 nel raffronto con l'art. 2094 cod. civ., ribadendo che solo in quest'ultimo il tempo è componente intrinseca della posizione di soggezione del lavoratore.

Qualche parola in più merita l'indicazione "prestazioni di lavoro", contenuta nell'art. 2 e suscettibile di creare qualche incertezza, a fronte dell'espressione "prestazione di opera", rinvenibile nell'art. 409, n. 3, cod. proc. civ. Infatti, la prima indicazione (al plurale - sia detto per inciso - evidentemente in relazione a "rapporti di collaborazione ...") sembra perdere consistenza, anche discreta, giacché può riferirsi al lavoro tanto subordinato quanto autonomo, ovvero intendersi quale mero svolgimento di un'attività oppure quale attività strumentale al compimento di più *opera* o finanche di un *opus*, ragionando peraltro in modo simile a come fatto in passato proprio per l'altra espressione "prestazione di opera", contenuta nell'art. 409, n. 3, cod. proc. civ.<sup>585</sup>. Sebbene non possa escludersi che - nella reinterprete di questa norma imposta dal nuovo quadro normativo - per la collaborazione coordinata si sia tentati dall'attribuire maggior rilievo al "raggiungimento di un risultato"<sup>586</sup>; o, per la collaborazione eterorganizzata, nella medesima ma speculare logica, dall'ipotizzare un'interpretazione più restrittiva del termine "lavoro", circoscrivendolo a obbligazioni di mero comportamento. L'una e l'altra ipotesi, però, non potrebbero prescindere dall'acquisita consapevolezza dei limiti di configurabilità e delle difficoltà qualificatorie che presenta la distinzione obbligazione di mezzi/obbligazione di risultato.

A questo punto, l'attenzione è da concentrare sull'elemento più problematico e di maggior peso discreto, tanto concettualmente quanto in concreto. Le due fattispecie, entrambe collocate nell'ambito del lavoro autonomo, risultano esplicitamente caratterizzarsi - e reciprocamente delimitarsi - in ragione del "coordinamento", l'art. 409, n. 3, cod. proc. civ., e della determinazione dell'elemento spazio-temporale della prestazione da parte del committente, l'art. 2. Più precisamente, in un siffatto nuovo quadro - in cui inevitabilmente il coordinamento (questo sì) va rispetto al passato reinterpretato<sup>587</sup> -, la fattispecie dell'art. 409, n. 3, cod. proc. civ. sarà evidentemente configurabile quando la connessione funzionale tra prestazione e organizzazione del committente si realizzi attraverso uno dei seguenti profili della prestazione: 1) il luogo di svolgimento; 2) i tempi

<sup>585</sup> V., da ultimo e per tutti, SANTORO PASSARELLI G., in CARINCI F., a cura di, *Commento al d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo jus variandi*, e-Book n. 48, 2015, p. 10.

<sup>586</sup> Cfr., al riguardo, PERULLI, *Il lavoro*, cit., pp. 35-41.

<sup>587</sup> In proposito v., anche in riferimento alla disciplina del lavoro a progetto, per tutti: SANTORO PASSARELLI G., *I rapporti*, cit., p. 5; PALLINI, *op. cit.*, p. 187; MARTELLONI, *Lavoro coordinato e subordinazione. L'interferenza delle collaborazioni a progetto*, Bononia University Press, 2012, pp. 87 e 161.

di svolgimento; 3) l'uno "e" l'altro, definiti in modo non stringente (secondo quanto prima rilevato) o giocoforza bilateralmente, cioè di comune accordo tra le parti e non unilateralmente dal committente<sup>588</sup>; 4) un altro profilo - ad esempio l'utilizzazione degli strumenti di lavoro -, che potrà combinarsi anche con uno dei precedenti.

Superfluo osservare che questa ricostruzione, chiara sul piano concettuale, nella sua concreta applicazione lo potrebbe essere meno. Trattandosi di qualificazione di rapporto di lavoro, *nihil novi sub sole*. Nondimeno, se per un verso possono comprendersi perplessità nei confronti dell'intervento legislativo - propenso a riproporre, anche con passi indietro, impostazioni tradizionali a fronte di realtà in mutamento da tempo<sup>589</sup> -, alcuni elementi utili per l'interprete possono individuarsi.

L'imprescindibile carattere unilaterale (da parte del committente) della definizione dell'elemento spazio-temporale nella fattispecie di cui all'art. 2 potrà incentivare la definizione bilaterale e per iscritto del medesimo elemento all'interno del programma negoziale al fine di evitare l'applicazione della disciplina della subordinazione<sup>590</sup>. L'indicazione non dovrà però essere contraddetta dal concreto svolgimento del rapporto giacché la logica "protettiva" della nuova norma impone la prevalenza della dimensione fattuale rispetto alla volontà originariamente dichiarata. Certo, là dove, per questa o quella ragione, l'operazione di qualificazione risultasse particolarmente complessa, il dato cartolare - come in passato - potrebbe assumere consistenza. Per altro verso però, qualora in ragione delle concrete caratteristiche del complessivo processo produttivo la prestazione di lavoro non possa svolgersi materialmente nei locali del committente ed osservando tempi dallo stesso imposti, si dovrebbe presumibilmente propendere per la sussistenza della collaborazione eterorganizzata, esistendone giocoforza i suoi elementi costitutivi. Ciò, verosimilmente, potrebbe essere ipotesi frequente.

## 6. Art. 2: nuovo ingresso nella subordinazione o tertium genus?

Tratteggiata la fisionomia del rapporto contemplato dall'art. 2, si può ritornare agli effetti di questa nuova norma; per riprendere la precedente terminologia, al *dopo* il suo ingresso nell'ordinamento e alla conseguente trasformazione normativa.

La domanda da porsi è la seguente: alla collaborazione eterorganizzata la disciplina della subordinazione va applicata integralmente o, in qualche misura, selettivamente? A ben vedere è questo il quesito di maggior rilievo: dal punto di vista sia dogmatico, in quanto dalla risposta possono derivare implicazioni *sulla* fattispecie "subordinazione", sia sistematico, per le sue implicazioni normative. In sostanza, guardando dinanzi e non al passato, è "il" quesito da porsi.

In prima battuta verrebbe da propendere per un'applicazione integrale. A spingere in questa direzione è tanto la lettera dell'art. 2 quanto la sistematica: la norma non contiene delimitazioni di

<sup>588</sup> Molti autori sottolineano questo aspetto: v., tra gli altri, ICHINO, *op. cit.*, p. 54; MAGNANI, *Autonomia, subordinazione, coordinazione nel d. lgs. n. 81/2015*, cit., p. 15; PERULLI, *Il lavoro*, cit., p. 45; RAZZOLINI, *op. cit.*, p. 19; SANTORO PASSARELLI G., *I rapporti*, cit., 21. Al riguardo cfr. anche l'art. 12 del disegno di legge n. 2233, di iniziativa governativa, presentato al Senato l'8 febbraio 2016 su "Misure per la tutela del lavoro autonomo non imprenditoriale e misure volte a favorire l'articolazione flessibile nei tempi e nei luoghi di lavoro", che modifica l'art. 409, n. 3, cod. proc. civ., precisando: la "collaborazione si intende coordinata quando, nel rispetto delle modalità di coordinamento stabilite di comune accordo dalle parti, il collaboratore organizza autonomamente l'attività lavorativa".

<sup>589</sup> Sul tema, v., per tutti e da ultimo, TREU, *op. cit.*, p. 171; CORAZZA, *Dipendenza economica e potere negoziale del datore di lavoro*, in *GD LRI*, 2014, p. 647.

<sup>590</sup> Così ICHINO, *op. cit.*, p. 54.

sorta - non sembra tale il riferimento al rapporto - e il nostro sistema dei contratti di lavoro è, come si accennava, tradizionalmente incentrato sulla correlazione fattispecie-disciplina (salvo modulazioni tramite regole "speciali" più che attraverso la specialità di questo o quel rapporto, come pure farebbe intendere l'impostazione codicistica).

Questa lettura è sostanzialmente sposata dalla menzionata circolare ministeriale, che fa discendere dall'art. 2 "le medesime conseguenze legate ad una riqualificazione del rapporto", con "l'applicazione di qualsivoglia istituto, legale o contrattuale (ad es. trattamento retributivo, orario di lavoro, inquadramento previdenziale, tutela avverso i licenziamenti ecc.), normalmente applicabile in forza di un rapporto di lavoro subordinato".

Se così fosse, avremmo un'equiparazione tra eterodirezione ed eterorganizzazione: per l'applicazione della disciplina della subordinazione, a differenza del passato, ora sarebbe sufficiente il potere di determinazione spazio-temporale della prestazione, a prescindere dalla presenza del potere direttivo. Giova ripeterlo: il primo rilevarebbe di per sé, non quale elemento comprovante il secondo.

Si sarebbe, in sostanza, dinanzi a un *nuovo ingresso nella subordinazione*: dal gennaio 2016, aperto a rapporti di natura autonoma *prima* di quella data.

In tale ottica, fa bene la circolare a non rinvenire - come si è detto - una "riqualificazione del rapporto", bensì "le medesime conseguenze": con lo sguardo rivolto al futuro (e non al passato) le collaborazioni organizzate, dal gennaio 2016, sarebbero da "qualificare" (non da "riqualificare") come subordinate.

Accedendo a questa tesi - si badi - avremmo, sì, un'incidenza dell'art. 2 *sulla* fattispecie dell'art. 2094 cod. civ. ma solo *parziale ed esterna*: l'eterorganizzazione costituirebbe soltanto un nuovo canale di accesso alla subordinazione; una volta scattata l'integrale applicazione della relativa disciplina, questa si rifletterebbe inevitabilmente sulla fattispecie, in virtù della necessaria correlazione tra l'una e l'altra: e al centro della scena tornerebbe l'art. 2094 cod. civ.

Ma è proprio tale passaggio a indebolire l'ipotesi ricostruttiva delineata.

V'è da dire subito che nel dibattito non manca chi propende per la seconda interpretazione ipotizzata, cioè per un'applicazione selettiva della disciplina della subordinazione, individuando le regole escluse dall'estensione con riguardo tanto al rapporto di lavoro quanto alle sue implicazioni previdenziali<sup>591</sup>.

Invero, se la fattispecie è per la disciplina, la correlazione tra questa e quella dovrebbe essere biunivoca: guardando la relazione di lavoro, la *totale* applicazione della disciplina della subordinazione dovrebbe ripercuotersi sui contenuti della collaborazione eterorganizzata, delle sue posizioni attive e passive, dell'uno e dell'altro contraente: con un'estensione delle tutele del lavoro ma, al contempo, pure dell'insieme dei poteri datoriali in ragione dei quali quelle tutele sono costruite. Eppure siffatta conclusione s'imbatte in vincoli "di sistema", come tali particolarmente resistenti.

<sup>591</sup> V., ad esempio, SANDULLI, in VALLEBONA (a cura di), *Colloqui*, cit. p. 119, cit., che tra le esclusioni indica anche la disciplina previdenziale (su questo specifico punto, concorda PERSIANI, *op. cit.*, p. 1266, per ragioni essenzialmente di carattere finanziario); PESSI, *op. cit.*, p. 14.

Un esempio per tutti, per il suo carattere strutturale con ogni evidenza il più significativo, almeno dalla visuale qui privilegiata. Il prestatore di lavoro, nell'ipotesi d'integrale applicazione della disciplina della subordinazione, sarebbe soggetto all'obbligo di obbedienza (art. 2104, co. 2, cod. civ.), in tutte le sue possibili implicazioni; in altre parole, alla più esplicita espressione del potere direttivo. È appena il caso di osservare come ciò incida sensibilmente sia sul credito sia sul debito di lavoro: in uno, sull'adempimento, ovvero sugli interessi e sulle rispettive attese, che - è facile intuirlo - coinvolgono profili prioritari della relazione lavorativa: come l'organizzazione del datore/committente, da un lato, e la professionalità del lavoratore, dall'altro. Sarebbe forse pragmatico ma decisamente semplicistico osservare, guardando alla prima, che la determinazione spazio-temporale finisce per estendersi a qualsiasi aspetto della prestazione di lavoro; o, rivolgendosi alla seconda, che l'integrale trasformazione del rapporto corrisponda comunque all'interesse del lavoratore. La rimarcata implicazione di profili prioritari della relazione organizzativa e di lavoro dà alla questione tale consistenza da condurla al taglio dei vincoli "di sistema".

Stringendo la prospettiva, sembra inevitabile muovere dalla finalità dell'art. 2. D'obbligo chiedersi: la norma, se estende e impone la disciplina della subordinazione alle collaborazioni eterorganizzate in ragione evidentemente del presupposto che l'eteroorganizzazione (spazio-temporale) della prestazione determini *di per sé* la necessità di regole eteronome a fini di tutela del lavoratore (necessità che la disciplina della subordinazione sottintende: v. *amplius* il successivo par.), perché dovrebbe mutare la prestazione di lavoro contrattualmente definita? In particolare, perché imporre al lavoratore una prestazione diversa da quella da lui assunta? L'intervento legislativo è da considerare anzitutto per la relazione di lavoro verso cui è diretto, *ragione dello stesso intervento*, e poi, in riferimento a questa, per il cambiamento normativo introdotto. È l'eteroorganizzazione che il legislatore vuole regolare *ex novo*: il passaggio dall'eteroorganizzazione all'eterodirezione, ossia dal delimitato potere spazio-temporale a un potere pervasivo, è inconferente per lo scopo perseguito dal legislatore. Piuttosto, questo passaggio, se non sembra creare problemi per il creditore della prestazione<sup>592</sup>, ha tutta l'aria di ledere la libertà e la dignità dell'individuo espresse nella scelta del lavoro da prestare, così violando già i primi quattro articoli della nostra Costituzione.

Dunque, non fermandosi alle verosimilmente più immediate e frequenti ripercussioni dell'art. 2 sul contenzioso qualificatorio, è tutt'altro da escludere la seconda ipotesi interpretativa ipotizzata: l'applicazione della disciplina della subordinazione alla fattispecie di cui all'art. 2 non può ritenersi integrale.

Intuibili, ancorché inedite, sono le conseguenze di un simile approdo.

L'applicazione della disciplina della subordinazione dovrebbe, a questo punto, ritenersi tendenziale, e cioè modulata, presumibilmente secondo una correlazione (invero non facile) tra caratteristiche del rapporto e *rationes*-contenuti delle norme nonché, soprattutto, sulla base dei vincoli che il sistema presenta. La modulazione normativa, dinanzi alla correlazione fattispecie-disciplina (e salvo, come già accennato, regole "speciali"), è sino a oggi rimasta confinata al dibattito dottrinale; segnatamente al cd. metodo tipologico di qualificazione della fattispecie, di cui appunto

<sup>592</sup> Il cambiamento della posizione del creditore del lavoro, con il più ampio e ricco potere direttivo a fronte del diverso coinvolgimento organizzativo del prestatore derivante dal mutare del *facere* dedotto in obbligazione, non dovrebbe intaccare la libertà di cui all'art. 41 Cost. - restando ferma peraltro la possibilità di domandare e acquisire lavoro attraverso altre figure contrattuali - e comunque potrebbe trovare eventualmente ragione nella finalità di tutela del lavoro.

l'applicazione selettiva delle regole della subordinazione costituisce la reale o quanto meno più concreta espressione. Essa comporta - *ça va sans dire* - apertura di spazi considerevoli per l'interprete, con un'inevitabile marcata accentuazione del ruolo della giurisprudenza.

Due le immediate considerazioni suscitate da questa prospettiva.

In primo luogo, rammentando che la delega di legge da cui nasce l'art. 2 ha tra i suoi scopi "riordinare i contratti di lavoro vigenti" (art. 1, co. 7, l. n. 183/2014), non si può tacere una certa sorpresa; ancor più pensando all'intento del legislatore, mostrato sovente negli ultimi anni, di delimitare meglio i confini dell'intervento giurisprudenziale<sup>593</sup>.

In secondo luogo - e ciò che più conta - emergono sensibili novità nella tipologia dei contratti di lavoro. Se alla prima interpretazione ipotizzata conseguirebbe un nuovo ingresso nella subordinazione, dalla seconda scaturisce una *fattispecie contrattuale ibrida*, benché comunque anch'essa decisamente sbilanciata sul lavoro subordinato: priva del binomio potere direttivo/disponibilità funzionale - quindi "autonoma" nella logica tradizionale -, eppure soggetta all'applicazione della disciplina della subordinazione, tendenziale ma connotata dalla eteronomia-inderogabilità, come tale distante dal pur eterogeneo panorama, anche comparato, delle regole del lavoro autonomo<sup>594</sup>. Questa doppia divergente e inedita novità è sufficiente a configurare un *tertium genus*? Superfluo indugiare sulla questione terminologica; preferibile invece concentrarsi ancora su alcuni profili sostanziali, peraltro utili anche ai suoi fini.

## 7. Eterorganizzazione e istanza sociale.

Abbiamo, da ultimo, toccato il piano assiologico.

Quale che sia l'interpretazione seguita e al di là delle sue più immediate conseguenze pratiche, sembra dunque inevitabile rinvenire nell'art. 2 l'estensione di un precisa istanza *sociale*, tratto non esaustivo ma identitario della disciplina della subordinazione: la finalità di rimuovere "la diseguaglianza di potere contrattuale che è inerente, e tale non può non essere, al rapporto di lavoro"<sup>595</sup>, attraverso la tutela, in via eteronoma, della parte in condizione di debolezza socio-economica e giuridica. In estrema sintesi<sup>596</sup>, ad avviso del legislatore del 2015, oggi anche l'eterorganizzazione - come ieri la sola eterodirezione - è sufficiente a determinare quell'assorbimento della prestazione di lavoro nell'organizzazione datoriale che impedisce, alla stessa prestazione, di costituire un'entità a sé stante sul piano tanto organizzativo quanto economico: così in linea di principio privando il prestatore di una diretta e immediata visibilità esteriore, e quindi di una

<sup>593</sup> In questa logica ci sarebbe da augurarsi un "nuovo rimescolamento delle carte", peraltro da alcuni già intravisto - invero non senza ottimismo - in relazione al citato d.d.l. sulla tutela del lavoro autonomo (MAGNANI, *Autonomia, subordinazione, coordinazione nel d. lgs. n. 81/2015*, cit., p. 25). In assenza, l'applicazione selettiva della disciplina della subordinazione alle collaborazioni eterorganizzate, per quanto impegnativa (e "sconsigliabile", aggiunge la stessa Magnani, *ibidem*, pp. 23-25), non può escludersi.

<sup>594</sup> Sull'eterogeneità e molteplicità delle discipline del lavoro autonomo, con cenni anche alle esperienze di altri ordinamenti (francese, spagnolo, tedesco), v. PERULLI, *Lavoro autonomo e dipendenza economica, oggi*, in *RGL.*, 2003, p. 221 ss.

<sup>595</sup> KAHN-FREUND, *Labour and the Law*, Stevens, 1977, p. 6.

<sup>596</sup> Estendo all'art. 2 questi profili della subordinazione che già misi in evidenza a proposito del rapporto di lavoro del dirigente in *Dirigenza, contratto di lavoro e organizzativo*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2000, p. 127. È appena il caso di aggiungere che l'ipotetico rafforzamento della posizione del lavoratore *nel mercato* - cui nella recente legislazione di riforma del diritto del lavoro sarebbe rimesso, nella nota logica della *flexicurity*, il bilanciamento della forte riduzione di tutela del lavoratore *nel rapporto* - non solo è difficile da cogliere nelle novità normative, sulla carta e ancor più nella concreta implementazione (per un eloquente quadro d'insieme della situazione attuale cfr. VALENTE, *La riforma dei servizi per il mercato del lavoro*, Giuffè, 2016, sp. pp. 195 e ss.), ma comunque dovrebbe attenuare, non rimuovere, le ragioni della debolezza socio-economica e contrattuale del prestatore di lavoro, in ogni caso non in grado di camminare con le proprie gambe.

"propria" soggettività economico-professionale, nel mercato del lavoro e della produzione. Ne consegue che il lavoratore eterorganizzato, come l'eterodiretto, finisce nell'insieme tendenzialmente indistinto dell'"offerta di lavoro", il cui eccesso rispetto alla domanda costituisce l'elemento determinante della sua condizione di inferiorità socio-economica. E, ritornando al contratto, l'eterorganizzazione come l'eterodirezione, nel dar veste giuridica alla soggezione del lavoratore, ne "perpetua" lo stato di debolezza socio-economica, con una sorta di circolarità.

Si tratta di un aspetto ovviamente importante, benché da inquadrare nel nuovo scenario disegnato dal *Jobs Act*.

Come detto dappprincipio, il *Jobs Act* contrappone alla disciplina della subordinazione l'area del lavoro autonomo, che, dopo l'abrogazione della già scarna normativa del lavoro a progetto, è del tutto sprovvista di particolari protezioni, salvo le tutele di carattere essenzialmente processuale e previdenziale apprestate per le collaborazioni di cui all'art. 409, n. 3, cod. proc. civ. Al momento l'orizzonte non sembra invero riservare mutamenti neanche qualora giungesse in porto il citato disegno di legge sulla tutela del lavoro autonomo, privo di significative innovazioni in proposito.

Nel *Jobs Act* evidentemente è l'estensione della disciplina della subordinazione realizzata dall'art. 2 a soddisfare la domanda di maggiori tutele nell'ambito del lavoro autonomo. Ma questa estensione - giova ricordarlo ancora - non può non collegarsi, a stretto giro di vite, alla contemporanea assai sensibile riduzione della forza protettiva della medesima disciplina. Come si diceva, questa sorta di scambio ha tutta l'aria di essere in perdita per la "subordinazione".

Pur tuttavia, l'estensione della disciplina della subordinazione segna un passaggio cui molti, da varie angolazioni, guardavano da tempo. Riflette tendenze economiche e sociali ormai pluridecennali, determinate da cambiamenti anzitutto del mondo della produzione. Nella discutibile traduzione normativa dell'art. 2, questo appare un passaggio non trascurabile né improvvisato: perciò, forse, non semplice da cancellare, anche in futuri scenari.

Evitando di attardarsi in previsioni di per sé insidiose e rimanendo al più decifrabile presente, di questo inerziale effetto dell'art. 2 ci sono già segni all'interno del quadro normativo dalla stessa norma introdotto. Per l'esattezza, nella lett. a) del suo secondo comma.

#### **8. L'intervento della contrattazione collettiva ex art. 2, co. 2, lett. a): i dubbi oltre la questione della disponibilità del tipo contrattuale.**

Questo comma contiene un'elencazione di ipotesi per le quali la "disposizione di cui al comma 1 non trova applicazione". È un'elencazione di rapporti eterogenea<sup>597</sup> e non facilmente decifrabile, che riprende l'art. 61, co. 3, del d.lgs. 276/2003 in materia di lavoro a progetto<sup>598</sup>; salvo proprio la menzionata lett. a)<sup>599</sup>, che esclude, dall'applicazione del co. 1, le collaborazioni "per le quali gli

<sup>597</sup> Così, tra gli altri, MAGNANI, *Autonomia, subordinazione, coordinazione nel d. lgs. n. 81/2015*, p. 16; SANTORO PASSARELLI G., *I rapporti*, cit., p. 21.

<sup>598</sup> Su questa elencazione v., criticamente e per tutti, PALLINI, *op. cit.*, p. 162.

<sup>599</sup> La lett. a) riporta alla mente invece l'integrazione - di contenuto profondamente e inevitabilmente diverso - introdotta nel co. 1 dell'art. 61 del d. lgs. n. 276/2003, dall'art. 24-bis co. 7 della d.l. 22 giugno 2012 n. 83, conv. con mod. dalla l. 7 agosto 2012 n. 134, in virtù della quale per l'"attività di vendita diretta di beni e servizi realizzate attraverso *call center 'outbound'*" il ricorso al lavoro a progetto era "consentito sulla base del corrispettivo definito dalla contrattazione collettiva nazionale di riferimento".

accordi collettivi nazionali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale prevedono discipline specifiche riguardanti il trattamento economico e normativo, in ragione delle particolari esigenze produttive ed organizzative del relativo settore". Ed è questa l'ipotesi anche di maggior respiro e rilievo pratico, come le prime esperienze già mostrano<sup>600</sup>.

Per quanto ovvio, giova da subito ricordare, su un piano peraltro più generale, che, poiché il co. 2 prevede (e non poteva essere diversamente) la non applicazione della "disposizione del comma 1 (...) con riferimento" alle collaborazioni di cui alla successiva elencazione (attività nel caso della lett. "c"), evidentemente queste collaborazioni (o attività) devono presentare il tratto dell'eteroorganizzazione di cui allo stesso comma 1.

Venendo specificamente alla lett. a), ciò sembrerebbe sgombrare il campo da un problema non marginale. Appurato che l'eteroorganizzazione, secondo la tipologia tradizionale, è da inquadrare nel lavoro autonomo, a parere di un'opinione molto diffusa<sup>601</sup> sarebbe superato il cd. problema della indisponibilità del tipo contrattuale, proprio appunto della subordinazione<sup>602</sup>, per il quale l'art. 2 ha ridestato attenzione e con il quale deve fare i conti chi riconduce invece le collaborazioni eteroorganizzate all'art 2094 cod. civ. Sulla base di tale impostazione, il ruolo della contrattazione collettiva, per intuibili ragioni, diverrebbe nel suo complesso meno gravoso e con più facilità si diraderebbero possibili dubbi, di questo o quel genere, sul suo intervento.

Ma l'impostazione convince sino in fondo? A porre la domanda induce in primo luogo la *ratio* dell'art. 2, co. 1, al di là dell'applicazione integrale o modulata della disciplina della subordinazione.

Se l'art. 2, co. 1, intende estendere – come sin qui sostenuto - questa disciplina al lavoro eteroorganizzato per la stessa finalità di tutela *eteronoma e inderogabile* che da sempre la contraddistingue, c'è da dubitarne.

È anzitutto il caso di premettere, per completezza di analisi, che nella lett. a) del co. 2 dell'art. 2, l'inderogabilità della tutela trova espressa, sebbene indiretta conferma, giacché, in essa, si attribuisce un preciso e specifico potere derogatorio alla contrattazione collettiva. Tuttavia proprio questo potere fa sì che la contrattazione collettiva abbia la facoltà di disapplicare la disciplina della subordinazione a rapporti che a questa disciplina, oggi, dovrebbero essere soggetti: esattamente quanto vietato dalla Corte costituzionale con le sue pronunce sulla indisponibilità del tipo contrattuale, sia pur in riferimento all'art. 2094 cod. civ.<sup>603</sup>

È agevole immaginare almeno un paio di possibili immediate obiezioni: a) nell'art. 2 si ragiona di rapporti di lavoro in origine pur sempre "autonomi"; b) l'eteroorganizzazione di cui all'art. 2 resta

<sup>600</sup> Cfr., IMBERTI, "Mi dispiace ma non sei il mio tipo" (quando la contrattazione collettiva nazionale rifiuta il lavoro etero-organizzato, Convegno internazionale di studi su "La contrattazione collettiva nello spazio economico-globale", Bologna, 19-20 febbraio 2016, dattiloscritto, p. 3.

<sup>601</sup> PERULLI, *Il lavoro*, cit., p. 16, ritiene il problema finanche "indizio decisivo" a favore della tesi secondo cui l'art. 2 si riferisce a rapporti di lavoro autonomo.

<sup>602</sup> Oggetto delle note sentenze della C. Cost. 7 aprile 1993 n. 121, 26 gennaio 1994 n. 11 e, da ultimo, 7 maggio 2015 n. 76.

<sup>603</sup> Il problema, come noto discusso (da ultimo cfr. MAGNANI *Autonomia, subordinazione, coordinazione nel d. gls. n. 81/2015*, cit. p. 19, nt. 61), a mio avviso si propone, in estrema sintesi, nella misura in cui chiama in gioco tutele costituzionali riconducibili al contratto di lavoro subordinato come configurato dall'ordinamento.

comunque differente dall'eterodirezione di cui all'art. 2094 cod. civ. e la differenza assume appunto consistenza normativa nella questione in parola.

Spontanea sorge un'altra domanda: ma le obiezioni coglierebbero davvero nel segno? Il dubbio di soluzioni semplicistiche, se non formalistiche, è forte.

A essere in dubbio ovviamente non è la distinzione tra eterodirezione ed eteroorganizzazione, bensì la natura autonoma dei rapporti in questione: dopo il gennaio 2016 un guscio vuoto. Come prima osservato, l'art. 2, pur guardando a rapporti sino a ieri di lavoro autonomo: a) se si propende per l'applicazione integrale della disciplina della subordinazione, ha inciso sulla relativa fattispecie, sia pur solo attraverso l'apertura di una nuova porta di ingresso all'art. 2094 cod. civ.; b) se si opta per un'applicazione modulata della disciplina della subordinazione, ha dato vita a una fattispecie ibrida, tendenzialmente da ricondurre comunque sul piano normativo nella subordinazione.

Anche in questa seconda ipotesi - è utile ribadirlo - la collaborazione eteroorganizzata oggi è *in quanto tale*, per l'ordinamento, connotata in senso sociale e ricondotta a fini normativi nella subordinazione: sicché, l'applicazione parziale della disciplina della subordinazione sarebbe dovuta alla presenza di eventuali insormontabili vincoli di sistema, che definirebbero l'esatta fisionomia del cambiamento normativo senza però intaccarne ragioni d'essere e valenza.

Ebbene, se questo è lo scenario, la nuova regolazione delle collaborazioni eteroorganizzate incrocia necessariamente le "norme inderogabili previste dall'ordinamento per dare attuazione ai principi, alle garanzie e ai diritti dettati dalla Costituzione a tutela del lavoro subordinato": quanto dà sostanza alla questione dell'indisponibilità del tipo contrattuale di cui all'art. 2094 c.c.<sup>604</sup>

Si potrebbe dire che, in ragione dell'inedito contenuto dell'art. 2 e dei mutamenti da esso introdotti nella tipologia contrattuale, la questione venga in gioco dalla prospettiva della disciplina: nella nuova norma sarebbe la disciplina, in quanto inderogabile nella sua valenza costituzionale, a generare la questione. Ma è solo un problema di visuale, riproponendosi, nuovamente, il carattere biunivoco della relazione fattispecie-disciplina.

Riepilogando, l'art. 2, co. 2, lett. a), dopo aver ampliato il confine della tutela inderogabile di rilievo costituzionale del lavoro sinora segnato dalla subordinazione (eterodirezione), rimette, questa tutela, alla disponibilità della contrattazione collettiva. Pertanto, alla contrattazione sarebbe consentito, per l'eteroorganizzazione, ciò che è vietato per l'eterodirezione, nonostante la comune inclusione nella disciplina della subordinazione.

A ben guardare, però, il dato normativo indirizza verso altra direzione.

La lett. a) è la sola ipotesi dell'elencazione dell'art. 2, co. 2, in cui il legislatore offre un'indicazione circa il motivo dell'esclusione dall'applicazione del co. 1: le "particolari esigenze produttive ed organizzative del relativo settore". Viene allora da pensare che, se per gli altri rapporti indicati nell'eterogenea e invero discutibile elencazione del co. 2 il silenzio del legislatore induce a rinvenire in linea di principio il motivo della loro sottrazione al c. 1 nella *ratio* del medesimo comma

<sup>604</sup> La citazione è tratta dalla sentenza della C. Cost. n. 121/1993; il passo è poi ripreso nelle successive pronunce n. 11/1994 e n. 76/2015. Per converso, per intuibili ragioni, in questa logica non ha senso porre il problema di un eventuale contrasto con l'art. 101, paragrafo 1, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, in riferimento a quanto affermato da C. Giust., 4 dicembre 2014, C-413/13, *FNV Kunsten Informatie en media* c. Regno di Olanda; al riguardo cfr., in una diversa prospettiva, NUZZO, *op. cit.*, p. 15.

(letta ovviamente in negativo<sup>605</sup>), in riferimento al co. 2 il discorso è *per tabulas* diverso. Più precisamente, in primo luogo - facendo un passo indietro nell'analisi - è da escludere che alla contrattazione collettiva sia attribuito il potere: a) di individuare collaborazioni eterorganizzate ma non connotate da uno squilibrio socio-economico tra le parti; b) di sottrarre le medesime collaborazioni alla disciplina della subordinazione in ragione dell'assenza di questo squilibrio. In secondo luogo, di riflesso, v'è da ritenere che il potere della contrattazione collettiva in parola sia un potere (non solo circoscritto alla ridefinizione della disciplina, come dice la lettera della norma, senza incidenza sulla fattispecie, che - si ribadisce - rimane quella del co. 1, ma anche) vincolato a determinati presupposti (appunto le "particolari esigenze produttive ed organizzative del relativo settore").

La questione assume allora altri e più ampi contorni, al di là del problema della disponibilità del tipo.

Torna in mente l'opinione che invita a considerare le esclusioni in termini di "razionalità e ragionevolezza"<sup>606</sup>. A questo punto, però, l'art. 2, co. 2, lett. a), ripropone problemi più generali, non certo nuovi.

Il legislatore, nel momento in cui estende alle collaborazioni eterorganizzate la disciplina della subordinazione, sia pur parzialmente ma significativamente svuotata, ricorre a quella peculiare e antica tecnica normativa che è la contrattazione collettiva, segnatamente nazionale: per graduare questa estensione, le attribuisce in generale un potere derogatorio della norma di legge. Risulta anche un po' paradossale invero: proprio nella stagione legislativa in cui l'azione sindacale, in particolare a livello nazionale, non gode dei migliori favori da parte del legislatore e proprio nel *Jobs Act* che di questa stagione è la più eloquente espressione. Il discorso, evidentemente, è più complesso e problematico. Qui, per ovvie ragioni, sono possibili solo alcune considerazioni.

Si è detto che "in un contesto di 'traghettamento forzoso', da uno statuto protettivo debole ad uno statuto protettivo forte, appare del tutto ragionevole la promozione 'morbida' di passaggi convenzionali (...), con l'evidente esigenza di garantire la salvaguardia delle imprese e, quindi, della occupazione"<sup>607</sup>. Osservazioni condivisibili, però parziali. Va tenuto presente che il legislatore, nell'art. 2 - e non solo - continua a puntare sul sindacato comparativamente più rappresentativo, strizzando peraltro ancora l'occhio ai ccdd. accordi separati<sup>608</sup>, seppure sul piano nazionale. Incurante dunque dei ben noti problemi del nostro sistema sindacale "di fatto", non rivitalizzato neanche dagli accordi interconfederali del triennio 2011-2014, fa perno su soggetti e dinamiche appartenenti a stagioni trascorse, come questi stessi accordi dimostrano<sup>609</sup>. Una tecnica

<sup>605</sup> Ossia per l'inesistenza o la ridotta pressione dell'istanza sociale di riequilibrio delle parti contrattuali.

<sup>606</sup> BALLESTRERO-DE SIMONE, *Diritto del lavoro*, Giappichelli, 2015, p. 139.

<sup>607</sup> PESSI, *op. cit.*, p. 14. In ottica anche più ampia, considera la norma di una portata "tutta da esplorare" MAGNANI, *Autonomia, subordinazione, coordinazione nel d.lgs. n. 81/2015*, cit. p. 23, nt. 71.

<sup>608</sup> Come si intuisce, si allude all'utilizzazione della preposizione semplice "da" per l'individuazione del soggetto negoziale ("accordi collettivi nazionali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale": corsivo mio ovviamente).

<sup>609</sup> Sia consentito al riguardo rinviare a ZOPPOLI A., *Jobs Act e formante sindacale: quale ruolo per quale contrattazione collettiva*, in RUSCIANO-ZOPPOLI L., *Jobs Act e contratti di lavoro dopo la legge delega 10 dicembre 2014 n. 183*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona" - Collective Volumes-3/2014*, p. 33. Va notato che nella legge delega il rinvio alla contrattazione collettiva, riferito però ad altri istituti (v. art. 1, co. 7, lett. e-g), è invece inclusivo.

peraltro, già in passato e ancor più oggi dinanzi a forti difficoltà economiche, assai dubbia dal punto di vista delle garanzie costituzionali di democraticità e di responsabilità dell'azione regolativa del soggetto sindacale. Non c'è da stupirsi se più d'uno avanza perplessità su questo "centrale" coinvolgimento della contrattazione, anche in relazione alle prime sue concrete espressioni<sup>610</sup>. In tale prospettiva finisce per perdere consistenza pure il presunto carattere paradossale di cui si diceva. E, per converso, vien da chiedersi se le "particolari esigenze produttive ed organizzative del relativo settore" consentano, in qualche misura, un sindacato esterno, ossia giudiziale, sull'operato della contrattazione. Ma siffatto sindacato risulterebbe comunque, in concreto, tanto difficile quanto foriero di confusione e incertezza, sì da minarne la solidità giuridica<sup>611</sup>. E allora appare inevitabile tornare alla nostra Costituzione e alle sue inderogabili garanzie.

Non senza, opportuno aggiungerlo, una punta di rammarico. Sì, perché al sostegno della contrattazione collettiva appare più che ragionevole ricorrere, come d'altronde l'esperienza insegna e soprattutto lascia intendere la nostra Costituzione: la contrattazione collettiva è, probabilmente, la migliore risorsa di cui il diritto del lavoro dispone per realizzare gli equilibri e i bilanciamenti richiesti da una società così articolata e complessa come quella contemporanea. Non però la contrattazione collettiva che abbiamo dinanzi oggi.

Rammarico, si diceva, non stupore: già prima dell'art. 2 il *Jobs Act* ha rivolto lo sguardo altrove.

---

All'esclusione indicata dalla lett. a) dell'art. 2, co. 2, non credo si possa giungere anche attraverso la cd. contrattazione di prossimità di cui all'art. 8 del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, conv. con mod. in l. 14 settembre 2011 n. 148: per quanto sia ampio il potere attribuito da questa seconda norma, la prima configura comunque una specifica ipotesi normativa, differente in tutti i suoi elementi. Al più la contrattazione di prossimità potrà, sulla base anzitutto dell'interpretazione sistematica, estendersi alle collaborazioni eterorganizzate nei limiti e secondo le modalità indicate dalla disciplina per essa prevista dal suddetto art. 8.

<sup>610</sup> Cfr. LASSANDARI, in VALLEBONA (a cura di), *op. cit.*, p. 68; IMBERTI, *op. cit.*, p. 3.

<sup>611</sup> Eloquente MAGNANI (*Autonomia, subordinazione, coordinazione nel d. lgs. n. 81/2015*, cit., p. 18) auspica, da parte dei giudici, "un opportuno *self-restraint*".

## Introduzione *Welfare* aziendale\*

Tiziano Treu

1. Le trasformazioni del welfare pubblico e il secondo welfare.	225
2. Dimensioni del welfare privato e aziendale e implicazioni per il sistema pubblico.	227
3. Selettività del welfare pubblico e integrazioni del secondo welfare.	228
4. Diffusione del welfare aziendale e sostegno pubblico.	229
5. Welfare unilaterale e welfare negoziato. Ruolo e livelli della contrattazione collettiva.	231
6. Strumenti per diffondere e mettere a sistema il welfare aziendale.	234
7. Il <i>welfare</i> delle PMI.	235
8. Il <i>welfare</i> dei lavori atipici.	235
9. <i>Welfare</i> della bilateralità.	236
10. Tipi di <i>welfare</i> e classificazione.	237
11. Il <i>welfare</i> aziendale e gli equilibri del sistema contrattuale.	238
12. Le prese di posizione delle parti sociali.	239
13. Moderazione salariale e scelte di <i>welfare</i> .	241
14. Il finanziamento del <i>welfare</i> : risorse aggiuntive e conversione dei premi salariali.	242
15. Le innovazioni della legge di stabilità.	243
16. Struttura del <i>welfare</i> aziendale e implicazioni per i rapporti di lavoro.	244
17. Condizioni di fattibilità e gestione del <i>welfare</i> .	246
18. Informazione e coinvolgimento degli <i>stakeholders</i> .	247
19. <i>Welfare</i> flessibile e produttivo.	247

---

\* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 297/2016

## 1. Le trasformazioni del welfare pubblico e il secondo welfare.

Le trasformazioni economiche e sociali degli ultimi anni hanno investito tutti gli aspetti del mondo del lavoro, dalle regole dei contratti individuali, tipici e atipici, alle istituzioni del mercato del lavoro alle relazioni industriali, fino agli istituti della previdenza e della sicurezza sociale o del welfare, per usare un termine riassuntivo, anche se atecnico, sempre più comune.

L'impatto del cambiamento è stato diretto per quegli istituti previdenziali e di welfare che sono legati ai rapporti di lavoro per fondamento giuridico e per strumenti di finanziamento. Nell'ordinamento italiano la gran parte del welfare si è sviluppato storicamente in questa direzione. Ha cioè mantenuto carattere occupazionale, anzi categoriale, in quanto si è spesso differenziato per settori produttivi, per tipi di imprese e per lavoratori tipici e atipici; come si vede emblematicamente dalla disciplina degli ammortizzatori sociali e dal finanziamento delle pensioni. Solo di recente il welfare pubblico si è esteso alla generalità dei lavoratori subordinati e solo in parte ai cd. parasubordinati.

Il welfare universalistico in senso stretto, cioè fondato sullo status di cittadino e finanziato esclusivamente su base fiscale, si è affermato anzitutto nella sanità e con istituti alquanto frammentari nei settori dell'assistenza; ma non è ancora riconosciuto dall'ordinamento nazionale come strumento di garanzia del reddito e di lotta alla povertà. Nonostante il fondamento lavoristico-occupazionale del nostro welfare pubblico la sua regolazione legislativa ha presentato nel tempo non poche sfasature rispetto alle trasformazioni del mondo del lavoro, come si registra ad es. nel ritardo di adeguare la normativa sugli ammortizzatori sociali e delle pensioni al modificarsi dei contenuti e dei percorsi del lavoro subordinato, parasubordinato e autonomo. La stessa riflessione sugli istituti previdenziali da parte dei suoi cultori, spesso distinti anche accademicamente dai giuristilavoristi, ha seguito paradigmi disciplinari separati da quelli storici del diritto del lavoro.

Questa separatezza di approcci ha influito anche nella configurazione di quegli istituti che oggi si chiamano, con termine riassuntivo ma eterogeneo, di secondo welfare.

Il termine è diventato di uso comune in anni recenti per indicare un ambito di (nuove) politiche sociali realizzate al di fuori dell'intervento pubblico, ad opera di attori diversi, non solo delle tradizionali organizzazioni di rappresentanza e delle imprese, ma anche di fondazioni, enti bilaterali, organizzazioni del terzo settore e della mutualità.<sup>612</sup>

Se finora sia il legislatore sia la dottrina giuridica si sono concentrati sugli istituti di welfare pubblico, statale in primis e parzialmente locale, lo sviluppo delle varie forme di welfare privato ha reso necessario affrontare il tema finora trascurato delle relazioni fra questi nuovi istituti e il sistema storico di protezione.

È questa un'area tematica ancora oggetto di analisi parziali e che si presta a prese di posizione (anche) fortemente controverse. La criticità della questione sta nel fatto che lo sviluppo del secondo welfare può costituire un fattore di criticità e di concorrenza pregiudizievole rispetto agli

<sup>612</sup> La categoria del secondo welfare è stata negli anni variamente analizzata e sistematizzata: cfr. in particolare il *Rapporto sul secondo welfare*, a cura di M. Ferrera e F. Maino, arrivato alla seconda edizione (2015); E. Pavolini, U. Ascoli, M.L. Mirabile, *Introduzione a Tempi moderni. Il welfare delle aziende in Italia*, a cura degli stessi A., Il Mulino, Bologna, 2013, p. 13 ss. Ugo Ascoli usa il termine *welfare occupazionale* per indicare le prestazioni riguardanti i vari rischi sociali, fornite dalle imprese ai lavoratori, unilateralmente o sulla base di accordi collettivi).

equilibri dello stato sociale, già resi precari dalla riduzione delle risorse conseguente alla crisi economica. Questo è l'aspetto più spesso oggetto delle polemiche politiche; tanto più in quanto i vari istituti di questo welfare, dalla previdenza alla sanità e assistenza complementare, fino ai vari benefits che costellano il welfare aziendale, non si sono sviluppati solo per forza propria, ma con un riconoscimento normativo e con un sostegno pubblico, specie fiscale.

La questione è non solo politicamente sensibile, ma è irta di difficoltà analitiche e metodologiche. La complessità ed eterogeneità degli istituti di questo welfare rendono inadeguate le classificazioni tradizionali del welfare pubblico. Non a caso le trattazioni in argomento presentano tipologie e schemi analitici dai contorni incerti e spesso dai tratti divaricati. Le difficoltà sono accresciute dalla mancanza di strumenti metodologici ancora prima che operativi atti a raccordare le nuove forme del secondo welfare, ancora più di quello pubblico con i contenuti tradizionali del rapporto di lavoro, dalla retribuzione ai criteri di misura e classificazione del lavoro, allo svolgimento del rapporto nel tempo e nei vari cicli di vita cui il welfare è strettamente legato.

Spetta agli interpreti, come agli operatori giuridici e sociali, configurare e porre in essere questi strumenti affinché la evoluzione degli istituti di welfare sia coerente come quella degli istituti del diritto del lavoro, ed entrambi siano utili a regolare le nuove realtà del mondo del lavoro orientandole al miglioramento delle condizioni di vita dei soggetti vecchi e nuovi che lo popolano.

Prima di esaminare specificamente i contenuti del welfare aziendale ritengo opportune alcune considerazioni circa i rapporti fra welfare pubblico e secondo welfare, senza pretesa di essere esaustivo.

L'analisi empirica conferma che le varie forme del welfare privato hanno assunto una importanza crescente negli ordinamenti europei, fino a impegnare percentuali significative della spesa sociale. La tendenza riguarda non solo paesi come il Regno Unito, caratterizzati tradizionalmente da un debole welfare pubblico (dove la spesa per il welfare privato ha superato il 10%, secondo i dati OCSE 2011, Database), ma anche in sistemi a consolidato welfare statale, come la Svezia, la Francia e la Germania, dove la spesa per queste forme è rispettivamente del 5,5%, 5,9%, 4,3%.

Per il nostro Paese tale spesa è stata tradizionalmente più contenuta (1,6% secondo gli stessi dati),<sup>613</sup> ma risulta in crescita sensibile negli ultimi anni, in particolare per i settori della sanità e assistenza integrativa e per i vari tipi di benefit aziendali.

La diversità delle componenti di questo secondo welfare non permette valutazioni univoche, né circa la loro fruizione concreta né circa i loro rapporti con i paralleli istituti del welfare pubblico. Indicazioni significative possono desumersi solo da analisi approfondite dei singoli istituti e della loro diffusione nel sistema. Le analisi di casi e di settore si sono moltiplicate negli ultimi anni, a conferma del crescente sviluppo del welfare e dell'interesse da esso suscitato.<sup>614</sup> Il crescente interesse anche della contrattazione collettiva per lo sviluppo e per la regolazione del welfare è

<sup>613</sup> F. Maino, *Secondo welfare e territorio: risorse, prestazioni, attori, reti, nel rapporto sul secondo welfare 2015*, cit., p. 22 ss.; G. Mallone, *Il welfare aziendale in Italia: tempo di una riflessione organica*, nel *Rapporto sul secondo welfare*, curato da F. Maino, M. Ferrera, cit., p.47 ss.; nel 2013 e nel 2015; il volume curato da E. Pavolini, U. Ascoli, M.L. Mirabile, 2015, p. 52.

<sup>614</sup> Vedi in particolare sui vari aspetti del secondo welfare i rapporti curati da M. Ferrera e F. Maino nel 2013 e nel 2015; il volume curato da E. Pavolini, U. Ascoli e M.L. Mirabile, cit., con dati quantitativi e con ricerche empiriche su casi di welfare aziendale; le analisi e le relazioni annuali della COVIP sulla previdenza complementare; sulla sanità integrativa, oltre ai volumi sopra citati, cfr. F. Pammolli, N. Salerno, *La sanità in Italia*, Mulino Arel, 2008, cap. III.

documentato da diversi osservatori sui contenuti contrattuali curati soprattutto da parte sindacale.

Questi contributi accrescono meritoriamente il nostro bagaglio conoscitivo, ma non sono ancora sufficienti a colmare il deficit di informazione sistematica che caratterizza il nostro Paese, qui come in altre aree del sistema sociale. Tale carenza prelude la possibilità di acquisire una visione complessiva del nostro welfare aziendale e suggerisce cautela nel dare valutazioni sulla sua positività o negatività rispetto all'ordinamento sociale complessivo.

## 2. Dimensioni del welfare privato e aziendale e implicazioni per il sistema pubblico.

Le analisi suffragate dai primi dati di ricerca sottolineano, anche se con sfumature diverse, i caratteri ambivalenti del secondo welfare e in particolare di quello aziendale. Le varie forme possono contribuire positivamente non solo alla produttività dell'azienda e al benessere dei lavoratori, ma anche al clima delle relazioni di lavoro e all'efficienza complessiva del sistema.

I giudizi sono più controversi e da verificare, in ordine al punto critico sopra indicato cioè all'impatto che uno sviluppo diffuso del welfare aziendale può avere sugli assetti del sistema pubblico e sulla distribuzione delle risorse.

Non si può approfondire questo aspetto, né è possibile allo stato dare risposte che non siano basate su approcci aprioristici. Per apprezzare in modo non contingente le tendenze di entrambi i sistemi, pubblico e privato, si richiederebbero osservazioni più sistematiche di quelle disponibili e ripetute nel tempo.

Mi limito a rilevare che non si danno elementi sufficienti per sostenere l'ipotesi che il welfare privato, in specie aziendale, costituirebbe una compensazione o una surroga a un *retrenchement* generale del welfare pubblico. Contrariamente a quanto si sostiene, talora anche da esperti, la spesa sociale pubblica nel suo complesso, in Italia come in altri paesi europei, non ha subito riduzioni significative, anche se ne è stata frenata la crescita, e se si sono operate restrizioni in settori tradizionalmente carenti nel nostro Paese, che avrebbero necessità di interventi riequilibratori (dal contrasto alla povertà, alle politiche attive del lavoro, agli interventi per la famiglia, fino alla formazione permanente). L'obiettivo da perseguire, a nostro avviso, non è di sostituire spesa pubblica con spesa privata, ma di mobilitare risorse per bisogni e aspettative che il welfare pubblico non riesce a soddisfare, a causa delle restrizioni da tempo in atto della finanza pubblica ma anche per la crescente personalizzazione di molti bisogni e rischi sociali.

Anche per questo aspetto il giudizio sui rapporti fra welfare pubblico e secondo welfare va differenziato, valutando gli interventi e le aree di sviluppo di quest'ultimo in rapporto all'andamento e alle carenze del sistema pubblico.

Come si vedrà in altre parti del volume, gli istituti del welfare privato si sono sviluppati secondo traiettorie diverse, e nel caso del welfare aziendale, su iniziativa delle singole imprese, al di fuori di finalizzazioni complessive. Per questo i benefit aziendali sono di per sé esposti al rischio di perseguire obiettivi parziali e di favorire tendenze alla settorializzazione delle offerte.

Questo rischio - su cui torneremo - è accentuato dalle caratteristiche del sistema pubblico italiano che è sbilanciato, per quanto riguarda la componente previdenziale e quella sanitaria, verso la popolazione anziana e che ha tradizionalmente trascurato aspetti cruciali come le politiche di contrasto alla povertà, le politiche del lavoro e quelle di sostegno alla famiglia. Inoltre esso riflette,

invece di correggere, squilibri dell'assetto economico e sociale, quali la frammentazione lungo linee categoriali degli istituti lavoristici, come le pensioni e gli ammortizzatori sociali; le disegualianze nell'accesso ai diritti negli stessi settori a impostazione universalistica come la sanità e l'istruzione, e in generale le disparità territoriali del Paese, specie nella disponibilità di servizi sociali a gestione decentrata e a impegno ridotto del pubblico.

La ridefinizione del rapporto fra welfare pubblico e privato dipende da variabili complesse che risentono di vincoli sia economici sia politico istituzionali. Non a caso le riforme del welfare pubblico attuate nei vari Paesi per adeguarlo ai nuovi bisogni sociali si presentano differenziate, per lo stesso motivo e indicano un diverso equilibrio con gli interventi di welfare sociale.

Alcune tendenze sono peraltro segnalate con sufficiente chiarezza. Da una parte la debolezza o la riduzione delle risorse pubbliche, conseguenti al rallentamento della crescita economica e poi alla crisi, inducono lo Stato e le istituzioni del welfare a una maggiore selettività rispetto al passato nella individuazione delle prestazioni sociali, distinguendo quelle rispondenti ai bisogni essenziali e quindi da garantire su base universale, o comunque obbligatoria (assicurativa), e quelle che possono essere affidabili alla libera scelta delle persone e gestibili anche su base privatistica.

D'altra parte la evoluzione qualitativa dei bisogni tende a richiedere oltre a prestazioni monetarie e a servizi erogabili in forma standard, prestazioni personalizzate che richiedono specificità di intervento, nonché maggiore libertà e partecipazione da parte dei singoli. Anche prestazioni personalizzate, possono essere garantite da parte di un welfare pubblico che sappia rinnovarsi e diversificarsi specie in forme decentrate; ma costituiscono l'ambito ideale per interventi di welfare privato, tanto più efficaci se aperti alla partecipazione dei soggetti beneficiari.

Nel caso italiano la debole dinamica complessiva dell'economia e la scarsità delle risorse pubbliche disponibili rendono difficile correggere gli squilibri strutturali del nostro welfare sia fra i diversi istituti sia fra le categorie beneficiarie. La selettività imposta dal nuovo contesto ha sollecitato solo una iniziale redistribuzione della spesa. Un esempio significativo è il ridisegno degli ammortizzatori sociali in direzione universalistica, attuato dal decreto 22/2015. Viceversa non si è ancora concretato l'obiettivo di rafforzare aree di welfare storicamente deboli quali le politiche attive del lavoro, la lotta alla povertà, il sostegno alla famiglia, lo sviluppo delle attività di cura, fino alla educazione ai vari livelli, dalla prima infanzia alla formazione permanente.

La maggiore selettività del sistema pubblico sollecita anche gli attori del secondo welfare a intervenire nelle diverse modulazioni degli istituti pubblici; e gli stessi attori sono chiamati a scelte selettive, capaci di contribuire con il sistema pubblico alla soddisfazione dei bisogni fondamentali dei cittadini e dei lavoratori.

### **3. Selettività del welfare pubblico e integrazioni del secondo welfare.**

Le tendenze ora ricordate segnalano possibili aree di intervento del secondo welfare, che trovano – come si vedrà – solo rispondenza parziale nella pratica. In effetti l'integrazione positiva fra welfare pubblico e privato costituisce un obiettivo di portata strategica per l'intero sistema sociale, che richiede l'impegno convergente di tutti gli attori e le istituzioni.

In che misura e con quali strumenti tale risultato sia raggiungibile è una questione aperta. Creare le condizioni per dare risposte convincenti a tale questione è cruciale per la valutazione politica e sociale del fenomeno, da parte sia degli attori sociali sia del decisore pubblico.

Sul punto le risultanze delle analisi sono spesso influenzate dagli orientamenti ideali, o ideologici, degli osservatori, e non sono sostenute da conoscenze sistematiche in grado di contrastare tali apriorismi e di verificare le varie ipotesi.

I punti di criticità sono molteplici sia per il welfare aziendale in senso stretto sia per il più ampio sistema di secondo welfare. Il primo presenta la criticità "intrinseca" di essere "circoscritto" all'ambito delle imprese, per cui è condizionato dagli interessi e dai bisogni rilevanti in questo contesto. Il limite è tanto più evidente in quanto le misure di welfare siano attivate, come è avvenuto finora, per iniziativa prevalente del management anche se oggetto di accordi aziendali e limitate alle aziende medio-grandi.

Altri istituti di welfare privato, per il carattere aperto e per la maggiore ampiezza di orizzonti e di attori, non risentono di questo limite, ma si presentano ancora come un insieme di iniziative spesso disarmoniche e poco finalizzate a obiettivi convergenti.

Anche analisi non prevenute rivelano che l'attuale situazione presenta un duplice rischio: quello di favorire una dispersione sia delle risorse private direttamente impegnate sia di quelle pubbliche di sostegno, e dall'altra parte quello di non contrastare o di favorire disparità e diseguaglianze di trattamento.

Più in generale l'orientamento e lo sviluppo degli istituti di welfare secondario risentono del contesto delle politiche sociali in cui si collocano, della loro evoluzione storica come dei punti di forza e di debolezza. Analogamente, la capacità del welfare privato di integrarsi positivamente con quello pubblico per ottimizzare la risposta ai bisogni sociali dei vari gruppi di popolazione, dipende, come quella di altre politiche sociali, dai medesimi fattori che influiscono sugli equilibri del sistema: per un verso dalle scelte delle istituzioni pubbliche - statali e locali - per altro verso, dagli orientamenti salariali e dalle risorse messe in campo dagli attori sociali ai vari livelli.

#### **4. Diffusione del welfare aziendale e sostegno pubblico.**

Gli orientamenti delle politiche pubbliche in questo settore si sono espressi diversamente nei vari paesi come risulta dalle analisi comparate, manifestando diseguali gradi di sviluppo del welfare privato (anche) in relazione con le dimensioni e con la qualità del sistema pubblico di protezione sociale. Il nesso non è meccanico, come si è rilevato, perché anche i paesi a forte welfare pubblico hanno verificato la utilità del secondo welfare per rispondere ai mutevoli e crescenti bisogni dei cittadini.

In effetti tutte le analisi mostrano che l'espansione del welfare privato è una tendenza comune nei paesi avanzati. La tendenza si è accelerata negli ultimi anni anche per i condizionamenti della crisi economica che ha richiesto all'attore pubblico una più attenta selezione degli interventi e ha stimolato il protagonismo degli attori sociali, tradizionali e non.

Al di là delle diverse configurazioni specifiche, gli ordinamenti europei hanno condiviso il favore per gli istituti di welfare aziendale e privato in genere, sostenendone lo sviluppo in particolare con agevolazioni normative e fiscali. Il caso italiano non fa eccezione, anche se tale sostegno si è espresso con normative tutt'altro che coerenti e variabili nel tempo, peraltro con significative innovazioni introdotte dalla legge di stabilità per il 2016 (legge 208/2015), (v. oltre).

Tale sostegno al welfare privato, integrativo del pubblico, è coerente con le indicazioni europee relative al proprio modello sociale e per quanto riguarda l'Italia con le indicazioni della nostra

Costituzione. Questa riconosce la libertà dei privati di organizzarsi per finalità legittime e specificamente per finalità di interesse come quelle previdenziali, assistenziali e, per altro verso, culturali e di istruzione (art.18, 33 e 39 Cost.).

Il sostegno pubblico al welfare privato, se ha un indubbio fondamento di legittimità, anche costituzionale, non è di per sé sufficiente a determinarne gli esiti e l'utilità sociale. Anzi, per non tradire il carattere di sussidiarietà di questi istituti, l'intervento pubblico può svolgere un compito di sostegno utile ad orientare le scelte degli attori del welfare, ma senza invadere l'autonomia delle parti cui spettano le scelte di priorità sui contenuti e sulla configurazione dei vari istituti.

L'integrazione virtuosa fra i due pilastri del welfare richiede diverse condizioni: un equilibrio fra i diversi attori, orientamenti convergenti delle istituzioni pubbliche centrali e locali e scelte comuni fra le parti sociali.

Nel caso italiano la realizzazione di queste condizioni incontra non pochi ostacoli su entrambi i versanti: deve fare i conti con le incertezze e con le oscillazioni delle politiche pubbliche - sia nazionali sia locali -, con le tensioni, da ultimo accresciutesi, fra le istituzioni di governo e i sindacati e con le divergenze fra le parti sociali all'interno del movimento sindacale.

Per questo la costruzione di un welfare integrato fra i due pilastri si intreccia con le questioni di fondo del nostro sistema politico sociale e non può che essere il risultato di un processo graduale.

Qui si possono avanzare solo alcune ipotesi di massima, tenendo conto degli atteggiamenti degli attori pubblici e privati e dello sviluppo dei vari settori.

Nei principali sistemi di welfare europeo, i due settori della previdenza e della sanità complementare hanno rivestito una importanza prioritaria, segnalata dalle scelte pubbliche e accompagnata dalle parti sociali che, non solo in Italia, vi hanno dedicato una intensa attività di regolazione contrattuale.

La centralità di questi settori è confermata dalle risorse investite e dall'ambito di diffusione soggettivo. La previdenza pubblica assorbe com'è noto la quota in assoluto più consistente (nel 2010 il 15,8%) di risorse (maggiore della media europea), con una crescita costante negli ultimi decenni che si è andata faticosamente stabilizzando a seguito delle ripetute riforme intervenute a partire dagli anni '90.

La previdenza complementare, pur avendo origini ed espressioni significative risalenti nel tempo, ha registrato uno sviluppo da parte della contrattazione collettiva e una regolazione pubblica a partire dagli anni '90, in concomitanza con le riforme delle pensioni pubbliche.

La sanità pubblica costituisce un altro pilastro fondamentale del nostro sistema di *welfare* impostato su base universalistica con la riforma del 1983, in seguito progressivamente aggiornata. La quota di risorse pubbliche è andata crescendo anche in questo settore, nonostante i tentativi di controllo e di efficientamento del sistema, e nonostante i livelli assoluti siano ancora inferiori a quelli di Paesi vicini: nel 2010 la spesa pubblica sanitaria ammonta al 6,8% del PIL (v. Appendici).

Come si vedrà, oltre nel volume, in entrambi i settori gli orientamenti e le regole essenziali sono definiti a livello nazionale, per lo più con la contrattazione di categoria e con limitate esperienze decentrate. Nel caso della previdenza complementare, dato il contenuto monetario delle prestazioni erogate, anche la gestione dei fondi è largamente accentrata, ancorché in forme diverse, dirette e indirette.

Più articolata è la configurazione dei sistemi di sanità e assistenza integrativa. Infatti la presenza di regole e di fondi nazionali non ha escluso la domanda di interventi integrativi a livello decentrato e aziendale. Le ricerche esistenti e i casi considerati in questo volume segnalano che le richieste di interventi nelle varie forme di sanità e assistenza sono ai primi posti nella scala di priorità espressa dai lavoratori.

Qui dedichiamo una attenzione particolare a istituti di welfare e a forme di benefits diversi da sanità e previdenza, diretti ai dipendenti e alle loro famiglie e attivati all'interno delle imprese.

### **5. Welfare unilaterale e welfare negoziato. Ruolo e livelli della contrattazione collettiva.**

Il welfare aziendale ha, anche in Italia, origini risalenti alle iniziative di imprenditori illuminati, avviate già nei primi decenni dell'industrialismo, in risposta ai bisogni sollecitati dalla industrializzazione di massa e dall'urbanizzazione. Emblematiche sono le azioni anticipatrici, di Alessandro Rossi, di oltre un secolo fa, e più recentemente di G. Marzotto e A. Olivetti. L'iniziativa del management di grandi aziende è risultata prevalente, al di fuori di relazioni negoziali col sindacato, anche in molti dei casi pilota presentati in questo volume.

La diffusione di tali esperienze pilota ha incontrato inizialmente non pochi ostacoli nel contesto italiano caratterizzato da relazioni di lavoro tradizionalmente conflittuali e altamente ideologizzate.

Le iniziative di welfare sono state a lungo circondate di diffidenza da parte dei sindacati e spesso degli stessi lavoratori per motivi diversi ma convergenti: per il timore che potessero mettere in dubbio la diffusione del welfare pubblico e che esprimessero istanze di esclusivo interesse aziendale piuttosto che l'intento di promuovere il benessere dei dipendenti secondo linee concordate in via contrattuale.

Questi ostacoli, pur non essendo del tutto superati, si sono ridotti permettendo una progressiva estensione delle pratiche aziendali di *welfare*.

I casi presentati in questo volume mostrano uno scenario diverso anche solo rispetto a pochi anni fa, di crescente dinamismo nella entità e qualità del *welfare* aziendale. I dati sono diversi anche per la varietà dei campioni analizzati e per gli oggetti considerati dalle varie ricerche. Secondo alcune rilevazioni la quasi totalità delle grandi aziende ha introdotto almeno una forma di welfare. Ma anche le stime più prudenti segnalano che queste misure sono ormai comuni in percentuali crescenti o maggioritarie delle grandi aziende.<sup>615</sup> Meno diffusa, anzi ancora largamente carente, è la diffusione di queste misure nelle piccole e medie imprese, solo parzialmente sostenute dalla contrattazione territoriale.

Se l'iniziativa di welfare negli anni passati è stata presa prevalentemente dalle direzioni aziendali, l'intervento della contrattazione collettiva è andato crescendo in anni più vicini, ancora una volta soprattutto nelle grandi aziende. È stata la contrattazione in alcune aziende pilota a stimolare la istituzione di forme di welfare non più unilaterali ma concordate.

---

<sup>615</sup> Cfr. le diverse indicazioni nello scritto di E. Pavolini, F. Carrera, in E. Pavolini, U. Ascoli, M.L. Mirabile, *Tempi moderni*, cit., p. 149 e lo scritto di G. Mallone nel *Rapporto sul welfare secondario*, 2015, cit., p. 65 ss.

Gli accordi aziendali in materia si sono moltiplicati e hanno contribuito in modo determinante alla diffusione di buone pratiche. Le ricerche esistenti, confermano che le misure di welfare costituiscono un oggetto crescente della contrattazione di secondo livello. Secondo l'osservatorio OCSEL riportato in questo volume che raccoglie i dati di 3.640 accordi dal 2009 al 2014, il welfare è al quarto posto fra gli istituti negoziati a questo livello, con una percentuale crescente che nel primo semestre del 2015 si attesta al 14%.

Un ruolo significativo, ancorché ancora circoscritto, riveste la contrattazione territoriale, la cui diffusione non solo su queste tematiche, è concentrata in alcuni settori e categorie, come in particolare l'edilizia, l'artigianato e alcuni settori del terziario. Non a caso si tratta di realtà dove si sono sviluppate esperienze di bilateralità, i cui enti hanno svolto un ruolo significativo anche nella diffusione delle iniziative di welfare, in particolare nelle piccole imprese.<sup>616</sup>

La contrattazione nazionale ha assunto un ruolo decisivo sia nella regolazione della previdenza complementare, con l'avvio dei fondi cd. chiusi, ora presenti in tutte le principali categorie sia nella disciplina della sanità integrativa, la cui copertura comprende anch'essa gran parte dei settori economici. Gli ultimi contratti nazionali, hanno esteso l'attenzione ai vari contenuti del welfare aziendale, di norma non con regole dirette, ma stabilendo linee guida e indirizzi per la promozione del welfare nella contrattazione di secondo livello.

Lo sviluppo della contrattazione su questi argomenti corrisponde alla tendenza delle nostre relazioni industriali a occuparsi di temi ulteriori rispetto al semplice trattamento economico del rapporto, riguardanti la condizione complessiva del lavoratore e della sua famiglia.

Tali orientamenti sindacali rispecchiano una evoluzione più generale degli obiettivi dei sindacati non solo italiani, che hanno sviluppato varie attività di servizio, a favore di iscritti e non, ritenendole necessarie per rafforzare la capacità di attrazione e la fedeltà dei lavoratori alla causa sindacale nel difficile contesto socio-economico attuale.

La dimensione nazionale e territoriale della contrattazione, come si diceva, è particolarmente adatta agli istituti di previdenza e sanità integrativa che richiedono una massa critica di soggetti, anche per ottimizzare i costi della gestione amministrativa e finanziaria. La dimensione aziendale, per le grandi aziende, e quella territoriali per le piccole è invece più consona ad altri tipi di benefits, perché permette di correlarli in modo specifico alle esigenze delle aziende e delle persone interessate, così da renderli più apprezzabili e meglio controllabili.

Il carattere collettivo non implica necessariamente l'adozione di misure e prestazioni standard valide per tutti i beneficiari. Il welfare integrativo si è sviluppato proprio per superare le impostazioni standardizzate tipiche del welfare State e per rispondere a esigenze sempre più personalizzate dei lavoratori.

Ha quindi acquisito caratteri molto diversificati nei contenuti e nelle modalità di erogazione, come si vedrà analizzando le varie combinazioni di *flexible benefits*. Tale variabilità di contenuti implica un ampliamento della possibilità di scelte personali, con la offerta di opzioni diverse da parte dell'erogatore. Si tratta peraltro sempre di misure offerte a una pluralità di potenziali beneficiari,

<sup>616</sup> Fra le esperienze più recenti si segnala l'istituzione del Fondo per il welfare nell'artigianato lombardo ad opera dell'accordo regionale del 15 febbraio 2012, siglato dalle maggiori confederazioni territoriali dei lavoratori e delle imprese artigiane.

e non di prestazioni riservate a singoli, che in ogni caso dovrebbero rispondere a criteri oggettivi di scelta per non configurarsi come direttamente o indirettamente discriminatorie.

Il tipo di regolazione del welfare, come la destinazione dei benefits, ha avuto tradizionalmente rilievo agli effetti del trattamento fiscale. Come si spiega nel contributo specifico, la normativa vigente fino a ieri (para 51 lett. f) TUIR e art. 150) ha distinto le agevolazioni fiscali a seconda che esse riguardassero istituti negoziati oppure definiti unilateralmente dalle imprese, condizionando alcune agevolazioni al fatto che la erogazione dei benefits fosse volontaria (e per altro verso che fosse rivolta alla generalità dei dipendenti o a categorie di essi).

La prima condizione limitativa è stata criticata, in quanto poco coerente con la tendenza della nostra tradizione anche legislativa a privilegiare la contrattazione come strumento di regolazione dei rapporti di lavoro.

Opportunamente il legislatore è intervenuto a correggere questa impostazione con la legge di stabilità del 2016, (legge 208/2015). Essa ha escluso la rilevanza della condizione di volontarietà agli effetti fiscali e ha, anzi, stabilito condizioni fiscali di favore per il welfare negoziato, come per altri istituti tipici della contrattazione di secondo livello, quali i premi di produttività e il profit sharing (vedi appositi contributi in questo volume).

La scelta di incentivare in modo specifico il welfare negoziato si basa sull'idea che la genesi contrattuale merita un particolare favore fiscale, in quanto può garantire meglio di scelte unilaterali dell'impresa la finalizzazione equilibrata del welfare.

Tale orientamento è radicato nella nostra tradizione, che per questo ha privilegiato la contrattazione collettiva come fonte di disciplina dei rapporti di lavoro, anche esercitando funzioni delegate dalla legge, e da ultimo, come strumenti di regolazione di altri istituti innovativi, come premi e profit sharing. Peraltro le trasformazioni del mondo del lavoro hanno messo in discussione molte pratiche tradizionali della contrattazione collettiva, non solo in questa materia, sollecitando ad adattare contenuti e obiettivi alle nuove esigenze dei lavoratori. Tali trasformazioni hanno sollecitato nuove iniziative anche del management orientandole a instaurare relazioni dirette con i dipendenti, con proposte di welfare attuate in competizione, se non in antitesi, con le prassi sindacali ritenute incapaci di rispondere alla realtà dei rapporti di lavoro aziendali. Del resto le misure di welfare si prestano bene, per i loro caratteri, a essere oggetto di relazioni dirette fra azienda e lavoratori, anche al di fuori di rapporti negoziali. A fronte di tali iniziative delle imprese le organizzazioni sindacali sono sfidate a dare risposte innovative se vogliono confermare anche nel nuovo contesto il proprio ruolo di attori privilegiati del welfare. In realtà la sfida investe tutti gli attori del sistema.

Se il welfare privato nelle sue varie forme si è diffuso, è anche vero che il suo sviluppo rimane diseguale per contenuti e per aree di intervento. Riflette, e rischia di enfatizzare, i tradizionali squilibri fra territori, fra aziende di diversa dimensione e fra categorie di lavoratori (in particolare a scapito dei lavoratori atipici).

Il rischio di contribuire alla segmentazione del mercato del lavoro riguarda tutte le misure del secondo welfare, ma è particolarmente accentuato per le misure stimulate dalle esigenze delle singole realtà aziendali. La possibilità di contrastare un simile rischio non dipende dalla evoluzione spontanea delle dinamiche sociali e negoziali; richiede che le varie esperienze vengano inserite in

un quadro d'insieme che ne orienti le priorità e gli obiettivi delle esperienze, senza snaturarne la natura e i caratteri privatistici.

#### **6. Strumenti per diffondere e mettere a sistema il welfare aziendale.**

L'intervento legislativo dovrebbe avere una funzione non dirigistica ma di sostegno del welfare privato. In proposito la normativa fiscale, nonostante i recenti chiarimenti, potrebbe essere oggetto di ulteriore razionalizzazione. Un ruolo specifico di orientamento può essere assunto dalle relazioni industriali, a condizione che esse sappiano rinnovarsi e assumere il welfare negoziale come uno strumento utile a contribuire alla modernizzazione del sistema di protezione sociale, valorizzandone le potenzialità, come forma di "investimento sociale".

Un tale compito non può essere affidato alla sola contrattazione aziendale, ma richiede interventi di livello nazionale e territoriale in grado di fornire indirizzi alla negoziazione decentrata per orientarla a fare sistema.

Questa è una esigenza generale delle relazioni industriali e della contrattazione collettiva, esigenza resa più evidente dalle spinte al decentramento presenti in tutti i paesi. Non a caso i sistemi più consolidati hanno ricercato vari strumenti per garantire un coordinamento della contrattazione decentrata capace di evitare spinte centrifughe incontrollate e di massimizzare le capacità innovative dell'iniziativa locale e aziendale senza pregiudicare alcune garanzie di base comuni alla generalità dei lavoratori. Gli equilibri raggiunti fra i vari livelli contrattuali sono diversi nei vari paesi e si sono rivelati di incerta tenuta, a seconda dei contesti e dei contenuti della contrattazione.

Le misure del welfare, per il loro impatto sul sistema di protezione sociale, richiedono più di altre un quadro di orientamento che faciliti una distribuzione efficiente e socialmente equilibrata delle risorse impiegate. Un sistema di Relazioni Industriali capace di dare sistematicità al welfare negoziale servirebbe a favorire l'incastro virtuoso di questo negli assetti pubblici, anche interloquendo con le istituzioni nazionali e locali competenti per i vari aspetti della protezione sociale, secondo quel modello di governance multi attore e multilivello essenziale per un buon funzionamento dei moderni sistemi.

L'obiettivo di orientare le iniziative di welfare richiede strumenti di governance diversi a seconda degli obiettivi perseguiti.

Le storiche disparità territoriali, in particolare fra aree del Nord e Sud del paese, si riflettono anche nella distribuzione delle misure di welfare. Oltretutto il welfare risente delle debolezze del tessuto sociale dei corpi intermedi e delle carenze del sistema pubblico, più accentuate proprio nelle aree meridionali. Correggerle va oltre le possibilità di intervento delle parti sociali, che anzi le subiscono in tutte le loro relazioni contrattuali.

Una inversione della tendenza non può che essere attivata da un nuovo indirizzo delle politiche pubbliche. Lo stesso contributo che possono fornire al riguardo i vari soggetti della società civile, non solo associazioni sindacali e imprenditoriali ma anche istituzioni finanziarie come le Fondazioni, postula una interlocuzione di queste con le istituzioni locali diversa dalle prassi clientelari o passive largamente diffuse.

## 7. Il welfare delle PMI.

Un'area dove l'intervento delle parti sociali ha una responsabilità diretta, è nella diffusione delle misure di welfare al di là delle grandi e medie imprese, dove si è finora concentrato prevalentemente e si è sviluppato "per forza propria". Questa diffusione è essenziale per dare al welfare un carattere di sistema, perché le PMI non solo costituiscono gran parte della nostra economia ma hanno minori possibilità di accesso alle prestazioni pubbliche e ai servizi offerti dai sindacati.

Le azioni possibili per promuovere l'organizzazione del welfare sul territorio sono diverse.

Un primo strumento è il contratto di rete che ha già mostrato di poter facilitare l'accesso delle PMI a opportunità e prestazioni irraggiungibili dalle singole unità. Come si vedrà dagli esempi oltre riportati, si sono attivati casi pilota di reti finalizzate alla diffusione del welfare fra le PMI, con modalità diverse: mettendo a disposizione delle imprese retiste le risorse professionali ed economiche necessarie per sostenere progetti comuni, oppure assumendo la forma di reti specializzate in grado di fornire servizi di welfare alle singole imprese (Giunca).

In secondo luogo si sono sperimentati accordi territoriali di promozione del welfare, sollecitati per lo più dalle organizzazioni sindacali e sostenuti dalle istituzioni regionali. Tale presenza istituzionale, oltre alla esistenza di relazioni Industriali collaborative, ha facilitato il coinvolgimento delle associazioni imprenditoriali, notoriamente restie ad accettare un livello territoriale di contrattazione.

Accordi pilota, come quelli di Treviso, Prato e Como, hanno aperto la strada, ma si sono rivelati alquanto controversi per la novità dell'impegno e per la complessità dell'implementazione. L'affermazione di simili prassi di concertazione territoriale su temi difficili come il welfare dipende dalla evoluzione generale in senso partecipativo e decentrato delle nostre Relazioni Industriali.

In alcune realtà territoriali sono state sperimentate ulteriori soluzioni per perseguire, questa volta indirettamente, la diffusione del welfare territoriale. Le associazioni imprenditoriali con i sindacati locali hanno elaborato schemi di pacchetti di welfare adatti alle piccole aziende, e hanno offerto assistenza per la loro fattibilità e per la gestione in comune fra le imprese della rete.

Questi pacchetti sono di solito inseriti in progetti mirati allo sviluppo del territorio e sostenuti dall'intervento delle istituzioni locali, tramite servizi di formazione e assistenza, oltre che tramite politiche di sviluppo.

## 8. Il welfare dei lavori atipici.

Un'altra criticità delle attuali esperienze di welfare aziendale dipende dal fatto che i benefits previsti sono quasi sempre riferiti ai lavoratori dipendenti a tempo indeterminato. Un limite simile è proprio di altri istituti quali le forme salariali di carattere premiale stabilite a livello d'azienda. Le conseguenti disparità di trattamento riguardano sia gruppi di lavoratori dipendenti specie a termine, sia ancor più i vari tipi di lavoratori parasubordinati, collaboratori e partite IVA.

Alcune misure di welfare, a cominciare dalla mensa e dai voucher per certi servizi alle persone, si prestano ad essere estese anche a questi tipi di lavoratori, a condizione che essi abbiano un minimo di continuità di rapporti con l'azienda. La fruizione di queste misure potrebbe contribuire a migliorare la loro condizione di vita e di lavoro e a rafforzare i legami con la compagine aziendale e con l'insieme dei lavoratori, migliorando anche per questo il clima complessivo dell'impresa. Si

tratta di un obiettivo ancora poco o niente presente nelle politiche delle imprese come dei sindacati che richiederebbe invece un impegno significativo per la rilevante presenza di queste forme atipiche di lavoro e per la necessità di contrastare i rischi di precarizzazione (v. G. Santini).

### 9. Welfare della bilateralità.

Da ultimo vanno sottolineate le potenzialità che varie forme di bilateralità possono rivestire nella diffusione del secondo welfare soprattutto a livello territoriale e per le PMI. Gli enti e i fondi bilaterali hanno da tempo allargato la loro attività al di là dei settori originari (artigianato, edilizia, agricoltura) e hanno diversificato le loro funzioni in ambito sociale.

Un'area di sviluppo prioritario, a cominciare dal settore dell'artigianato, ha riguardato gli istituti di integrazione al reddito in caso di sospensione e di perdita del lavoro. Questa bilateralità ha ricevuto sostegno e regolazione dalla contrattazione anche confederale e un riconoscimento diretto dalla recente legislazione: dalla legge 92/2012 e dal decreto 148/2015 attuativo del Jobs Act si sono adottate forme miste di autoregolazione e di controllo amministrativo che ne hanno promosso funzioni sia integrative sia sostitutive in particolare degli ammortizzatori sociali.

La bilateralità ha avuto inoltre un ruolo fondamentale, attraverso i fondi interprofessionali, per la diffusione della formazione professionale e continua. Tale attività può rientrare a buon titolo nel welfare inteso come investimento sociale e ha assunto dimensioni largamente sostitutive dell'azione pubblica.

Infine l'allargamento funzionale della bilateralità ha riguardato le due aree consolidate del welfare secondario: assistenza sanitaria e previdenza complementare. I fondi bilaterali (con uno sviluppo particolarmente diffuso nelle regioni del Nord) sono istituiti e regolati da una pluralità di contratti nazionali, così che sono diventati la forma comune di gestione della sanità integrativa a livello sia settoriale sia territoriale.

L'intervento nella previdenza complementare si è espresso non senza contrasti, specie in regioni del Nord, quali Veneto, Trentino Alto Adige, ricevendo sostegno sia pure indiretto dalle autorità regionali.

L'azione della bilateralità si è espressa più di recente in istituti diversi riguardanti il sostegno alla famiglia e le politiche di conciliazione. L'allargamento e la differenziazione funzionale di queste forme di bilateralità confermano che esse possono costituire un fattore propulsivo non solo del welfare ma di relazioni industriali partecipative e decentrate.

Infatti le varie strutture bilaterali costituiscono forme di cogestione amministrativa di istituti che operano su un terreno meno conflittuale di altri, corrispondente agli interessi e alle aspettative di entrambe le parti del rapporto. Per questo possono contribuire, più della semplice contrattazione collettiva, a convalidare prassi e culture partecipative.

Ma per operare in tale direzione la bilateralità deve andare oltre l'attuale stato di frammentazione e superare le tentazioni di chiusura burocratica e corporativa. Inoltre dovrebbe acquisire maggiore consapevolezza delle proprie potenzialità non solo di servizio ma di rinnovamento del welfare inteso come social *investment*.

A tal fine serve un'azione specifica di razionalizzazione e di rinnovamento da parte degli attori costituenti, sindacato e associazioni imprenditoriali. Il legislatore può intervenire non nel funzionamento del sistema ma nel dare un quadro di regole certe e nel chiarire lo statuto giuridico degli enti bilaterali, ora indebitamente assimilato a quello di enti pubblici.

#### 10. Tipi di *welfare* e classificazione.

Le indicazioni fin qui svolte e le ricerche in argomento confermano come gli oggetti del secondo welfare e in particolare del welfare aziendale si siano moltiplicati e diversificati nel tempo. Tale eterogeneità dei contenuti e la loro continua evoluzione rendono difficile e in realtà poco utile una classificazione tipologica.

La scheda utilizzata per le nostre rilevazioni ha considerato diverse decine di benefits (per la precisazione 98), comprensivi sia di prestazioni monetarie sia di servizi erogati anche in forma di voucher.

Le indicazioni desumibili dalla normativa fiscale (in particolare gli art. 51 e 100 del TUIR) pur essendo rilevanti per decidere il trattamento dei vari istituti di welfare, sono poco utili per una tipologia significativa, anche perché sono espresse talora in modo generico, altre volte con indicazioni molto dettagliate. Alcune norme si riferiscono a istituti definiti, come la previdenza e l'assistenza sanitaria integrativa; altre norme elencano in modo specifico, ma senza ordine di priorità prestazioni diverse, dalla somministrazione del vitto, ai servizi di trasporto collettivo, ai contributi per asili nido e colonie climatiche, al valore delle azioni offerte alla generalità dei dipendenti. Nell'art. 100 la categorializzazione è di tipo funzionale in quanto si riferisce "alle spese relative a opere e servizi utilizzabili dalla generalità o categorie di dipendenti per specifiche finalità di educazione, istruzione, ricreazione, assistenza sociale e sanitaria o culto".

Una classificazione diversa è proposta dal contributo di M. Castro che identifica vari tipi di welfare a seconda della loro funzione in riferimento ai vari contesti socio organizzativi dell'azienda. In base a tali criteri l'A. distingue:

- misure che si concentrano sui bisogni essenziali dei lavoratori (sanità, istruzione dei figli, carello della spesa, e altri beni di uso personale, finanziamenti, trasporti);
- misure che sono sensibili a bisogni collaterali dei lavoratori, specie in ambienti con personale con qualifica e salario elevati (pacchetti di leisure, wellness, servizi di disbrigo, prestazioni di supporto alla professionalità del collaboratore);
- altre ancora relative a contesti sensibili alla integrazione fra la dimensione professionale e quella familiare (orari personalizzati, job sharing, istituti per la work life balance, smart working);
- istituti in contesti connotati dalla rilevante presenza di personale immigrato, finalizzati a promuovere l'integrazione (permessi per il ricongiungimento familiare, corsi di lingua e cultura italiana, reperimento di abitazioni congrue, servizi per favorire l'inserimento nel contesto sociale locale);
- infine misure di welfare in contesti connotati da figure professionali chiave, quindi ad es. forme di partecipazione agli utili, azionariato, Esop.

Le indicazioni di Castro sono significative in quanto uniscono il riferimento alle esigenze aziendali con quello ai bisogni dei lavoratori: due parametri diversi, talora divergenti, ma che le pratiche

virtuose di welfare dovrebbero combinare al fine di migliorare sia l'efficienza dell'azienda sia il benessere dei dipendenti.

Un'altra classificazione di tipi di welfare talora adottata, si riferisce al carattere, più o meno essenziale, dei bisogni sociali; ma mi sembra che tale classificazione assuma un valore più evocativo che classificatorio, data la indeterminatezza del contenuto e della percezione dei bisogni.

Proprio per la incertezza e labilità dei vari criteri classificatori, nel nostro testo ci siamo limitati a elencare gli innumerevoli benefits rilevati raggruppandoli in grandi aree a seconda dei contenuti e della qualità delle prestazioni: tutela pensionistica; assistenza sanitaria; servizi di cura ai dipendenti e ai familiari; sostegno al potere d'acquisto; trasporti; conciliazione fra vita e lavoro; servizi ricreativi, culturali e sportivi; turismo; sostegno all'educazione dei figli; orientamento professionale.

Le prime due aree di welfare integrativo – previdenza e sanità - sono risalenti nel tempo e più consolidate. Le altre sono più recenti, riflettono bisogni relativamente nuovi, e anche per questo presentano prospettive di sviluppo appena delineate.

I contenuti del welfare così variamente schematizzati hanno implicazioni su tutti gli aspetti degli istituti; sui soggetti iniziatori, sui beneficiari, sulle modalità e sui livelli della regolazione, sugli strumenti di gestione e di erogazione dei benefits, come si vedrà nei contributi del volume.

#### **11. Il welfare aziendale e gli equilibri del sistema contrattuale.**

Come si è già osservato, il welfare di cui ci occupiamo ha il suo centro nell'azienda, non solo quando viene attivato per iniziativa del management, ma anche quando è oggetto di contrattazione, condotta fra azienda e rappresentanti aziendali.

L'importanza del livello aziendale non è esclusa neppure se la materia è regolata da contratti nazionali. Una regolazione e una gestione centralizzate si sono affermate nel settore della previdenza complementare, ove le prestazioni consistono in prestazioni in denaro. Anche nella sanità integrativa si sono diffusi fondi e casse nazionali, ma la loro gestione è stata spesso sollecitata a prevedere forme di adattamento e/o di integrazione per venire incontro alle esigenze delle singole realtà specie territoriali. Tali sollecitazioni si sono manifestate anche in pressioni esplicite per il decentramento della gestione, e talora in controversie interne fra gestori dei fondi nazionali e rappresentanti dei territori (v. il caso del Veneto).

Per le altre misure di welfare qui censite, che comprendono in larga parte servizi e prestazioni personali dirette a singoli aderenti o a gruppi di essi, sia la regolazione sia la gestione si collocano a livello decentrato proprio per la esigenza di rispondere meglio alle esigenze dei dipendenti, attinenti alle condizioni di lavoro e alle loro esigenze di vita.

Infatti è a livello di azienda che si può meglio verificare la utilità delle iniziative di *welfare*. Tale utilità è confermata dalle ricerche e riguarda vari aspetti: miglioramento del clima aziendale, fidelizzazione e senso di appartenenza dei dipendenti, attrazione delle alte professionalità, risultati positivi sia per l'azienda (riduzione dell'assenteismo, livello di *engagement* del dipendente, qualità della produzione), sia per i dipendenti (risparmi dei tempi e delle spese personali e familiari, migliore rapporto fra quanto erogato dall'azienda e quanto percepito). Le esperienze riportate nel manuale confermano la concretezza dei risultati possibili in termini di aumento della produttività, della qualità aziendale e delle relazioni di lavoro. Tali caratteri sono stati acquisiti nel

tempo, anche se non sempre esplicitati all'inizio e hanno contribuito a consolidare le iniziative in materia e ad allargare i loro contenuti. Per altro verso la diffusione di queste buone pratiche aziendali ha permesso di ridurre le diffidenze e le resistenze alla loro accettazione da parte dei sindacati.

Com'è noto il rapporto fra regolazione nazionale e decentrata delle condizioni di lavoro costituisce un problema generale, alquanto dibattuto, delle relazioni industriali, non solo italiane. Gli istituti del welfare presentano anche per questo aspetto una particolarità; non solo hanno trovato la prima sperimentazione nell'impresa, ma si sono sviluppati a partire dalle imprese pur nel contesto di un sistema contrattuale baricentrato sul contratto nazionale di categoria. Anche in questo senso le iniziative di welfare hanno costituito un fattore di innovazione, se non di rottura, della struttura tradizionale della nostra contrattazione e di promozione del decentramento negoziale manifestatosi in questi anni.

Per motivi già richiamati è prevedibile che lo sviluppo di questi istituti di origine aziendale possa costituire un fattore non episodico ma stabile per gli equilibri del sistema contrattuale, con le potenzialità positive ma anche con gli aspetti di criticità sopra ricordati.

I contenuti poco sistematici e le dimensioni finora contenute degli istituti di welfare, hanno oscurato le loro implicazioni sugli equilibri delle relazioni contrattuali. Non solo i vari programmi aziendali di benefits, ma le misure di previdenza e di sanità integrative, pur finanziate da contributi aziendali spesso significativi, costituivano in passato fattori di costo così poco rilevanti da non essere percepiti come alternativi al salario monetario. Non a caso la rilevanza del welfare aziendale per il salario e quindi la questione di come regolare tale voce di costo sono rimaste marginali o assenti nel dibattito sia dei sindacati dei lavoratori sia delle associazioni imprenditoriali, pure impegnate nel ridefinire i rapporti fra livelli contrattuali, in particolare in materia salariale.

Ora la questione è diventata di tale evidenza da non poter essere sottaciuta. Se ne è accorto il legislatore che nella legge di stabilità 2016 (legge 208/2015) ha non solo ridefinito il sistema di incentivazione dei premi di produttività, ma vi ha accompagnato una revisione della normativa fiscale di favore per il welfare aziendale.

L'impatto effettivo di questa normativa si potrà verificare nel tempo, anche dopo che se ne saranno chiariti i contenuti e le questioni interpretative. Ma è significativo che le parti sociali abbiano mostrato un rinnovato interesse ad affrontare le implicazioni strategiche di un uso sistematico del welfare aziendale anche utilizzando le possibilità offerte dalla normativa introdotta dalla legge di stabilità per il 2016.

## **12. Le prese di posizione delle parti sociali.**

Le prime indicazioni delle parti riflettono le posizioni generali in ordine ai rapporti fra contratto nazionale e contrattazione aziendale e, specie per la parte datoriale, segnalano l'urgenza di ridimensionare il ruolo del primo, in particolare per gli aspetti salariali, in una prospettiva di moderazione salariale. Le posizioni sono peraltro diversificate non solo all'interno del sindacato, ma anche nel fronte imprenditoriale, dove riflettono i diversi caratteri dei vari settori (incidenza del costo del lavoro, esposizione alla concorrenza internazionale, etc.).

L'importanza del welfare aziendale, dopo iniziali resistenze, è stata progressivamente riconosciuta dal sindacato italiano, in primis da CISL e UIL. Una presa di posizione unitaria è stata assunta

dall'accordo fra CGIL, CISL e UIL del 14 gennaio 2016 relativo al nuovo sistema di relazioni industriali. L'intesa include il welfare contrattuale tra gli assi tematici di questo sistema, in quanto si ritiene che esso può rappresentare un terreno di crescita del benessere organizzativo e di concertazione dei tempi di vita e di lavoro, nel quadro di un miglioramento della produttività e delle condizioni di lavoro. Per questo si afferma che il sindacato deve puntare allo sviluppo esteso di una contrattazione del welfare, piuttosto che assecondare la diffusione di forme unilaterali promosse dalle imprese e orientarlo in modo mirato rispetto alle caratteristiche dei singoli contesti, partendo dai bisogni reali delle persone, delle aziende, dei territori, e dei settori. Su questa base il documento segnala specificamente la necessità di diffondere la previdenza complementare e di promuovere lo sviluppo della sanità integrativa, auspicando la razionalizzazione e il riordino dei fondi esistenti. Nessuna menzione è fatta del welfare aziendale come possibile strumento per lo sviluppo e la qualificazione della contrattazione di secondo livello.

Più specifiche sono le indicazioni di un documento della CISL che propone lo sviluppo non solo della previdenza complementare ma di altre istituzioni di welfare contrattuale dirette a coprire gli impegni familiari e a flessibilizzare orari e organizzazione.

Anche un documento recente di Confindustria sottolinea l'urgenza di definire una posizione organica di sistema su questi temi. Oltre ad auspicare una ridefinizione della normativa fiscale, si dà particolare rilievo al rilancio della previdenza complementare come parte di una revisione del sistema pensionistico in chiave di maggiore flessibilità. Quanto al welfare aziendale si sottolinea la necessità di definire una linea comune in merito al carattere alternativo/sostitutivo di queste misure rispetto ai trattamenti retributivi, agli obiettivi perseguibili con le iniziative in materia, nonché in merito al ruolo esprimibile dalla contrattazione aziendale e al suo rapporto con il welfare nazionale già sviluppato o sviluppabile dal CCNL di categoria. Come si vede, la posizione della Confindustria è alquanto cauta e riflette i diversi orientamenti delle varie categorie industriali sui rapporti fra livelli contrattuali.

Indicazioni più nette sul punto provengono da una organizzazione, la Federmeccanica, che rappresenta aziende particolarmente sensibili alle pressioni della concorrenza e del costo del lavoro. Nella recente piattaforma contrattuale di questa organizzazione, mentre si attribuisce al CCNL la funzione di garanzia di livelli salariali di base, si dà grande rilievo al welfare, affermando che la funzione attribuita al contratto nazionale deve "fondarsi" sul potenziamento in particolare della sanità integrativa e della previdenza complementare; e se ne sottolinea sia la funzione di migliorare le prestazioni offerte dal sistema pubblico sia la convenienza economica rispetto alle prestazioni in denaro (il valore di mercato delle prestazioni viene ritenuto superiore fino a sei volte a quello della contribuzione impegnata).

Nel contempo si rileva la necessità di ricercare efficaci forme di raccordo fra la copertura nazionale e le forme di assistenza integrativa già esistenti in sede aziendale. Simili posizioni corrispondono del resto alle indicazioni provenienti dalle prassi aziendali prevalenti, dalle quali risulta che le prestazioni di welfare sono spesso legate alle esigenze delle imprese di favorire atteggiamenti di moderazione salariale soprattutto in settori e aree maggiormente esposti alla concorrenza internazionale. (Pavolini).

### 13. Moderazione salariale e scelte di *welfare*.

In questo contesto il *welfare* diventa per il sindacato un terreno di scambio, non l'unico ma significativo, per accettare orientamenti di moderazione salariale. Simili forme di trade off sono diventate frequenti nella contrattazione aziendale di questi anni, soprattutto a fronte di difficoltà economiche delle imprese.

Il *welfare* come oggetto di scambio ha rilevanza diversa di quanto possa avere la salvaguardia dell'occupazione, ma si presta ad agevolare convergenze di opinioni fra impresa e rappresentanze aziendali. Non a caso gli accordi in materia tendono a essere raggiunti in un clima non conflittuale ma collaborativo. E si è rilevato come non si riscontri alcuna correlazione significativa fra tasso di sindacalizzazione (aziendale) e diffusione del *welfare*, mentre questa diffusione è favorita dalla presenza di relazioni sindacali partecipative (Ascoli, p. 184 ss.). Simili correlazioni non si riproducono quando si vada oltre l'ambito delle relazioni aziendali tipiche del secondo *welfare*; tanto meno quando siano in gioco gli orientamenti della contrattazione nazionale, come prospettato dalla Federmeccanica. Per questo è difficile prevedere quali possono essere i contenuti del *welfare* nei prossimi contratti di categoria, come del resto è controversa la funzione generale di questo livello contrattuale.

È viceversa prevedibile che il *welfare* aziendale avrà un ulteriore sviluppo, anche per lo stimolo offerto dalle iniziative legislative della legge di stabilità 2016 (legge 208/2015). In questo nuovo contesto gli attori sociali dovranno assumere valutazioni più meditate sulla scelta delle misure di *welfare* anche in rapporto agli altri istituti della contrattazione di secondo livello promossi dalla stessa legge di stabilità: premi di produttività e profit sharing. La scelta fra questi diversi istituti richiede valutazioni complesse da parte sia imprenditoriale sia sindacale, valutazioni che sono state finora condotte spesso in modo estemporaneo. La convenienza economica dipende dal raffronto fra le agevolazioni fiscali previste per i premi di produttività e quelle stabilite per le varie misure di *welfare*, anche esse diversamente incentivate fra loro.

Ma il valore economico dei singoli incentivi non è l'unico criterio di scelta. Esso va rapportato alla funzione dei vari istituti che deve essere apprezzata per la relativa utilità nel contesto aziendale. I premi sono agevolati fiscalmente in quanto legati a indicatori di produttività e redditività e ritenuti capaci di promuovere prestazioni dei lavoratori utili all'efficienza aziendale. Non a caso questo legame viene specificato dalla legge di stabilità del 2016 con l'obiettivo di orientare meglio prassi contrattuali, rivelatesi finora largamente difformi. Le misure di *welfare* non prevedono indicatori di questo genere, e non hanno finalità direttamente incentivanti. Ma sono apprezzate in quanto contribuiscono al soddisfacimento di bisogni socialmente rilevanti dei lavoratori e sono utili al miglioramento del clima e dell'efficienza complessiva del sistema aziendale. Per questo la scelta che devono operare le parti sociali fra premi salariali e misure di *welfare* destinandovi le risorse necessarie è complessa. Richiede un bilanciamento fra convenienze economiche immediate, cioè il risparmio di costi salariali, e convenienze spesso non di breve periodo relative all'andamento aziendale e alle strategie degli attori, impresa e sindacato.

Simili scelte spettano alle parti, ma sono orientate dalle scelte legislative soprattutto in materia fiscale.

#### 14. Il finanziamento del *welfare*: risorse aggiuntive e conversione dei premi salariali.

Anche le modalità e le fonti di finanziamento del welfare aziendale sono varie e riflettono la estemporaneità di molte iniziative. Nelle esperienze più consolidate i programmi di welfare sono accompagnati dalla predisposizione di budget annuali o pluriennali per la loro attuazione, secondo priorità definite in coerenza con strategie aziendali e tenendo conto del rapporto fra costi impegnati e benefici attesi. (v. il contributo di M. Castro).

In tali casi (emblematica l'esperienza di Luxottica) le verifiche periodiche sull'applicazione dei piani di welfare hanno permesso di apprezzare l'impatto economico e organizzativo delle varie misure, nonché di apportare nel tempo le modifiche necessarie alle scelte programmate e alla relativa allocazione delle risorse. Ma non è sempre così, come risulta anche dalle nostre rilevazioni. Non sono pochi i casi in cui le misure di welfare sono avviate senza programmazione e talora senza precisa valutazione sia dei loro costi, sia delle aspettative dei lavoratori e dell'impatto sul sistema azienda.

Alquanto variabile è anche la quantità di risorse impiegate, per l'insieme dei benefits come per le singole misure. Previdenza complementare e sanità integrativa assorbono la quantità maggiore di risorse, sia che le misure siano previste esclusivamente a livello d'azienda sia che si aggiungano a fondi nazionali o territoriali. Del resto questa quantità di risorse riflette le aspettative espresse dai lavoratori che pongono previdenza e ancora più sanità/assistenza in cima alle loro preferenze di welfare.

Gli altri benefits aziendali hanno generalmente costi minori, ma anch'essi variabili, come si vede ad es. nel caso della mensa, quando è fornita dall'azienda senza ricorso ai voucher che hanno costo standard.

Una serie di benefits non comportano erogazioni monetarie né costi monetari diretti, perché si esprimono soprattutto in modifiche organizzative. È il caso ad es. di molti istituti di conciliazione, o work- life balance, e di misure rivolte a migliorare la qualità dell'ambiente e delle condizioni di lavoro.

La maggior parte di costi del welfare aziendale sono tradizionalmente sostenuti dalle imprese, in misura diversa a seconda dei casi, sia pure alleggeriti dalle agevolazioni fiscali. Una partecipazione dei lavoratori è di solito stabilita dai contratti per il finanziamento della previdenza e della sanità integrativa, con la previsione di contributi specifici, di norma in misura minore ai contributi posti a carico dell'impresa (v. appendice).

Quale che sia la ripartizione formale dei costi è peraltro evidente che il finanziamento del welfare incide sulla capacità di pagare dell'azienda e quindi indirettamente sulle risorse disponibili per altre voci, in primis per gli aumenti salariali. Diversa è l'ipotesi in cui sia richiesto al singolo un contributo individuale, con conseguente "sacrificio" del proprio salario. Questa prassi, diffusa nel sistema inglese, non ha trovato accoglimento nel nostro sistema per motivi diversi; non solo per l'opposizione sindacale e dei lavoratori, ma perché gran parte di questi gode di retribuzioni mediamente basse e già cariche di oneri indiretti, talché una qualche applicazione di questo modello potrebbe semmai configurarsi per categorie come quadri e dirigenti con livelli retributivi più alti.

Molte misure di welfare, specie condotte da aziende innovative e in buona salute economica, sono finanziate con risorse aggiuntive rispetto agli altri costi del personale: emblematico il caso di Luxottica. Ma sono sempre più frequenti le ipotesi in cui, a causa delle ristrettezze economiche,

le imprese dedicano al finanziamento di questi istituti l'ammontare dei premi di produttività o quota parte di essi, lasciando ai lavoratori la possibilità di scegliere, (talora anche per superare resistenze sindacali), se accettare le misure di welfare offerte o continuare a ricevere il premio in denaro.

Queste prassi hanno negli anni passati incontrato obiezioni da parte dell'Agenda delle entrate, peraltro con decisioni non sempre univoche e a detta di molti sostenute da argomenti non convincenti. Tali obiezioni e la loro stessa incertezza hanno costituito uno degli ostacoli maggiori alla diffusione dei piani di welfare aziendali. In verità la normativa fiscale vigente fino a ieri, riflette una realtà aziendale e dei rapporti di lavoro da tempo superata: le principali disposizioni del TUIR sono degli anni 70 e nonostante parziali modifiche introdotte negli anni più recenti, sono ritenute inadeguate e bisognose di revisione, come si vedrà nell'apposito approfondimento.

### **15. Le innovazioni della legge di stabilità.**

La legge di stabilità 2016 (legge 208/2015) ha risposto a queste esigenze di revisione modificando due aspetti fra i più criticati della vecchia disciplina. Anzitutto, confermando qualche parziale anticipazione, ha definitivamente modificato le disposizioni del TUIR che ponevano la volontarietà come condizione per l'attribuzione del beneficio fiscale alle spese relative a opere e servizi utilizzabili dalla generalità dei dipendenti o categorie di essi sostenute per specifiche finalità di educazione, istruzione, ricreazione, assistenza sanitaria o spese per prestazioni di lavoro dipendente o culto (nei limiti del 5 per mille). Tale previsione era in contrasto con la tendenza sostenuta dallo stesso legislatore di privilegiare la regolazione contrattuale dei rapporti di lavoro. La nuova normativa non solo elimina la condizione della volontarietà, ma conferma un trattamento fiscale privilegiato per le misure di welfare contrattate in quanto le spese dell'azienda per queste misure sono deducibili e non solo nei limiti del 5 per mille come sono le spese liberalità.

In secondo luogo la legge di stabilità ha ampliato le modalità sia di finanziamento sia di erogazione dei servizi di welfare. Da una parte ha superato gli orientamenti dell'Agenda delle entrate che ostavano all'utilizzo delle risorse dedicate ai premi di produttività per finanziare le misure di welfare, sia pure a favore di una fascia definita di beneficiari (e quelli con reddito fino a 50.000 euro annui). Inoltre ha esplicitamente riconosciuto, ampliando alcune parziali indicazioni dell'Agenda delle entrate e di alcune legislazioni regionali (come quelle della Lombardia), la possibilità di ricomprendere nei vantaggi fiscali la erogazione tramite voucher di tutte le misure di welfare previste dalla legge. Questo orientamento si giustifica per un motivo sistematico, cioè per il fatto che tale modalità di erogazione non può essere motivo di disparità di trattamento, trattandosi di uno strumento specifico per la realizzazione degli obiettivi di welfare. Se questi obiettivi sono meritevoli in sé, la qualità dello strumento non deve essere rilevante.

Per di più lo strumento del voucher, per la sua utilizzazione pratica e per la sua tracciabilità, debitamente regolata, in rapporto agli utenti e ai fornitori di servizi, permette più di altri una diffusione e una standardizzazione del servizio. Il riconoscimento della validità dello strumento e la sua promozione possono dare un contributo significativo allo sviluppo di quasi tutte le forme di welfare soprattutto nelle forme dei servizi alle persone e quindi contribuire al rafforzamento di

un mercato di qualità di quei servizi da noi ancora iniziale. Il che permetterebbe anche di compensare le perdite di gettito possibili in fase di avvio, di cui si preoccupa comprensibilmente la autorità fiscale.<sup>617</sup>

L'importanza delle recenti modifiche legislative è largamente riconosciuta ed è confermata dall'impatto che esse hanno avuto sugli orientamenti delle parti sociali. Ma ad avviso di molti l'opera di riforma richiederebbe di essere completata, su vari punti, integrando la normativa di favore per specifici servizi, come i servizi di trasporti pubblico locale, aggiornando i tetti previsti per singole agevolazioni (i 258,23 euro di cui al co 3 dell'art.57 TUIR e il 5 per mille per la deducibilità delle spese previsto dall'art. 100 TUIR), inoltre prevedendo una revisione complessiva dei trattamenti agevolati in base a una valutazione selettiva della loro utilità sociale.

Il legislatore ha già operato una valutazione selettiva con gradazione dei vantaggi fiscali, ad es. stabilendo ai tetti di deducibilità diversi per la contribuzione alla previdenza complementare e per quella ai fondi di sanità integrativa; e distinguendo i benefici fiscali per i dipendenti da quelli riguardanti l'imponibile del datore di lavoro.

Simili indicazioni del legislatore sono più difficili e forse inopportune per i diversi benefits compresi nelle prassi di welfare aziendale. Si è proposto, anche da parte mia, la possibilità di prevedere come avviene in altri paesi europei, un plafond massimo onnicomprensivo di esenzioni fiscali (da definire), di cui potrebbero beneficiare tutti i benefits ritenuti meritevoli per i loro contenuti e per i loro destinatari, a prescindere dalla forma in cui sono erogati (diretta, indiretta o tramite voucher). All'interno di questo plafond le decisioni circa le misure da privilegiare e le risorse da impegnare andrebbero lasciate alle scelte delle parti sociali, salvo interventi legislativi di correzione, da attuarsi sulla base dell'esperienza accumulata.

## 16. Struttura del *welfare* aziendale e implicazioni per i rapporti di lavoro.

Le misure di *welfare* aziendale si diversificano come si è visto, nelle fonti di regolazione, che possono essere unilaterali o bilaterali.

La bilateralità è sviluppata e promossa nel nostro ordinamento: ma non è esclusa la legittimità di forme unilaterali anche nelle forme di *welfare* più strutturate. È il caso delle forme pensionistiche complementari, che possono essere istituite da contratti collettivi ma anche da regolamenti aziendali e da atti di operatori finanziari e assicurativi e dei fondi integrativi del SSN, che sono attivabili sia da contratti collettivi anche aziendali, sia con atti assunti da soggetti privati (art. 9, D.Lgs. n. 502/1992; artt. 100 e 100-ter, Tuir).

Anche per le misure del *welfare* aziendale, ove la regolazione è meno consolidata, entrambe le fonti sono riconosciute dall'ordinamento e sono utilizzate nella pratica, come mostrano esperienze di successo.

Le implicazioni di queste scelte sono approfondite in altre parti del Manuale. Va peraltro subito sottolineato come esse possano influire sulla *governance* del sistema. In particolare la configurazione bilaterale comporta spesso la soggettivizzazione degli strumenti preposti alla gestione del *welfare*, in forma di Casse, associazioni, fondazioni, o simili; e implica la partecipazione dei

<sup>617</sup> L'utilizzabilità a tale fine dei voucher potrebbe essere condizionata, per evitare abusi, al fatto che essi siano riferiti a servizi certificabili.

soggetti costituenti, di solito in forma paritetica, negli organi di amministrazione e di controllo delle entrate preposte alla gestione.

Le implicazioni delle varie opzioni si riflettono anche sui modelli gestionali adottabili. Sulla base delle esperienze realizzate e delle previsioni legislative possono configurarsi sia forme di gestione diretta, in tutto o in parte, degli istituti di *welfare*, sia forme di gestione in convenzione con diversi tipi di *provider*.

Negli istituti di *welfare* aziendale la opzione fra questi diversi modelli non è oggetto di regolazione legislativa, come è invece nel caso della previdenza complementare (D.Lgs. n. 252/2005). Essa è rimessa alla valutazione dell'impresa o delle parti contraenti e dipenderà dalle circostanze rilevanti: dal tipo di servizi previsti dalle diverse misure di *welfare*, dalle esigenze di personalizzazione del sistema, dalla dimensione e dai caratteri dei gruppi di lavoratori interessati, dalla complessità delle operazioni necessarie per la realizzazione delle misure, dai costi relativi, e non da ultimo dai riflessi sulla qualità delle prestazioni e sull'immagine aziendale di una gestione diretta o invece esternalizzata.

Nella struttura del rapporto le misure di *welfare* possono qualificarsi come corrispettive o come gratuite. Nel campo fiscale e, di riflesso, in quello previdenziale si è già rilevato che la gratuità, intesa come liberalità, delle erogazioni ha perso rilievo come fattore di esclusione dell'imponibilità.

La corrispettività presuppone in ogni caso un contratto, sia esso individuale o collettivo, che definisca le condizioni di scambio per l'attuazione del *welfare* e che sancisca un diritto dei lavoratori alle misure relative. Nei casi di buone pratiche citati si sono configurati rapporti fra interventi di *welfare* e miglioramenti delle performance aziendali; talora indicati genericamente e in modo indiretto, altre volte espliciti e diretti, per cui la continuazione e il finanziamento di tali interventi sono subordinati alla realizzazione e all'accertamento delle performance.

La diffusione delle varie forme di *welfare* e di *benefits* ha implicazioni non solo per la concezione dell'impresa ma parimenti per il contenuto del rapporto di lavoro.

Lo schema di scambio proprio dell'impostazione tradizionale, retribuzione fissa contro lavoro stabile, si è andato modificando per le variazioni intervenute sia nelle forme di lavoro, sempre più flessibili e variabili, sia nelle controprestazioni. Una evoluzione significativa si è verificata con lo sviluppo delle varie forme di retribuzioni variabili, che hanno introdotto elementi di rischio e di incentivazione in capo al lavoratore.

L'alterazione rispetto allo scambio tradizionale è particolarmente accentuata quando i parametri di queste forme retributive sono riconducibili non direttamente alla qualità e quantità di lavoro, ma a fattori esterni legati all'andamento economico e/o finanziario dell'azienda come è negli istituti di partecipazione agli utili, realizzato anche attraverso la distribuzione di azioni o le *stock options*. Le misure di *welfare* contrattuali introducono una ulteriore variante nel rapporto, perché esse non si riferiscono alla retribuzione monetaria, ma introducono controprestazioni in forme di servizi. A differenza dei premi, esse non sono direttamente incentivanti. Sono pur sempre apportatrici di utilità al lavoratore, ma in riferimento a bisogni, personali o collettivi, attinenti al benessere della persona e della sua famiglia. In tal modo si può dire che ne arricchiscono il contenuto del rapporto con un carattere di scambio sociale e non solo di mercato.

Questa innovazione corrisponde a una evoluzione generale del concetto di retribuzione, da

tempo intervenuto sulla base sia della legge sia della contrattazione collettiva che lo distingue da un semplice corrispettivo, quale conosciuto negli altri rapporti sinallagmatici.

La crescita del *welfare* e dei *benefits* costituisce una manifestazione ulteriore dell'arricchimento dello scambio proprio del rapporto di lavoro, in senso sociale, in quanto lo correla a bisogni individuali e collettivi del lavoratore sviluppatosi nella moderna società in forme nuove, che possono essere soddisfatti anche all'interno dell'azienda e del rapporto di lavoro. Questa evoluzione riflette i cambiamenti nei caratteri non solo dei rapporti individuali ma delle relazioni collettive di lavoro. È legata in particolare alle modifiche di tali relazioni verso forme, in senso lato, partecipative e trova la sua espressione più compiuta nelle pratiche contrattuali decentrate, aziendali e territoriali.

L'esperienza insegna che le condizioni di contesto in cui si svolgono i rapporti di lavoro, sono importanti per lo sviluppo e per il buon funzionamento degli istituti di *welfare*, come in genere delle forme premiali e partecipative.

### **17. Condizioni di fattibilità e gestione del *welfare*.**

L'efficacia e i risultati di tali iniziative dipendono non solo dal corretto disegno e dalla coerente applicazione delle singole misure, ma dall'ambiente organizzativo e di relazioni in cui si collocano, dalla trasparenza delle iniziative e delle loro implicazioni, dalla loro finalizzazione a favorire la identificazione delle persone con gli obiettivi aziendali, dalla fiducia che viene a costituirsi nel tempo fra le parti.

Questi rilievi sono sviluppati nelle parti del Manuale che riguardano le condizioni di fattibilità e di operatività delle varie forme di *welfare* aziendale nei diversi contesti.

Qui basti sottolineare ancora la necessità di impostare il disegno e la gestione di questi istituti, tenendo conto della complessità delle implicazioni e degli interessi in gioco senza improvvisazioni e scorciatoie.

Le esperienze straniere come i risultati della nostra ricerca confermano la necessità che il funzionamento del *welfare* integrativo di questo tipo si possa avvalere di erogatori di servizi non solo organizzati sul territorio per ragioni di efficienza, ma anche presidiati da sistemi di certificazione e/o di accreditamento di questi erogatori e in ogni caso di controllo atto a contrastare eventuali abusi. Questo può non essere possibile per certi servizi utilizzati dalle famiglie che non sempre sono erogabili da strutture organizzate. In questo caso, peraltro, un vincolo da stabilire è che la prestazione sia svolta con lavoro regolare; nel caso del voucher che esso sia usato solo per pagare i servizi riconosciuti meritevoli.

Per la definizione dei piani di *welfare* occorrono valutazioni accurate: una corretta analisi della popolazione aziendale di riferimento e dei relativi caratteri socio-demografici, una buona informazione sul contesto aziendale e territoriale interessato (dal clima interno dell'azienda, agli indici di assenteismo e di *turnover*, ecc.); una rilevazione ponderata dei bisogni e delle aspettative in relazione alle esenzioni previdenziali e fiscali disponibili, una proiezione dei costi/benefici e la sostenibilità nel medio/lungo periodo (ad esempio nella sanità sono necessarie previsioni in merito all'andamento dei costi in relazione alle varie prestazioni, tenendo conto dell'evoluzione demografica e delle patologie), vantaggi per le imprese (immagine, miglioramento del clima aziendale, responsabilità sociale), scambio contrattuale fra *benefits* e produttività.

La complessità e la variabilità dei bisogni di welfare hanno suggerito alle imprese e alla contrattazione di prevedere un set o menu di misure fra le quali i singoli interessati possono scegliere la combinazione di benefits più corrispondenti alle specifiche esigenze: misure di tipo diverso ma che dovrebbero rivestire un valore equivalente per tutti.

Una importanza prioritaria rivestono l'informazione a tutti gli *stakeholders*, e il coinvolgimento dei dipendenti in tutte le fasi dell'attività: dal disegno, alle scelte sul mix di misure più adeguate alle strategie aziendali e ai bisogni dei vari strati di popolazione. L'importanza di tali fattori è ancora sottovalutata, come indicano le testimonianze del volume.

### 18. Informazione e coinvolgimento degli *stakeholders*.

Informazione, persuasione e coinvolgimento diffusi sono necessari anzitutto per il successo di misure come la previdenza integrativa implicanti impegni a lungo termine e risultati differiti nel tempo: quindi meno percepibili dagli utenti. Tanto più che la percezione della loro utilità è ridotta dal fatto che la loro costruzione e gestione si sono allontanate dai luoghi di lavoro e trasferite in sede nazionale, per comprensibili esigenze di avere sufficienti masse critiche da mobilitare.

L'utilità e lo sviluppo ulteriore della previdenza integrativa dipendono dalla capacità delle parti di contrastare i rischi di burocratizzazione e di inefficienza gestionale legati alla sua dimensione e centralizzazione. La stessa sfida si pone per la sanità e la assistenza integrativa, anch'esse in rapida crescita dimensionale e di scala. È vero che queste forme di *welfare* sono di fruibilità e apprezzamento da parte dei singoli più immediate di quanto non sia per i fondi di previdenza. Esse sono però ancora prive di una regolazione adeguata che ne garantisca una corretta gestione. Trasparenza ed efficienza di gestione sono tanto più necessarie per le grandi dimensioni delle spese per l'assistenza sanitaria e per le prospettive di una sua crescita in tutti i Paesi.

Le pratiche di informazione e coinvolgimento sono diverse per le altre forme di *welfare* che nascono e si gestiscono a livello aziendale e/o territoriale. Qui devono seguire l'intero processo di costruzione e di implementazione da parte delle imprese, in modo tale da garantire la piena conoscenza dell'esistente, che è spesso sommaria.

La cura di questi aspetti va sistematizzata, in quanto il *welfare* aziendale è ormai arrivato a una diffusione consistente e si sta arricchendo di misure nuove, spesso testate ancora in modo provvisorio, come quelle dirette a migliorare il *work life balance*, a favorire la conciliazione e la condivisione dei ruoli nella famiglia. Tali misure toccano aspetti delicatissimi della vita personale e familiare e richiedono quindi a tutte le parti interessate una accresciuta attenzione nel definire le condizioni di fattibilità, le modalità applicative dei vari istituti e l'impatto sulle persone. Al riguardo le indicazioni del volume sono un contributo alla tematizzazione della varie questioni.

### 19. *Welfare* flessibile e produttivo.

Richiamo fin d'ora l'attenzione su alcuni temi che mi sembrano particolarmente importanti. Anzitutto la complessità dei bisogni da soddisfare indica la opportunità di differenziare le risposte di servizio, privilegiando pacchetti compositi di misure, alcune garantite, altre opzionali, come già adottato da varie aziende. La possibilità di opzioni multiple è una importante occasione di coinvolgimento offerta ai dipendenti e accresce la percezione del valore dei *benefits* ricevuti: per questo le ricerche mostrano che è apprezzata dagli interessati.

Imboccare questa strada accresce la complessità delle scelte e della loro implementazione, sia se assunte direttamente dalle aziende sia se affidate a gestori esterni. Lo sviluppo di queste nuove aree di *welfare* è affidato, come mostrano i contributi del volume, alla sperimentazione e alla lungimiranza delle imprese, ma anche alla cultura e sensibilità dei lavoratori. Richiederà un impegno crescente sul piano della gestione e nella allocazione delle risorse, tanto più necessario a fronte delle attuali ristrettezze economiche.

L'utilità dimostrata dalle esperienze esistenti sia per l'efficienza aziendale sia per il benessere dei lavoratori mostra che una ulteriore fase di sviluppo del *welfare* aziendale è possibile e merita il sostegno anche da parte del potere pubblico, come è confermato dalle norme della legge di stabilità per il 2016.

## Prove di convivenza. L'organizzazione del mercato del lavoro dopo il d.lgs. n. 150/2015\*

Sergio Vergari

1. Premessa	250
2. Il percorso di Regioni e Province autonome dopo la riforma costituzionale del 2001 e gli insegnamenti conseguenti	252
3. Il nuovo modello organizzativo disegnato dal d.lgs. n. 150/2015	256
4. Il funzionamento della rete nazionale dei servizi per il lavoro ed il ruolo di coordinamento assegnato all'Agenzia nazionale	260
5. L'implementazione dei livelli essenziali delle prestazioni tra competenza statale e coinvolgimento regionale	264
6. Il posizionamento delle Regioni nell'attivazione della riforma	267
7. La condizione particolare delle Regioni/Province a statuto autonomo	271
8. Quali prospettive di convivenza virtuosa?	274

---

\* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 298/2016

## 1. Premessa

Ad uno sguardo disincantato, la riforma del 2015 appare idealmente proiettata a realizzare una nuova e profonda revisione del sistema di governo del mercato del lavoro. Non già, tuttavia, nella direzione tracciata all'art. 1, c. 3, l. n. 183/2014, ovvero verso la completa ricentralizzazione delle competenze<sup>618</sup>, bensì verso l'affermazione e la stabilizzazione del metodo della collaborazione tra Stato e Regioni. Si prende atto che il funzionamento efficiente del mercato richiede un'infrastruttura di supporto professionale più forte e omogenea tra tutte le aree del Paese. Si attesta, in conseguenza, l'esigenza di una compartecipazione più forte e ordinata delle istituzioni centrali e territoriali, che segni discontinuità rispetto al modello regionalista, pur senza piegarsi alla logica, tanto astratta quanto immediatamente impraticabile, della gestione totalmente statale.

Negli ultimi vent'anni, lo sforzo organizzativo e progettuale era stato guidato da una visione sostanzialmente divisiva delle responsabilità di Stato e Regioni. I maggiori poteri dovevano concentrarsi su uno solo dei due poli: inizialmente, con privilegio per il monopolio statale delle funzioni; successivamente e senza soluzione di continuità, a vantaggio dell'ideologia del decentramento amministrativo<sup>619</sup>. La collaborazione reciproca, all'interno di un perimetro d'azione comune, era ritenuta, di fatto, un obiettivo non realizzabile sul piano operativo e, forse in conseguenza, nemmeno percorribile sul piano politico e ordinamentale.

Nel volgere di pochi lustri, la concezione dicotomica dei ruoli istituzionali aveva permesso di sperimentare opzioni organizzative antitetiche e pratiche di decisa polarizzazione delle competenze. La gestione dei temi occupazionali, inizialmente affidata, fino alla metà degli anni Novanta, prioritariamente allo Stato, era passata, in un secondo momento, dal 1997 al 2001, in prevalenza alle Regioni. Anche dopo, dalla riforma costituzionale del 2001 in poi, il coinvolgimento di entrambi non aveva prodotto variazioni importanti sul tema. L'impegno di ciascuno era rimasto confinato, pur all'interno di competenze definite "concorrenti", in ambiti ampiamente distinti e non sovrapposti.

Dopo l'approvazione del d.lgs. n. 150/2015, il quadro muta nuovamente di segno. All'interno di un disegno costituzionale ancora imperniato sull'assegnazione allo Stato della responsabilità esclusiva in materia di livelli essenziali delle prestazioni e alle Regioni della responsabilità concorrente sulla tutela e sicurezza del lavoro<sup>620</sup>, il nuovo sistema di governo vira responsabilmente verso la condivisione degli spazi e una forte collaborazione reciproca tra Stato e Regioni<sup>621</sup>. Alle

<sup>618</sup> La norma citata non fa alcun cenno al ruolo gestionale delle Regioni. L'unico richiamo alle stesse è operato per l'attestazione del mantenimento del compito di programmazione delle politiche attive del lavoro [art. 1, c. 3, lett. u), l. n. 183/2014], in una sorta di interpretazione autentica del contenuto della competenza regionale sulla tutela e sicurezza del lavoro. Sulla portata di tale competenza cfr., invece, la fondamentale sentenza della Corte cost. 28 gennaio 2005, n. 50, su cui, anche per il richiamo al precedente dibattito dottrinale, cfr. GARILLI, *La riforma del mercato del lavoro al vaglio della Corte Costituzionale*, in RGL, II, 2005, 440 ss.; ALBI, *La riforma del mercato del lavoro al bivio del neo-regionalismo*, in RIDL, II, 2005, 530 ss.; TROISI, *La potestà regionale in materia di lavoro*, in RGL, I, 2007, 651 ss.

<sup>619</sup> Sulla stagione del federalismo amministrativo, avviata con la l. 15 marzo 1997, n. 59 e proseguita con un rivolo di decreti attuativi, tra cui, in materia di mercato del lavoro, il d.lgs. 23 dicembre 1997, n. 469, cfr., tra gli altri, MANGIAMELI, *Il regionalismo italiano tra tradizioni unitarie e processi di federalismo*, Giuffrè, Milano, 2012.

<sup>620</sup> Cfr. ancora Corte cost. n. 50/2005, secondo cui «quale che sia il completo contenuto che debba riconoscersi alla materia "tutela e sicurezza del lavoro", non si dubita che in essa rientri la disciplina dei servizi per l'impiego ed in specie quella del collocamento».

<sup>621</sup> LELLA, *Il difficile cammino della riforma dei servizi per il lavoro. Profili costituzionali, riforme istituzionali e attribuzione delle funzioni e dei compiti amministrativi in materia di politiche attive del lavoro*, in DLRI, 2016, 1, p. 187, ritiene, invece, che l'impianto di riforma sia

seconde è concessa la partecipazione al ruolo di indirizzo nazionale delle politiche attive per il lavoro. Al primo è rimesso il coordinamento dei servizi per il lavoro e delle politiche di attivazione dei disoccupati, nonché il compito di disciplinare aspetti rimasti sino ad oggi sotto la responsabilità esclusiva delle sole Regioni, come il governo del rapporto con gli operatori accreditati, le modalità di funzionamento dei servizi per il lavoro, lo sviluppo e la gestione di un sistema informativo unitario.

Il nuovo assetto si annuncia, dunque, fondamentale per il futuro dei servizi per l'impiego. Eppure, non si può ancora dire che esso segni, di per sé, un punto di svolta nello sviluppo delle politiche del lavoro, né che grazie ad esso il Paese vedrà una crescita ottimale della dinamicità e qualità del mercato del lavoro. Troppe sono, a tutt'oggi, le incognite.

Il rapporto tra vecchi e nuovi attori è tutto da scoprire, poiché chiamato a svilupparsi su binari sconosciuti e ancora da costruire<sup>622</sup>. La visione del lavoro da realizzare è anch'essa ancora incerta e lo sarà sino a quando il modello di sviluppo congegnato dallo Stato e quello praticato dalle singole Regioni non saranno fatti convergere all'interno di un unico programma coordinato<sup>623</sup>. La stessa idea di sviluppo dei servizi per l'impiego dipende dalla specifica concezione del rapporto con quelli privati, che, come noto, ha offerto negli anni interpretazioni differenti a livello regionale. Non è pertanto scontato l'allineamento di Stato e Regioni su una visione comune<sup>624</sup>.

Sotto altro versante, vanno meglio comprese e delineate le relazioni finanziarie tra Stato e Regioni, tenuto conto dei complessivi scarsi livelli di investimento nelle politiche attive<sup>625</sup>, dell'attuale carenza di risorse e della chiara propensione manifestata dal primo a cofinanziare aree di propria competenza, come i livelli essenziali delle prestazioni, con una parte dei fondi regionali e dei programmi operativi sostenuti dal Fondo Sociale Europeo<sup>626</sup>.

Sui dubbi si potrebbe continuare. La questione fondamentale si risolve, invero, in un quesito riassuntivo ed onnicomprensivo. Esso attiene alla reale disponibilità delle istituzioni statali, nell'attuale tendenza all'accentramento dei compiti e delle responsabilità, a (continuare a) valorizzare,

---

chiaramente centralistico e l'attuale fase sia contraddistinta da uno «schizofrenico alternarsi delle linee di politica del diritto (dal federalismo come innovazione salvifica, al neocentralismo come risposta a tutti i mali del paese)».

<sup>622</sup> Cfr. ancora LELLA, *op.cit.*, p. 185, che richiama con efficacia l'immagine del «gioco dello Shanghai, in cui i bastoncini colorati devono essere via via sfilati da attori diversi, tutti impegnati a cercare, innanzitutto, di non far crollare il sistema».

<sup>623</sup> Il concetto di cornice comune di azione appartiene, innanzitutto, alla dimensione comunitaria, ove è promossa la «compenetrazione tra l'esercizio delle funzioni spettanti ai vari livelli, con il livello sopranazionale titolare di una sorta di ruolo di integratore di sistema, che si estrinseca attraverso funzioni di programmazione, coordinamento e indirizzo, nonché di verifica, mentre il livello nazionale assumerebbe più una funzione di attuazione» (STRAZZARI, *Tra soft e hard law: prime riflessioni in favore della giustiziabilità degli atti emanati nell'ambito del Metodo aperto di coordinamento*, in Barbera M. (a cura di), *Nuove forme di regolazione: il metodo aperto di coordinamento delle politiche sociali*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 326). La condivisione di poteri e responsabilità nella promozione del diritto al lavoro (cfr. ALAIMO, *Il diritto sociale al lavoro nei mercati integrati. I servizi per l'impiego tra regolazione comunitaria e nazionale*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 66) costituisce, dunque, una linea di indirizzo rivolta a tutti i livelli di intervento, compresi quelli regionali.

<sup>624</sup> Se è vero che l'assegno di ricollocazione, ora classificato tra i livelli essenziali delle prestazioni (cfr. art. 28, d.lgs. n. 150/2015), costituisce un indubbio strumento di uniformazione del rapporto con i soggetti privati accreditati, è altrettanto vero che la scelta di quanto investire sulla collaborazione con questi ultimi rimane una prerogativa prioritariamente regionale.

<sup>625</sup> Dai dati pubblicati dalla Camera dei Deputati nelle schede di lettura n. 226 del 14 ottobre 2014, relative a «Deleghe al Governo in materia di lavoro», si evince che il livello percentuale di spesa per i servizi all'impiego e le politiche attive del lavoro rispetto al Pil ammontava in Italia nel 2010 a 1,71, contro 3,69 della Spagna, 2,74 dell'Olanda, 2,33 della Francia, 1,82 della Germania. La media europea si attestava nel medesimo anno sul valore di 1,89 punti percentuali.

<sup>626</sup> Cfr., ad esempio, l'art. 24, c. 2, d.lgs. n. 150/2015, a proposito del finanziamento dell'assegno di ricollocazione.

pur all'interno di una cornice indivisibile, i territori, la loro storia ed il loro protagonismo responsabile.

L'esperienza del Programma Operativo della Garanzia Giovani<sup>627</sup> sembra delineare un modello cooperativo tutto sommato coerente con la prospettiva di collaborazione e valorizzazione reciproca e con l'assetto costituzionale tuttora vigente. Del pari, la volontà legislativa di dedicare i prossimi anni, in attesa della piena attuazione della riforma costituzionale, alla strutturazione di relazioni stabili e coordinate tra Stato e Regioni lascia intravedere, quantomeno sul piano politico, una premessa di ulteriore promozione del ruolo regionale.

Sul piano fattuale e giuridico, tuttavia, non è chiaro lo spazio effettivo per alimentare tale prospettiva, tenuto conto del nuovo protagonismo statale e dell'incastro complesso, connotato da equilibrio precario<sup>628</sup>, tra le persistenti prerogative regionali e i nuovi spazi d'azione ritagliati a favore delle istituzioni statali. Di ciò ci si occuperà nello sviluppo del discorso.

## 2. Il percorso di Regioni e Province autonome dopo la riforma costituzionale del 2001 e gli insegnamenti conseguenti

Per comprendere i problemi odierni in tema di organizzazione del mercato del lavoro, è inevitabile valorizzare le radici dell'attuale sistema e recuperare i passaggi fondamentali vissuti negli ultimi vent'anni. È nota, in proposito, la scelta compiuta dallo Stato nel 1997. Alla vigilia della condanna dell'Italia da parte della Corte di Giustizia comunitaria per abuso di posizione dominante nel collocamento, causata dalle palesi inefficienze del sistema pubblico statale<sup>629</sup>, la decisione di quest'ultimo fu quella di conferire per delega alle Regioni tutte le funzioni ed i compiti relativi al collocamento e alle politiche attive del lavoro. Allo Stato era riservato un ruolo generale e non precisato di indirizzo, promozione e coordinamento. Alle Regioni erano assegnate, tra l'altro, responsabilità più ampie di quelle esclusivamente gestionali. Tra queste, si ricorda, da un lato, la programmazione e il coordinamento di iniziative volte ad incrementare l'occupazione e incentivare l'incontro tra domanda e offerta di lavoro, dall'altro, la programmazione e il coordinamento delle misure finalizzate al reimpiego dei lavoratori posti in mobilità e all'inserimento lavorativo di categorie svantaggiate. Sulle stesse Regioni era posta anche la responsabilità del reciproco coordinamento orizzontale, che avrebbe dovuto realizzarsi mediante la stipulazione di intese tra tutte quelle interessate dall'esercizio di funzioni e compiti da esercitare in ambiti territoriali pluriregionali.

La scelta organizzativa ricordata è all'origine del successivo riconoscimento alle stesse Regioni di competenze proprie concorrenti, sancite dalla riforma costituzionale del 2001. Da lì in poi, lo sviluppo dei servizi per l'occupazione diventa prerogativa regionale. Fermi restando i principi dettati dalla legislazione dello Stato attraverso la l. n. 30/2003 e il successivo d.lgs. n. 276/2003, riguar-

<sup>627</sup> Cfr. la Raccomandazione del Consiglio dell'Unione europea del 22 aprile 2013 sull'istituzione di una Garanzia per i giovani (2013/C 120/01) e il Piano di attuazione italiano della Garanzia per i Giovani del 23 dicembre 2013.

<sup>628</sup> Cfr. LELLA 2016, 189.

<sup>629</sup> Cfr. CGCE 11 dicembre 1997, C-55/96 ed i relativi commenti espressi da ICHINO, *La fine del regime italiano di monopolio statale dei servizi di collocamento*, in RIDL, II, 1988, p. 22 ss. e RICCI, *Il controverso rapporto fra principi comunitari della concorrenza e normative nazionali del lavoro: il caso Job Center II*, in DRI, 1988, p. 145 ss.

danti prevalentemente il rapporto tra pubblico e privato, i sistemi organizzativi regionali, codificati nella rispettiva legislazione dell'ultimo decennio del secolo scorso, si sviluppano ciascuno in forma autonoma e peculiare, seguendo impostazioni solo in parte sovrapponibili<sup>630</sup>.

Il loro elemento unificante può riconoscersi nella scelta comune di imperniare la gestione dei servizi per l'impiego in capo alle Province. Essa corrisponde al criterio organizzativo in precedenza dettato dallo Stato con il d.lgs. n. 469/1997<sup>631</sup>, fatto proprio e rilanciato dalle Regioni nel momento dell'assunzione della responsabilità diretta sull'architettura dei propri sistemi di governo. A tale scelta corrisponde l'applicazione di uno schema rimasto sostanzialmente immutato sino ai giorni attuali. In base ad esso, la Regione esercita le funzioni di indirizzo, programmazione, coordinamento, controllo, monitoraggio e valutazione delle attività inerenti le politiche del lavoro; le Province esercitano le funzioni relative all'erogazione dei servizi per l'impiego, delle attività per il collocamento mirato e delle politiche attive<sup>632</sup>.

Rispetto a tale impostazione, sono almeno due gli elementi di riflessione. Innanzitutto, il marchio di fabbrica dei servizi per l'impiego è costituito dal loro essere stati concepiti con un baricentro basso, vale a dire con il posizionamento del loro livello organizzativo in prossimità dei cittadini, dei loro territori e delle caratteristiche dei diversi mercati del lavoro territoriali, in totale coerenza con i principi del decentramento amministrativo. Va considerato, per altro verso, che nella tradizione italiana dell'ultimo ventennio il ruolo di regia, di coordinamento e di monitoraggio dei servizi per l'impiego è stato esercitato dalle Regioni, con lo Stato impegnato invece a curare l'acquisizione e la distribuzione delle risorse comunitarie e a sostenere, con propri autonomi programmi, le politiche regionali.

Tali elementi si riflettono pesantemente sull'attuale momento storico. In una fase proiettata al crescente accentramento delle funzioni, lo sforzo richiesto al Paese non coincide, semplicemente, con la costruzione di un apparato di regole, di politiche e di servizi più uniforme e capillare. Esso implica, anche e soprattutto, la completa riscrittura della scena organizzativa della *governance* pubblica, dei suoi protagonisti e dei rispettivi ruoli. Alcuni attori, a cominciare dalle Province, non saranno più tali<sup>633</sup>; altri (le Regioni) reciteranno nuovi spartiti; altri ancora (ad esempio, le istituzioni scolastiche e formative) saranno chiamati ad una presenza più strutturata ed importante. Lo Stato, soprattutto, dovrà assumere la funzione di guida e garante dell'efficienza del nuovo sistema unitario, assicurando il coordinamento delle azioni.

<sup>630</sup> In pochi anni, la normativa regionale subisce una celere rivitalizzazione. Cfr. per le Marche, l.r. 25 gennaio 2005, n. 2, per il Friuli Venezia Giulia, l.r. 9 agosto 2005, n. 18, per la Toscana, l.r. 1 febbraio 2005, n. 20, per l'Emilia Romagna, l.r. 1 agosto 2005, n. 17, per la Sardegna, l.r. 5 dicembre 2005, n. 20, per la Lombardia, l.r. 28 settembre 2006, n. 22, per il Piemonte, l.r. 27 novembre 2006, n. 36 e 22 dicembre 2008, n. 34, per la Liguria, l.r. 13 agosto 2007, n. 30, per il Veneto, l.r. 13 marzo 2009, n. 3, per il Lazio, l.r. 6 novembre 2009, n. 27, per la Campania, l.r. 18 novembre 2009, n. 14, per la Puglia, l.r. 29 settembre 2011, n. 25, per la P.A. Trento, l.p. 16 giugno 1983, n. 19, novellata con l.p. 27 dicembre 2011, n. 18, 27 dicembre 2012, n. 25, 22 aprile 2014, n. 1 e 20 dicembre 2014, n. 14.

<sup>631</sup> Su tale provvedimento cfr. VARESI, *L'assetto istituzionale e organizzativo dei sistemi regionali per l'impiego alla luce del decreto legislativo 23 dicembre 1997, n. 469*, in Aa.Vv., *I servizi per l'impiego tra pubblico e privato*, in QDLRI, 1999, 22, p. 15 ss.; NAPOLI, OCCHINO, CORTI, *I servizi per l'impiego. Art. 2098*, Il Codice civile. Commentario, Giuffrè, Milano, 2010, p. 34 ss.

<sup>632</sup> Cfr. i criteri organizzativi tracciati all'art. 4 del d.lgs. 23 dicembre 1997, n. 469, su cui, tra gli VARESI, *op.cit.*, 15 ss.

<sup>633</sup> Come è noto, il disegno di legge costituzionale (atto S.1429-B), intitolato «Disposizioni per il superamento del bicameralismo paritario, la riduzione del numero dei parlamentari, il contenimento dei costi di funzionamento delle istituzioni, la soppressione del CNEL e la revisione del Titolo V della parte II della Costituzione» e approvato in via definitiva dal Parlamento in data 12 aprile 2016, prevede la soppressione delle Province. Nel frattempo, la l. 7 aprile 2014, n. 56 (c.d. legge c.d. Del Rio) ha riscritto pesantemente le funzioni provinciali, escludendo da quelle fondamentali i compiti in materia di servizi per il lavoro.

In un contesto siffatto, connotato da forte complessità e incertezza e da un percorso riformatore che è solo agli inizi, l'esperienza regionale, rivelatasi anch'essa molto difficile e laboriosa, suggerisce prudenza nella riconfigurazione dell'impianto. La pretesa di cambiamento deve confrontarsi, umilmente, con i rischi concreti di indebolimento del quadro esistente, insiti nel fatto che il passaggio di titolarità dei centri per l'impiego può nascondere insidie e generare effetti e reazioni indesiderati. Un cambio di passo intelligente esige che la riorganizzazione dei rapporti tra Stato e Regioni e tra queste e i livelli territoriali inferiori non produca alcun peggioramento dei servizi ai cittadini ed esprima, anzi, una concreta e tangibile rivitalizzazione del loro compito. La stagione del decentramento, al di là dei risultati più o meno buoni prodotti, insegna che il fine ultimo di ogni riforma istituzionale dev'essere, non lo spostamento fine a sé stesso dei poteri pubblici, bensì la crescita ed il miglioramento reale dei servizi ai cittadini. Ciò che rende le riforme organizzative davvero positive, specie quando attengono ai problemi sociali, è la loro capacità di migliorare la risposta complessiva ai problemi delle persone, non certo la loro persuasività astratta.

Con tale consapevolezza, è utile riflettere sull'altro tema importante dell'esperienza regionale, anch'esso ora attratto nella riforma statale. Si allude al rapporto tra pubblico e privato. Il d.lgs. n. 276/2003 aveva rimesso interamente alla Regioni la disciplina dell'accreditamento e delle relazioni tra istituzioni pubbliche ed attori privati. Le impostazioni seguite da queste ultime si sono rivelate subito differenti, in quanto influenzate, non solo, come avrebbe dovuto essere, dall'obiettivo di miglioramento dei servizi alle persone in cerca di lavoro, ma anche da una diffusa diffidenza, variamente espressa, verso l'apertura ad una collaborazione virtuosa con i privati.

Lo spazio riservato a questi ultimi è rimasto concretamente condizionato dalle visioni ideologiche perseguite a livello regionale. Così al modello iniziale marchigiano, ispirato alla massima chiusura possibile<sup>634</sup>, si è contrapposto quello lombardo, connotato invece da massima apertura<sup>635</sup>. In mezzo, hanno potuto collocarsi altri modelli regionali, ispirati in varia forma al criterio dell'economicità del ricorso ai soggetti accreditati<sup>636</sup> ovvero dell'opportunità amministrativa.

Altri elementi di diversificazione sono emersi sui profili organizzativi, quali l'individuazione dei soggetti privati ammessi alla collaborazione e la determinazione delle regole di affidamento delle attività.

<sup>634</sup> Secondo l'impostazione marchigiana, l'affidamento ai soggetti accreditati dei servizi per il lavoro segue il criterio della «motivata impossibilità del servizio pubblico a svolgere il servizio da affidare» [art. 13, c. 2, lett. b), l.r. n. 2/2005].

<sup>635</sup> La scelta storica della Regione Lombardia (cfr. l.r. n. 22/2006) è stata quella di porre i servizi pubblici e quelli privati sullo stesso piano, chiedendo ad entrambi di accreditarsi ai fini della reciproca competizione nell'accesso agli affidamenti di attività. Tale modello è destinato ora ad una pronta modifica nel segno della rinnovata centralità dei centri per l'impiego nell'esercizio delle attività ad essi riservate dall'art. 18 del d.lgs. n. 150/2015. Resta ferma, tuttavia, la disposizione tesa a consentire l'attribuzione in via transitoria, in tutto o in parte, ai soggetti accreditati, mediante apposita convenzione con il Ministero del lavoro, dei compiti, delle funzioni e degli obblighi in materia di politiche attive del lavoro (art. 11, c. 4, d.lgs. n. 150/2015).

<sup>636</sup> È il caso, ad esempio, del Veneto e del Piemonte (cfr. art. 26, c. 1, l.r. 13 marzo 2009, n. 3), regioni nelle quali l'affidamento dei servizi agli operatori accreditati è consentito nel rispetto, tra gli altri, del criterio dell'economicità del ricorso agli stessi, valutato oggettivamente sulla base del rapporto tra i costi e i benefici del servizio fornito. È il caso anche della Puglia, la cui legge prevede che «i servizi pubblici per l'impiego svolgono direttamente tutte le funzioni non contemplate al comma 1 per le quali possono anche avvalersi, nelle ipotesi definite dalla Regione, dei soggetti pubblici e privati accreditati» (art. 2, c. 1, l.r. n. 25/2011).

Nel primo caso, in molti hanno ritenuto di apporre la condizione dell'accreditamento quale unica porta d'ingresso alla collaborazione<sup>637</sup>. In talune circostanze, tuttavia, la destinazione dei finanziamenti pubblici ovvero il coordinamento delle attività del pubblico e dei privati sono stati ammessi in presenza del solo requisito dell'autorizzazione all'erogazione di servizi per il lavoro<sup>638</sup>. Ciò ha contribuito ad alimentare confusione sulla funzione dei due filtri, ancora oggi fomentata, come si vedrà, dallo stesso d.lgs. n. 150/2015.

Quanto alle regole di affidamento, le esperienze regionali hanno potuto realizzare, in coerenza con l'impostazione generale prescelta, soluzioni variegate, in alcuni casi ispirate alla massima contendibilità, in altri proiettate, di fatto, a favorire la formazione di nuovi monopoli privati. Così, mentre nel sistema lombardo, il criterio di affidamento e di finanziamento delle attività è stato costruito attorno al c.d. *voucher*<sup>639</sup>, in ragione del quale è il cittadino, cui il *voucher* è consegnato, che seleziona e sceglie l'operatore (pubblico e privato) incaricato di erogare i servizi, nelle altre realtà regionali si è preferita la tecnica degli avvisi. In base a quest'ultima, è la Regione che seleziona gli operatori con cui collaborare, assegnando agli stessi specifiche attività da svolgere a favore di soggetti predefiniti ovvero riservando agli stessi specifiche aree territoriali ove operare da unici soggetti abilitati.

Proprio la diversificazione dei regimi menzionati segnala la forte disomogeneità delle esperienze sin qui realizzate, che non giova alla costruzione per via di sintesi di un'infrastruttura nazionale. A tale scopo servirebbe l'assunzione di un'impostazione unitaria, voluta da tutte le Regioni. Benché la stessa non rappresenti un valore in sé, se rapportata alla diversità dei mercati del lavoro regionali, la sua introduzione sanerebbe alla radice l'attuale incoerenza tra i regimi organizzativi regionali e tra questi e le esigenze di uniformità di molti soggetti pubblici e privati di dimensione nazionale o sovra-regionale. Si vuol dire che la partecipazione dei privati all'implementazione dei servizi pubblici per l'impiego ha richiesto sino ad oggi adattamenti continui alle logiche dei singoli contesti regionali, con gravoso dispendio di energie ed investimenti probabilmente limitati o non massimizzati. Ciò indica che tra *governance* pubblica e quella privata dei servizi per l'impiego esiste un disallineamento oggettivo, che non giova allo sviluppo coordinato e fruttuoso del sistema.

Servirebbe, dunque, il suo celere superamento. A tale scopo, senza dover immaginare l'accentramento in capo allo Stato delle funzioni organizzative, sarebbe sufficiente l'allineamento spontaneo di tutte le Regioni attorno a *standard* comuni, che rendano omogenei in tutto il Paese i meccanismi di funzionamento del rapporto con i soggetti chiamati a collaborare con i centri per l'impiego.

<sup>637</sup> Cfr., ad esempio, l'art. 25, l.r. Friuli Venezia Giulia n. 18/2005, l'art. 4, l.r. Sardegna n. 20/2005 e l'art. 5, l.r. Piemonte n. 36/2006.

<sup>638</sup> Cfr., in particolare, la normativa del Veneto (art. 26, c. 2, l.r. n. 3/2009) e della Lombardia (art. 12, l.r. n. 22/2006).

<sup>639</sup> La sua denominazione attuale è quella di "Dote Unica Lavoro". Introdotta per la prima volta nel 2007, dopo la sua sperimentazione nell'ambito dell'istruzione e della formazione, la versione più recente è frutto di una successione di delibere della Giunta regionale lombarda (n. X/555 del 2 agosto 2013; n. X/748 del 4 ottobre 2013; n. X/4150 del 8 ottobre 2015, quest'ultima approvata in corrispondenza della nuova programmazione europea 2014-2020). Lo strumento, come spiega G. Bocchieri ([workmag.it](http://workmag.it)), risponde all'esigenza di «programmare l'azione di governo regionale partendo dalla domanda, non dall'offerta. In tal modo la Regione definisce un sistema sempre aperto, con standard di servizio e di costi, centrato sui bisogni della persona che è portatrice, appunto, di una "dote" con la quale fruisce gratuitamente dei servizi di formazione e lavoro». La dote unica consente, in sostanza, di superare la programmazione fatta di progetti, selezione e finanziamento, e di evitare la segmentazione tra le azioni.

L'esperienza insegna che tale obiettivo è più facilmente realizzabile attraverso il dialogo costruttivo tra le Regioni e con lo Stato<sup>640</sup>. Lo stesso d.lgs. n. 150/2015 svela l'esistenza già oggi di un'impostazione da tutti condivisa. Essa ruota intorno allo strumento dell'assegno di ricollocazione<sup>641</sup>, che, sulla scia dell'esperienza lombarda, consegna direttamente alle persone disoccupate l'onere della selezione autonoma del soggetto cui affidarsi<sup>642</sup>.

L'impatto organizzativo di tale scelta si preannuncia importante e richiederà investimenti, anche informatici, adeguati. Come detto, i contesti regionali sono in maggioranza abituati ad operare in altro modo, secondo criteri di preventiva selezione pubblica dei soggetti accreditati cui affidare l'erogazione dei servizi pubblici per l'impiego. Il passaggio al nuovo sistema non sarà, dunque, indolore.

Vero è, tuttavia, che l'assegno di ricollocazione non costituisce l'unico modello di riferimento. Il d.lgs. n. 150/2015 non prescrive la sua esclusività, ma apre, anzi, alla convivenza tra modelli diversi. Nulla preclude alla singola Regione di continuare a praticare metodi di affidamento multipli e differenti, in particolare, per l'erogazione dei servizi ai soggetti disoccupati non percettori di sostegno al reddito, verso i quali l'assegno di ricollocazione non costituisce un livello essenziale delle prestazioni. Ciò conferma che il tema dell'uniformazione delle regole del gioco continua a rimanere attuale, anche al tempo del *Jobs Act*.

### 3. Il nuovo modello organizzativo disegnato dal d.lgs. n. 150/2015

Riprendendo la rappresentazione già accennata, la nuova architettura istituzionale comporta una revisione complessiva del quadro organizzativo pubblico, secondo una prospettiva per la quale chi gestiva i servizi (la Provincia) esce di scena, chi programmava le politiche attive del lavoro è chiamato ad assumere nuovi compiti diretti di gestione (la Regione) e chi seguiva dall'alto il mercato del lavoro (lo Stato) si pone ora alla guida della politica nazionale del lavoro, dotandosi di una nuova struttura di promozione e coordinamento.

<sup>640</sup> Il metodo delle intese tra Stato e Regioni/PA ha trovato negli ultimi anni importanti attuazioni, come in materia di tirocini, di apprendistato, di certificazione delle competenze e, da ultimo, di servizi per l'impiego (intesa del 30 luglio 2015).

<sup>641</sup> Tale strumento, codificato all'art. 23, d.lgs. n. 150/2015, si affianca al contratto di ricollocazione, richiamato all'art. 17, d.lgs. 4 marzo 2015, n. 22, che rimane formalmente ancora in vita, nonostante l'intervenuta amputazione di tutta la sua disciplina [cfr. art. 34, c., lett. l), d.lgs. n. 150/2015, che abroga l'art. 17, cc. da 2 a 7, d.lgs. n. 22/2015]. In base a quest'ultima, era previsto che il soggetto in stato di disoccupazione «ha diritto di ricevere dai servizi per il lavoro pubblici o dai soggetti privati accreditati un servizio di assistenza intensiva nella ricerca del lavoro attraverso la stipulazione del contratto di ricollocazione (...)». Era pure previsto che al medesimo soggetto «è riconosciuta una somma denominata «dote individuale di ricollocazione» spendibile presso i soggetti accreditati» (art. 17, c. 3, d.lgs. n. 22/2015). Con la recente introduzione dell'assegno di ricollocazione, il legislatore non si limita alla riscrittura della disciplina già prevista per la dote individuale di ricollocazione, che subisce, tra l'altro, una forte delegificazione a favore delle delibere dell'ANPAL. Egli dispone, soprattutto, che l'assegno, a differenza di quanto previsto per la dote, sia reso spendibile anche presso i centri per l'impiego, non solo presso i soggetti accreditati (cfr. art. 23, c. 1, del d.lgs. n. 150/2015). Ciò rende ora possibile una sana competizione tra i diversi soggetti, che costituisce premessa per una decisa rivitalizzazione dell'efficacia dei servizi erogati dal sistema pubblico.

<sup>642</sup> Sul piano tecnico, la previsione secondo cui l'assegno individuale di ricollocazione è spendibile «presso i centri per l'impiego o presso i servizi accreditati» e crea a favore del soggetto disoccupato che lo detenga un'ampia facoltà di scelta. L'affidamento del disoccupato al soggetto accreditato non è più deciso dal centro per l'impiego, come storicamente avvenuto nella maggior parte dei sistemi regionali, ma dal disoccupato stesso. Si produce in tal modo, oltre alla citata generalizzazione del modello competitivo tra centri per l'impiego e soggetti accreditati, lo spostamento dell'attenzione sulla qualità dell'offerta di servizi, che è destinata a precedere, per importanza, la stessa garanzia dei tempi previsti di esecuzione delle attività.

L'indirizzo politico non è più lasciato alle singole Regioni, ma è assegnato congiuntamente al Ministro del lavoro e, per le parti di rispettiva competenza, alle stesse Regioni e Province autonome. Tale passaggio realizza un chiaro allontanamento dal modello descritto nella legge delega n. 183/2014, la cui spiegazione si deve alla ferma opposizione regionale, sebbene mitigata da un dialogo cooperativo e dall'esigenza di scongiurare l'inizio di una nuova stagione di conflitti costituzionali<sup>643</sup>. Esso implica l'abbandono della condizione di autonomia e di disomogeneità delle politiche praticate nelle diverse Regioni. Conseguentemente, all'attuale stratificazione di indirizzi regionali dovrà subentrare un solo indirizzo di rango nazionale, la cui influenza sui primi è garantita dalla previsione di un'intesa preventiva in sede di Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome. Quest'ultima funge, dunque, da strumento di raccordo reciproco tra la politica statale e quella regionale, in nome di quell'uniformità dell'azione generale necessaria a garantire i livelli essenziali delle prestazioni su tutto il territorio nazionale e, in ultima analisi, il diritto (sociale) al lavoro<sup>644</sup>.

Totalmente inedita è la previsione dei contenuti della programmazione nazionale, chiamata ora a definire, mediante decreto del Ministro, per un verso, linee di indirizzo triennali ed obiettivi annuali, per l'altro, la specificazione dei livelli essenziali delle prestazioni. È evidente la premessa di concretezza insita in siffatto approccio, visibile nel fatto che tra gli obiettivi richiesti dal legislatore è pretesa una particolare attenzione alla qualità dei servizi<sup>645</sup>. Anche l'accertamento di quest'ultima costituisce un concreto obiettivo della riforma, cui concorre l'esemplificazione di parametri fondamentali quali la riduzione della durata della disoccupazione, il contenimento dei tempi di servizio, la crescita della quota di intermediazione tra domanda ed offerta di lavoro.

Al confronto con l'impostazione seguita dal d.lgs. n. 181/2000, il cambiamento appare marcato. I risultati prefissati non coincidono più solo con l'erogazione dei singoli servizi previsti entro un

<sup>643</sup> La mancata presentazione di ricorsi regionali avverso la legge delega è l'effetto tangibile del dialogo tra Stato e Regioni, i cui contenuti, pur parzialmente ignorati in sede di approvazione della legge-delega del 2014, hanno poi trovato nuova considerazione in avvio dell'attuazione della delega. Ne offre testimonianza il percorso realizzatosi intorno al tema del riordino dei compiti delle Province, con la prevista espunzione dalle funzioni provinciali fondamentali dei servizi per il lavoro (cfr. l. 7 aprile 2014, n. 56) e la successiva necessità di individuarne il loro nuovo gestore. Sull'iniziale ambizione di ricondurre quelle funzioni in capo alla costituenda Agenzia nazionale per le politiche attive del lavoro, complice l'enucleazione in capo alla stessa di competenze gestionali, è prevalsa la convinzione della loro migliore allocazione presso le Regioni. La stessa questione della ricollocazione del personale provinciale, frettolosamente risolta dalla circolare n. 1/2015 del Ministero della Funzione Pubblica mediante la previsione del trasferimento degli operatori provinciali dei centri per l'impiego nell'organico dell'amministrazione centrale, ha trovato nel d.lgs. n. 150/2015 una soluzione totalmente diversa. È stata, infatti, sancita (*rectius* ribadita) l'attribuzione alle Regioni dei compiti amministrativi in materia di politiche attive del lavoro e la responsabilità delle stesse sui centri per l'impiego [art. 11, c. 1, lett. a)]. Per un'efficace ricostruzione del disegno iniziale perseguito dallo Stato, cfr. LELLA, *op.cit.*, p. 190 ss.

<sup>644</sup> Di associazione tra livelli, prestazioni e diritto al lavoro parla esplicitamente CANAVESI, *Politiche attive e servizi per l'impiego*, in PERSIANI, LIEBMAN, *Il nuovo diritto del mercato del lavoro*, Utet, Torino, 2013, p. 694 ss. Sulla nozione di diritto al lavoro, anche in rapporto alla sua giustiziabilità, cfr. RUSCIANO, *Il lavoro come diritto: servizi per l'impiego e decentramento amministrativo*, in RGL, suppl. 3, I, 1999, p. 26 ss.; GAROFALO D., *Formazione e lavoro tra diritto e contratto. L'occupabilità*, Cacucci, Bari, 2005; ALAIMO, *op.cit.*, 2009, p. 20 ss.

<sup>645</sup> Nell'erogazione dei servizi diventa ora prioritaria la loro descrizione nel patto di servizio personalizzato, cui è rimessa anche la definizione della tempistica dei singoli atti di ricerca attiva del lavoro. Stante il ricordato meccanismo competitivo scatenato dall'assegno di ricollocazione, la qualità dei servizi erogati è ora concepita quale condizione implicita di funzionamento dei servizi per l'impiego.

certo intervallo dall'inizio dello stato di disoccupazione<sup>646</sup>. Ora, le pretese diventano più ambiziose, poiché rivolte alla meta più importante, costituita dal superamento effettivo dello stato di disoccupazione. Per l'effetto, il paradigma dell'occupabilità perde la sua tradizionale centralità e il nuovo obiettivo delle politiche attive del lavoro diviene, più o meno esplicitamente, l'elevazione dell'occupazione<sup>647</sup>.

Anche sul piano gestionale, non mancano significative innovazioni. La nuova *governance* pubblica esce dal recinto tradizionale, composto dai servizi competenti a livello regionale, per abbracciare soggetti, anche di rango nazionale, chiamati a cooperare con gli organi istituzionali in ragione della particolare natura o competenza. La forma di amministrazione prescelta richiama l'istituzione della Rete Nazionale dei servizi per le politiche del lavoro, cui è affidato il compito di «promuovere l'effettività dei diritti al lavoro, alla formazione ed all'elevazione professionale previsti dagli articoli 1, 4, 35 e 37 della Costituzione ed il diritto di ogni individuo ad accedere a servizi di collocamento gratuito, di cui all'articolo 29 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, mediante interventi e servizi volti a migliorare l'efficienza del mercato del lavoro» (art. 1, c. 3, d.lgs. n. 150/2015).

La Rete ha una struttura composita e tendenzialmente orizzontale. Vi partecipano, per espressa previsione normativa, la costituenda Agenzia nazionale per le politiche attive del lavoro (d'ora in poi ANPAL), le strutture regionali per le politiche attive del lavoro, l'INPS, con riferimento alle competenze in materia di incentivi e strumenti a sostegno del reddito, l'INAIL, in relazione alle competenze in materia di reinserimento e integrazione lavorativa delle persone con disabilità da lavoro, le Agenzie per il lavoro e gli altri soggetti autorizzati all'attività di intermediazione, i fondi interprofessionali per la formazione continua di cui all'art. 118, l. n. 388/2000, i fondi bilaterali di cui all'art. 12, c. 4, d.lgs. n. 276/2003, l'ISFOL e Italia Lavoro Spa, il sistema delle Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura, le Università e gli Istituti di scuola secondaria di secondo grado.

In base all'elencazione richiamata, l'appartenenza alla Rete è affidata a due criteri tassativi, costretti, il primo, dalla coincidenza con i soggetti nominati esplicitamente, il secondo, per gli altri soggetti, dalla loro appartenenza ad una delle categorie indicate dalla legge ovvero dal possesso dell'autorizzazione all'intermediazione. Da notare che le università, gli istituti di scuola secondaria di secondo grado e gli enti bilaterali sono autorizzati *ex lege* all'intermediazione (art. 6, d.lgs. n. 276/2003), sicché la loro citazione esplicita, a fianco degli altri soggetti autorizzati, risulta sovrabbondante e poco comprensibile. Se essa equivallesse alla loro abilitazione diretta, a prescindere

<sup>646</sup> L'art. 3, d.lgs. n. 181/2000, ora abrogato dall'art. 34, c. 1, lett. g), d.lgs. n. 150/2015, prevedeva l'onere in capo ai servizi competenti di erogare colloqui di orientamento, anche collettivi, e proposte di adesione di inserimento lavorativo o di formazione o di riqualificazione professionale od altra misura utili a favorire l'integrazione professionale entro un certo tempo dall'inizio dello stato di disoccupazione. Nessuna norma, nel passato regime, poteva dirsi rivolta a promuovere direttamente risultati occupazionali.

<sup>647</sup> L'impostazione dell'art. 2, d.lgs. n. 150/2015 fotografa bene il descritto cambio di paradigma. La previsione al c. 2 di tempi certi per la convocazione delle persone in cerca di lavoro e del relativo percorso di inserimento o reinserimento lavorativo non descrive più la *mission* fondamentale dei servizi per l'impiego (su cfr. NAPOLI, OCCHINO, CORTI, *op.cit.*, p. 44 ss.; ALAIMO, *op.cit.*, p. 73 ss.), che è invece identificata da quanto previsto al c. 1, vale a dire il conseguimento della riduzione dei tempi medi di disoccupazione e di una quota minima di intermediazione tra domanda ed offerta di lavoro.

da qualsivoglia autorizzazione, essa implicherebbe, in senso innovativo, l'implicita rinuncia alle condizioni previste per quest'ultima<sup>648</sup>.

Il passaggio nevralgico è comunque un altro. Esso attiene alla rilevanza assegnata al possesso dell'autorizzazione all'intermediazione per l'ingresso nella rete e, in particolare, alla comprensione della formula «le Agenzie per il lavoro, di cui all'articolo 4 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, e gli altri soggetti autorizzati all'attività di intermediazione ai sensi dell'articolo 12 del presente decreto», utilizzata all'art. 1, c. 2, lett. e), d.lgs. n. 150/2015 per l'identificazione dei soggetti della Rete.

Per un verso, le Agenzie per il lavoro menzionate all'art. 4, d.lgs. n. 276/2003 sono quelle autorizzate all'erogazione dei propri servizi sul libero mercato; per l'altro, il richiamo agli altri soggetti autorizzati all'intermediazione ai sensi dell'art. 12, d.lgs. n. 150/2015 introduce una contraddizione in termini, poiché il regime dell'autorizzazione non può essere logicamente associato alla disciplina prevista per l'accREDITAMENTO dei servizi per il lavoro, di cui si occupa, per l'appunto, l'art. 12. Il requisito dell'accREDITAMENTO non ha niente a che vedere col primo, essendo richiesto, non per operare liberamente sul mercato dei servizi privati, bensì per fare ingresso nelle reti regionali dei servizi pubblici<sup>649</sup>.

Dunque, la previsione esplicita ed inequivocabile del requisito dell'autorizzazione rende formalmente incomprensibile il richiamo alla disciplina dell'accREDITAMENTO ed apre, una questione interpretativa tutt'altro che trascurabile. Se il richiamo all'autorizzazione fosse da intendere in senso letterale, si verserebbe in una situazione di totale emarginazione dell'altro requisito dell'accREDITAMENTO. Viceversa, dando prevalenza al rinvio all'art. 12, l'espressione "autorizzazione" dovrebbe intendersi equivalente a quella di "accREDITAMENTO", con la conseguente necessità di un provvedimento autonomo ed esplicito di ricomprensione nella rete, non potendo a ciò bastare la sola previsione di legge.

La questione, che solo un occhio superficiale può ricondurre ad una possibile "svista" del legislatore, è aggravata dall'unico riferimento esplicito alla modalità di funzionamento della Rete nazionale<sup>650</sup>, per il quale quest'ultima persegue gli obiettivi costituzionali di promozione dell'effettività

<sup>648</sup> Ai sensi dell'art. 6, d.lgs. n. 276/2003, le scuole e le università sono autorizzate all'intermediazione a condizione che rendano pubblici e gratuitamente accessibili sui relativi siti istituzionali i curricula dei propri studenti, rispettivamente, all'ultimo anno o dalla data di immatricolazione e fino ad almeno dodici mesi successivi alla data del conseguimento del titolo di studio.

<sup>649</sup> In punto di accREDITAMENTO, come disciplinato all'art. 7 del d.lgs. n. 276/2003, cfr. FONTANA, 2004, 149 ss.; FILI, *L'accREDITAMENTO regionale dei servizi per l'impiego*, in MISCIONE, RICCI (a cura di), *Organizzazione e disciplina del mercato del lavoro*, in CARINCI (coordinato da), *Commentario al D.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, IPSOA, Milano, 2004, p. 190 ss.; TULLINI, *Commento al capo I del d.lgs. n. 276/2003*, in PEDRAZZOLI (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro*, Zanichelli, Bologna, 2004, p. 119 ss.; SPATTINI, *La disciplina del mercato del lavoro: regime autorizzatorio ed accREDITAMENTI*, in TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro. Prime interpretazioni e proposte di lettura del d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276. Il diritto transitorio e i tempi della riforma*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 498 s.; ROSATO, *I regimi di accREDITAMENTO; profili generali e prospettive regionali di sviluppo*, in OLIVELLI, TIRABOSCHI (a cura di), *Il diritto del mercato del lavoro dopo la riforma Biagi: intermediazione pubblica e privata, regimi di autorizzazione e accREDITAMENTO, borsa del lavoro, tutele del lavoratore sul mercato (artt. 3-19 D.lgs. n. 276 del 2003, come modificato dal D.lgs. n. 251 del 2004)*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 287 ss.; VARESI, *Il nuovo sistema di collocamento e di servizi all'impiego nella riforma del mercato del lavoro*, in MAGNANI, VARESI (a cura di), *Organizzazione del mercato del lavoro e tipologie contrattuali*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 35 ss.; OCCHIOCIUPO, POMPONI, *L'accREDITAMENTO nei servizi per l'impiego e nella formazione professionale*, *ibidem*, p. 101 ss.; LAMBERTUCCI, *Sub art. 7 (AccREDITAMENTI)*, in DE LUCA TAMAJO, SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro. Commentario al D.lgs. 10 settembre 2003, n. 276 ("Riforma Biagi")*, Cedam, Padova, 2007, p. 157 ss.; NAPOLI, OCCHINO, CORTI, *op. cit.*, 142 ss.

<sup>650</sup> Al riguardo, va segnalato che la norma non propone alcun chiarimento sull'interazione reciproca tra la rete nazionale e quelle regionali. L'elemento di collegamento, costituito dall'accREDITAMENTO dei soggetti disponibili all'erogazione di servizi pubblici, vede

dei diritti al lavoro e di elevazione professionale dei lavoratori mediante «l'attività posta in essere dalle strutture pubbliche e private, accreditate o autorizzate» (art. 1, c. 3, d.lgs. n. 150/2015). Con tale espressione, il legislatore aggrava il profilo in discussione, arrivando a parificare, agli effetti della partecipazione alla rete nazionale, i soggetti autorizzati a quelli accreditati. Per l'effetto, si dovrebbe ritenere superata, in ottica nazionale, la storica distinzione tra le due categorie<sup>651</sup>.

Senonché, per mantenere un minimo di rigore sistematico e favorire proficui collegamenti tra la rete nazionale e quelle regionali, va individuato lo spazio per preservare la funzione specifica assegnata dal legislatore ai due filtri amministrativi. Essa merita di essere sottratta a qualsivoglia stravolgimento e mantenuta al servizio di un'evoluzione del rapporto tra pubblico e privato in senso coerente alla chiara e persistente divisione tra l'ambito dei servizi pubblici e quello dei servizi privati per il lavoro.

Ebbene, la lettura incrociata delle diverse disposizioni del d.lgs. n. 150/2015 conduce ad affermare che la partecipazione alla rete delle agenzie per il lavoro non può reggersi sulla sola autorizzazione, ma richiede correttamente anche il loro preventivo accreditamento. Una conferma esplicita è fornita dall'art. 12, cc. 2 e 3, d.lgs. n. 150, ove si afferma, da un lato, che l'ANPAL istituisce l'albo nazionale dei soggetti accreditati a svolgere funzioni e compiti in materia di politiche attive del lavoro, dall'altro, che, a richiesta, le agenzie per il lavoro di cui all'art. 4, d.lgs. n. 276/2003 sono accreditate ai servizi per il lavoro su tutto il territorio nazionale ovvero sono iscritte all'albo per operare nel territorio di Regioni che non abbiano istituito un proprio regime di accreditamento.

La citazione binaria, nella declaratoria degli attori della rete nazionale, tanto dei soggetti accreditati quanto di quelli autorizzati, va dunque intesa in senso generale, quale riferimento plenario a tutti i soggetti che, nello specifico ruolo ricoperto, possono concorrere alla diffusione dei servizi professionali per il lavoro e all'elevazione della buona occupazione. Va invece allontanato ogni suo possibile significato eversivo, quale sarebbe quello di abilitarla all'indicazione dell'avvenuto superamento della linea di demarcazione tra servizi pubblici, cui si rivolge l'accreditamento, e quelli privati, cui è destinata l'autorizzazione.

Per chiarezza sistematica, si deve ritenere, con riguardo ai soggetti privati, che la partecipazione ai servizi pubblici promossi dalla Rete nazionale presupponga sempre un atto di accreditamento. Esso compete allo Stato, tramite l'ANPAL, con riguardo alle agenzie per il lavoro destinate ad operare su tutto il territorio nazionale o nei territori di Regioni prive di un proprio regime di accreditamento. Ove invece i soggetti o le agenzie operino esclusivamente all'interno di singoli ambiti regionali provvisti di una propria rete, l'accreditamento spetta alle Regioni di riferimento.

#### **4. Il funzionamento della rete nazionale dei servizi per il lavoro ed il ruolo di coordinamento assegnato all'Agenzia nazionale**

All'interno della rete, gli attori protagonisti non ricoprono tutti lo stesso ruolo. Taluni, come l'INPS, l'INAIL, l'ISFOL o Italia Lavoro, esercitano i propri compiti in esclusiva. Altri, come le agenzie per il

ora la coesistenza di due distinti soggetti titolati a rilasciarlo (per i rispettivi ambiti territoriali, lo Stato e le Regioni). Le stesse regole di riferimento sono mantenute separate e sottoposte a criteri comuni solo sul versante dell'accreditamento regionale (cfr. art. 12, d.lgs. n. 150/2015).

<sup>651</sup> Sulla distinzione tra i due strumenti cfr. ALAIMO, *op. cit.*, 184 ss.; TULLINI, *op. cit.*, 123 ss.

lavoro o gli altri soggetti autorizzati all'intermediazione sono invece invitati ad reciproco rapporto concorrenziale, senza alcuna certezza sul livello del proprio coinvolgimento operativo.

Quanto ai contenuti dell'attività da svolgere, il ruolo di INPS, INAIL ed ISFOL non ha a che fare tecnicamente con l'erogazione di servizi all'occupazione, mentre per le camere di commercio, le università e gli istituti di scuola secondaria superiore non è neppure prevista una funzione specifica. Tale omissione, forse riferibile alla volontà di non tracciare rotte organizzative precostituite, segna uno dei passaggi più incerti della riforma, perché impedisce di leggerne il disegno complessivo ed i traguardi desiderati. La mancata precisazione dei servizi richiesti alle istituzioni scolastiche non ha a che fare semplicemente con l'incertezza dei compiti da esse esercitabili. Essa crea le premesse per il consolidamento della disomogeneità di approccio tra le stesse, che funge, a sua volta, da grave ostacolo alla trasformazione del loro ruolo da soggetti solo formatori ad attori capaci di realizzare, insieme, funzioni formative e di accompagnamento al lavoro.

Al cospetto di questa sfida epocale, alla cui realizzazione potrebbe essere dedicato, almeno in parte, lo sforzo riformatore, il percorso intrapreso non appare all'altezza. Per vincere la persistente ritrosia di molte istituzioni scolastiche ad occuparsi stabilmente di orientamento e di accompagnamento al lavoro dei propri studenti, anziché solo di formazione, sarebbe stata opportuna un'esplicita dichiarazione normativa sul ruolo ad esse richiesto all'interno della rete. Siffatta precisazione sarebbe servita, soprattutto, per rimuovere gli equivoci esistenti intorno al rapporto tra tali istituzioni e i centri per l'impiego.

Per essere efficace ed immediata, l'azione delle prime dovrebbe intercettare anche i compiti dei secondi, di modo che, uscito dalla scuola o dall'università, il giovane possa beneficiare di tutti i servizi preliminari, dalla profilazione, alla stipulazione del patto di servizio, direttamente presso l'istituzione di provenienza, già depositaria di tutte le più importanti informazioni al suo riguardo. Invece, nel silenzio normativo, si è portati ad intendere un assetto diverso. Lo spazio riservato alle istituzioni scolastiche appare molto più ristretto. Lo stesso potrebbe, coincidere con l'erogazione di attività diverse dalle prestazioni considerate essenziali<sup>652</sup>.

Si consideri, tra l'altro, l'incomprensibile penalizzazione riservata alle medesime istituzioni dall'art. 18, c. 2, d.lgs. n. 150/2015. Mentre, infatti, tutte le attività dei centri per l'impiego possono essere affidate dalle Regioni e dalle Province autonome ai soggetti privati accreditati, le stesse sembrano precluse ai soggetti pubblici. A ciò conduce l'interpretazione letterale della norma, la cui irrazionalità merita però di essere corretta, in ottica sistematica, nel senso di ritenere che il richiamo ai soggetti privati funga da autorizzazione al loro coinvolgimento e non da esclusione di quelli pubblici.

<sup>652</sup> Sul ruolo delle istituzioni scolastiche si gioca buona parte delle politiche occupazionali dei giovani. Oggi, la loro uscita dai percorsi di studio verso il mondo del lavoro è segnata da una condizione di sostanziale solitudine. Da protagonista nella scuola, il giovane è lasciato diffusamente da solo nell'orientamento al lavoro e nel contatto con i servizi per l'impiego, per i quali egli rappresenta, quasi sempre, uno sconosciuto. Se si affidasse, invece, alle stesse istituzioni scolastiche la competenza alla gestione dei primi passi nell'accompagnamento al lavoro, ivi compresa la partecipazione alla redazione del patto di servizio personalizzato, vi potrebbero essere molti vantaggi. La profilazione del giovane sarebbe valorizzata attraverso la ricchezza di informazioni già detenute da quel soggetto. La stessa reputazione del giovane, ben nota alla scuola o all'università, potrebbe essere proficuamente valorizzata nell'impostazione del patto e veicolata nelle azioni di ricerca attiva del lavoro. Ciò rivela come vi siano spazi interessanti, coerenti con le sollecitazioni provenienti dall'Europa [v. comunicazione della Commissione Europea 5 dicembre 2012, COM(2012) 727] e velatamente sostenuti anche dalla nuova legge sulla scuola [cfr. art. 1, c. 7, lett. m), l. 13 luglio 2015, n. 107], per promuovere condivisioni di funzioni tra scuola e centri per l'impiego, nell'interesse reciproco. Ad esempio, la comprensione diretta delle esigenze del mondo produttivo potrebbe aiutare la scuola a meglio impostare i propri programmi formativi.

Un altro punto critico attiene alla vaghezza del ruolo riservato nella rete alle camere di commercio. Ad esse è dedicata un'unica e ampollosa citazione, che le classifica quali protagoniste di un sistema, per lo più ancora solo teorico, condiviso con le università e gli istituti di scuola secondaria di secondo grado [art. 1, c. 2, lett. i), d.lgs. n. 150/2015]. Nessun cenno è presente alla loro missione o alla possibile utilizzazione in attività specifiche, come, ad esempio, quelle inerenti il censimento dei fabbisogni occupazionali o la mediazione nel lavoro. Nemmeno è chiarito a quale regime di accreditamento esse debbano fare riferimento, se a quello solo regionale, ai sensi delle disposizioni già approvate da molte Regioni, o a quello anche statale, in virtù dell'appartenenza normativa alla rete nazionale. Tutto ciò penalizza la costruzione di una loro convincente identità nell'ambito dei servizi per il lavoro, né aiuta a definire le modalità del loro proficuo coinvolgimento attivo, come accade, invece, in altri Paesi europei, come la Germania o la Francia<sup>653</sup>. Nulla, comunque, appare precluso. Pur nella genericità del quadro descritto dal legislatore, il rafforzamento della loro presenza ed azione potrà svilupparsi spontaneamente, in raccordo con gli altri soggetti della rete, nelle direzioni ritenute più utili.

Complice la mancata previsione di un vertice gerarchico, il funzionamento della Rete pone apparentemente sullo stesso piano, in un rapporto orizzontale, tutti i soggetti pubblici e privati coinvolti, con i primi chiamati al coinvolgimento cooperativo dei secondi. Su tale assetto organizzativo s'inserisce il ruolo di coordinamento assegnato all'ANPAL (art. 1, c. 4, d.lgs. n. 150/2015), il cui significato e la cui portata rimangono, tuttavia, un'incognita. Nulla è precisato al riguardo, sebbene dalla sua declinazione dipenda il senso stesso della rete.

In una prima direzione, la funzione di coordinamento potrebbe interessare la distribuzione dei compiti esercitabili dai soggetti coinvolti. Poiché, come visto, solo per taluni di essi l'attività da perseguire è già scolpita dalla legge, per gli altri le azioni da svolgere potrebbero dipendere dalle decisioni dell'ANPAL, a maggior ragione nel caso di avviamento di programmi nazionali o quando sia quest'ultima a gestire gli affidamenti dei servizi.

In altra direzione, la medesima funzione impatta sul rapporto con i centri per l'impiego, costituenti, nel nuovo impianto organizzativo riformato, uffici territoriali regionali. La necessità di un equilibrio di sistema, il vincolo di coerenza con il riparto di competenze tra Stato e Regioni delineato dallo stesso d.lgs. n. 150/2015 e la previsione del possibile allargamento dei compiti gestionali dell'ANPAL solo tramite convenzione con la Regione (art. 9, c. 2, d.lgs. n. 150/2015) impongono di rigettare ogni possibile congettura volta a riservare allo Stato poteri di condizionamento diretto di quelle strutture. Il coordinamento riservato all'ANPAL non può spingersi a tanto<sup>654</sup>, ma deve rivolgersi al diverso obiettivo di favorire l'erogazione uniforme dei servizi essenziali su tutto il territorio nazionale ed il loro inquadramento dentro un quadro operativo unitario<sup>655</sup>. Spetta, dunque, all'ANPAL il compito di sostenere gli opportuni legami tra i centri, incoraggiando i rapporti di conoscenza e di sostegno reciproco nonché il funzionamento delle reti regionali.

<sup>653</sup> In tali Paesi il ruolo delle camere di commercio si può apprezzare, ad esempio, nello sviluppo e nell'accompagnamento dell'apprendistato (cfr. Italia Lavoro, *Benchmarking sull'apprendistato in Europa*, in [italialavoro.it](http://italialavoro.it)).

<sup>654</sup> È invece possibile che sia la Regione a volere il coinvolgimento dell'ANPAL, quando, attivando la clausola di cui all'art. 9, c. 2, essa promuova una convenzione con l'Agenzia per assegnarle compiti di gestione diretta dei servizi per il lavoro e delle politiche attive [cfr. anche l'art. 11, c. 1, lett. e), d.lgs. n. 150/2015].

<sup>655</sup> A tale scopo si giustifica la previsione per la quale i soggetti privati accreditati operano sulla base dei costi standard definiti dall'ANPAL (art. 18, c. 2, d.lgs. n. 150/2015).

Sotto la regia statale dovrà essere promosso, in particolare, il conseguimento di standard di risultato omogenei, riferibili anche agli obiettivi concordati tra il Ministro del lavoro e le Regioni. Dovrà essere valorizzato, in definitiva, il contenuto etimologico della parola coordinamento. Essa rimanda alla costruzione di legami più solidi e fluidi tra i diversi soggetti, al loro più facile e diretto collegamento dentro un sistema organico, alla costruzione dei presupposti per l'attuazione più facile degli obiettivi di potenziamento dei servizi alle persone e di efficace collegamento tra politiche passive e quelle attive.

Il lavoro, per quest'ultima parte, richiama la costruzione di un terreno d'azione uniforme e condiviso, a cominciare dall'individuazione e dall'applicazione di regole comuni per l'accertamento delle caratteristiche dei lavoratori e della loro distanza dal mercato del lavoro (il c.d. *profiling*)<sup>656</sup>. Si pensi, in altra direzione, all'opportunità di una condivisione di metodo per la determinazione e l'utilizzazione delle unità di costo standard e per la costruzione di standard di servizio unitari e funzionali alla diffusione di linguaggi e regole comuni tra i soggetti della rete, utili anche a favorire la contendibilità dei servizi<sup>657</sup>.

Tale prospettiva richiama un altro tema fondamentale, costituito dal rapporto tra la rete nazionale e quelle regionali. Come noto, la disciplina dell'accreditamento era stata introdotta dal d.lgs. n. 276/2003 nell'ottica della costituzione delle sole reti regionali, la cui formazione, pur ritardata in molti contesti locali, ha condotto, sino ad oggi, alla costituzione di 16 sistemi territoriali<sup>658</sup>. Il nuovo impianto organizzativo promosso dal d.lgs. n. 150/2015, non presuppone la loro soppressione, ma ne prevede l'affiancamento alla rete nazionale.

Orbene, se le finalità di tali formazioni sono ormai note a livello locale, sul piano nazionale il contributo previsto è annacquato nel generico scopo di migliorare l'efficienza del mercato del lavoro. Rispetto, dunque, all'interazione tra i diversi livelli mancano indirizzi precisi, essendosi preferito esplicitare il solo limite negativo costituito dal rispetto delle competenze costituzionalmente riconosciute alle Regioni e alle Province autonome di Trento e Bolzano (art. 1, c. 4, d.lgs. n. 150/2015). Tale tecnica coglie sottilmente due esigenze: da un lato, quella di non urtare la sensibilità regionale e di non demolire le infrastrutture regionali faticosamente edificate nell'ultimo decennio; dall'altro, quella di non delimitare per atto normativo l'ambito di possibile intervento della rete nazionale, lasciando aperta ogni opportunità del suo utilizzo in funzione delle diverse e nuove necessità.

Di fronte a siffatto orizzonte, che apre il campo a scenari imprevedibili, un elemento appare subito chiaro. L'intervento della Rete nazionale deve considerarsi autorizzato almeno all'interno de-

<sup>656</sup> Sul c.d. *profiling* l'esperienza di Garanzia Giovani ha prodotto risultati incoraggianti, come testimoniano i *report* periodici prodotti dal Ministero del lavoro (cfr. [garanzigiovani.gov.it](http://garanzigiovani.gov.it)). Le sue modalità di calcolo sono state aggiornate con il decreto direttoriale 23 gennaio 2015, n. 10.

<sup>657</sup> Sul valore della contendibilità dei servizi cfr. SESTITO, PIRRONE, *Disoccupati in Italia. Tra Stato, regioni e cacciatori di teste*, Il Mulino, Bologna, 2006.

<sup>658</sup> I sistemi di accreditamento regionali sono attualmente regolamentati nelle Regioni Toscana (dal 2005), Lombardia (dal 2007), Friuli Venezia Giulia e Veneto (dal 2009), Abruzzo (dal 2010), Lazio, Piemonte, Puglia, Molise e Sardegna (dal 2012), Campania, Marche, Provincia autonoma di Trento e Valle d'Aosta (dal 2013), Calabria e Sicilia (dal 2015). Se in Puglia il sistema sta per essere attivato, esso è ancora assente nelle Regioni Liguria, Emilia Romagna, Umbria e nella Provincia autonoma di Bolzano. Le Regioni che hanno stabilmente e continuativamente incardinato la gestione delle politiche attive del lavoro sulla rete degli operatori accreditati sono il Friuli Venezia Giulia, il Lazio, la Lombardia, il Piemonte, la Toscana, il Veneto e la Provincia autonoma di Trento.

gli spazi di azione gestionale riservati all'ANPAL. A quest'ultima, e dunque alla sua rete, è pure concesso un potere di gestione nell'ambito dei territori regionali ancora privi di un proprio regime di accreditamento (cfr. art. 12, c. 3, d.lgs. n. 150/2015).

Le ipotesi di collegamento tra i due livelli, regionale e nazionale, sono riferibili, in realtà, ad ogni aspetto ad essi pertinente, ovvero a tutti i servizi e le misure resi disponibili alle strutture pubbliche ed ai soggetti accreditati. La loro estensione è rimessa, concretamente, alle possibili intese tra Stato e Regioni, cui è affidato un ampio potere di conformazione degli assetti di collaborazione reciproca. Una sollecitazione, in tal senso, viene, ad esempio, dalla previsione di un ruolo in capo alle strutture regionali tanto nelle reti regionali di appartenenza quanto in quella nazionale [cfr. art. 1, c. 2, lett. b), d.lgs. n. 150/2015]. Tale elemento, totalmente inedito nell'organizzazione del mercato del lavoro, costituisce, insieme, premessa e opportunità di progressiva unificazione delle regole e delle modalità di funzionamento dei diversi sistemi reticolari.

Per contro, in difetto di un raccordo stretto tra Stato e Regioni, i rischi di conflitto appaiono maggiori che in passato. Si consideri che l'accredito nazionale rischia di spiazzare ogni persistente velleità regionale di perseguire autonome regolazioni territoriali del rapporto con i soggetti operanti a livello nazionale. Inoltre, i soggetti privati accreditati dalle Regioni potrebbero beneficiare, in forma crescente, di forme di coinvolgimento decise dall'ANPAL [art. 9, c. 1, lett. c), d.lgs. n. 150/2015], secondo una prospettiva idonea a consentirne l'intervento, per sola decisione statale, anche negli ambiti regionali. Tra l'altro, il richiamo generico ai privati accreditati ai sensi dell'art. 12 rinvia non solo a quelli aventi struttura nazionale o interregionale, ma anche a quelli operanti esclusivamente in una sola Regione, col rischio del loro irrazionale assoggettamento a due distinti poteri<sup>659</sup>.

Di fronte a siffatta impostazione normativa, la regolazione dei rapporti reciproci tra Stato e Regioni è rimessa, di fatto, alla loro libera iniziativa, in nome del rispetto reciproco e dell'auto-responsabilità, ma anche in attuazione di schemi flessibili capaci di superare l'impianto formale delle rispettive competenze. Il legislatore rinuncia a scolpire relazioni rigide o direzioni preimpostate dell'agire di ciascun soggetto. Preferisce che siano i rapporti convenzionali a tracciare la rotta, assegnando comunque la priorità ancora all'azione regionale, pur all'interno di un quadro complessivo che si vuole più uniforme a livello nazionale.

## 5. L'implementazione dei livelli essenziali delle prestazioni tra competenza statale e coinvolgimento regionale

Sembra un paradosso, alla luce del riparto costituzionale, associare i livelli essenziali delle prestazioni alla responsabilità delle Regioni. Eppure, la storia italiana insegna che l'impegno maggiore per la loro introduzione e realizzazione si deve proprio all'iniziativa regionale e allo sforzo gestionale delle Province.

Se l'espressione «livelli essenziali delle prestazioni» (d'ora in poi LEP) entra ufficialmente nell'ordinamento italiano solo nel 2001, passando dalla porta principale della riforma del Titolo V della

<sup>659</sup> Ragionando con il criterio classico, previsto anche per il rilascio delle autorizzazioni all'erogazione dei servizi per il lavoro, laddove l'azione del privato sia limitata al solo territorio regionale, la competenza alla regolazione del rapporto con lo stesso dovrebbe spettare esclusivamente alla Regione. Dovrebbe appartenere, invece, al Ministero del lavoro, nel caso in cui lo spazio d'intervento del privato intercetti il territorio di più Regioni o di tutta la nazione.

Costituzione, la manifestazione primordiale di tale concetto nel campo dei servizi per l'occupazione è antecedente e vede subito protagonista, insieme allo Stato, il livello regionale. Risale, infatti, all'accordo tra Stato e Regioni/PA del 16 dicembre 1999 la prima codificazione degli standard minimi di funzionamento dei servizi per l'impiego, mentre è dell'anno successivo l'approvazione, sempre in Conferenza Stato e Regioni/PA, delle linee guida per la definizione e la realizzazione del Masterplan dei servizi per l'impiego<sup>660</sup>. Da lì in poi, complici anche le spinte provenienti dalle istituzioni comunitarie<sup>661</sup>, saranno le singole Regioni a promuovere l'attuazione concreta delle linee guida nei rispettivi territori ed assumere il vincolo nei confronti dei cittadini al rispetto dei livelli di servizio ivi stabiliti. Non è un caso che i documenti regionali diventino da subito, non solo strumento di supporto alla programmazione e al monitoraggio degli interventi, ma anche leva fondamentale per l'enucleazione di indicatori di controllo del rapporto tra attività burocratiche e quelle di servizio e della qualità complessiva di queste ultime<sup>662</sup>.

Un'altra prova del contributo regionale allo sviluppo dei LEP è offerta dalle previsioni e codificazioni in materia di patti di servizio. Pur incoraggiato e supportato da talune previsioni statali proiettate, *lato sensu*, alla costruzione concordata di percorsi di uscita dallo stato di disoccupazione (cfr. d.lgs. n. 181/2000), lo strumento del patto ha una chiara origine regionale ed una storia che affonda le radici nelle esperienze innovative condotte a quel livello<sup>663</sup>. La sua ideazione s'incunea nella disciplina tipica dei rapporti amministrativi tra servizi pubblici e loro fruitori e trova legittimazione e sostegno nella classificazione di quest'ultima all'interno della competenza regionale in materia di tutela e sicurezza del lavoro<sup>664</sup>.

Su tale base, non può sorprendere che la prima attuazione dei patti sia stata curata al medesimo livello regionale cui è rimessa la competenza regolatoria sui rapporti amministrativi con i soggetti disoccupati. Che poi l'accordo sia ora diventato, per espressa previsione legislativa statale<sup>665</sup>, un livello essenziale della prestazione, nulla toglie al fatto che sullo stesso continuum a concentrarsi competenze plurime, costituite, per le Regioni, dall'abilitazione alla determinazione dei suoi contenuti, e per lo Stato, dal vincolo all'esplicitazione dei LEP, associato all'onere di adeguato finanziamento della loro attuazione.

Ciò premesso, è fondamentale comprendere la posizione reciproca assegnata dal d.lgs. n. 150/2015 a Stato e Regioni rispetto al patto di servizio.

A grandi linee, sembra di poter dire che, mentre allo Stato è riservata la disciplina minima e la procedura della sua sottoscrizione, alle Regioni è rimessa la facoltà della sua integrazione e specificazione. Lo conferma, del resto, lo stesso d.lgs. n. 150, che nel prevedere all'art. 20, c. 2, i

<sup>660</sup> Cfr. accordo del 26 ottobre 2000.

<sup>661</sup> Cfr. il documento approvato il 20 dicembre 2000 dal Comitato di Sorveglianza del Quadro Comunitario di Sostegno Obiettivo 3, nel quale si auspica l'impegno delle Regioni per la specificazione degli indirizzi unitari in altrettanti Masterplan regionali anche al fine del raggiungimento di un'efficienza misurabile in effetti oggettivamente apprezzabili.

<sup>662</sup> L'impegno alla misurazione delle attività di servizio, con riguardo, ad esempio, al numero di azioni intraprese, ai target dei beneficiari ai tempi di erogazione delle singole azioni, compare per la prima volta nei Masterplan regionali, cui si deve la preparazione fondamentale di quella che diverrà, in seguito, la nuova cultura dei LEP.

<sup>663</sup> Cfr. ALAIMO, *op. cit.*, p. 99 ss.

<sup>664</sup> Cfr. GAROFALO M.G., *Pluralismo, federalismo e diritto del lavoro*, in RGL, I, 2002, p. 411; PESSI, *Il diritto del lavoro tra Stato e Regioni*, in ADL, 2002, p. 80 ss.; VOZA, *Il Governo Berlusconi e il diritto del lavoro: dal Libro bianco al disegno di legge delega*, in RGL, I, 2002, p. 465 ss.

<sup>665</sup> Cfr. l'art. 4, c. 33, lett. b), l. n. 92/2012, ora sostituito dall'art. 28, d.lgs. n. 150/2015.

contenuti essenziali del patto, lascia intendere la facoltà del suo completamento a livello regionale.

Il coinvolgimento territoriale, concepito come concorrente in punto di regolazione dello strumento, è configurato invece come esclusivo sul piano gestionale, dove si registra la piena investitura dei centri per l'impiego sull'attuazione dei percorsi pattizi con i fruitori dei servizi. Tale sviluppo segnala una criticità tanto importante quanto nascosta. Infatti, benché il finanziamento delle azioni da intraprendere e la garanzia di una dotazione minima di personale da utilizzare presso i centri faccia corpo con la competenza statale sui livelli minimi delle prestazioni, la mancata promozione dei patti di servizio o l'inadempimento a quanto in essi previsto è destinato a scaricarsi sui medesimi centri per l'impiego anche nel caso in cui l'omissione o l'inadempimento sia riconducibile a responsabilità non proprie<sup>666</sup>.

L'incastro indefinito e caotico tra compiti statali e quelli regionali trova nei patti di servizio un macroscopico punto di espressione, i cui possibili effetti negativi rischiano di ricadere esclusivamente su una parte, paradossale quella dimostratasi più impegnata nel loro sviluppo. Ragionando sul filo delle competenze esclusive dello Stato, i soggetti preposti a garantire le condizioni organizzative e finanziarie per l'attuazione e lo sviluppo dei patti dovrebbero essere il Ministero del lavoro e l'ANPAL. Invece, nel disegno del d.lgs. n. 150/2015 tale opzione sembra rimossa. Non solo perché al finanziamento dei LEP devono sorprendentemente pensare, insieme allo Stato, proprio le Regioni, ma anche perché al primo è formalmente assegnato un ruolo di supplenza nei confronti delle seconde, quando i centri per l'impiego non rispettino il termine di 60 giorni dalla data di registrazione per la convocazione del disoccupato (art. 20, c. 4, d.lgs. n. 150/2015).

Dunque, tra Stato e Regioni, tra ANPAL e centri per l'impiego regionali, non sono previsti meccanismi utili a garantire il concorso diretto dei primi nell'attuazione dei LEP. L'onere di offrire risposte e speranze ai soggetti disoccupati, in conformità ai LEP, ma anche la responsabilità di attivare la condizionalità nei confronti dei percettori delle misure di sostegno al reddito, sono lasciati agli uffici regionali, sui quali pesa, oltretutto, la possibile indisponibilità dei necessari mezzi informativi. Ad esempio, non è ancora espressamente prescritta l'accessibilità alle Regioni dei nominativi dei percettori delle diverse misure di sostegno al reddito, mentre è onere delle stesse procedere alla convocazione di quei soggetti, nel caso di loro inerzia, per la stipula del patto di servizio (cfr. art. 21, c. 2, d.lgs. n. 150/2015).

Il contributo diretto dello Stato è concepito prioritariamente in termini finanziari, sebbene nei limiti delle risorse disponibili presso il Fondo per le politiche attive destinate allo scopo (cfr. art. 33, d.lgs. n. 150/2015). Allo Stato compete anche la predisposizione delle condizioni e delle modalità di funzionamento del sistema, tra cui è compresa la definizione dei profili regolatori dei LEP.

<sup>666</sup> Il tema dell'inosservanza, da parte dei soggetti pubblici competenti, dei livelli essenziali delle prestazioni richiama la prospettiva, relativamente nuova (cfr. RUSCIANO, *op. cit.*, p. 26 ss.), dei diritti individuali dei soggetti disoccupati, che a sua volta sposta il discorso giuridico, in punto di interventi per l'occupazione, dal campo dell'organizzazione dei servizi economici all'area dei diritti e della loro esigibilità. L'enfasi assegnata dal d.lgs. n. 150/2015 ai livelli essenziali delle prestazioni rischia, dunque, di rivitalizzare e di stimolare specifiche attitudini difensive degli uffici pubblici, la cui preoccupazione potrebbe concentrarsi più sul rispetto formale dei singoli diritti individuali, che sulla costruzione di servizi adeguati a soddisfare in via sostanziale le esigenze occupazionali dei cittadini. Sulla distinzione tra diritti e principi in materia di diritto al lavoro e di politiche per l'occupazione cfr. RUSCIANO, *Il pensiero di Massimo D'Antona sul diritto al lavoro*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, n. 216, 2014.

Così, mentre al legislatore è riservata l'elencazione delle funzioni irrinunciabili dei nuovi centri per l'impiego regionali, all'ANPAL è assegnato il compito di strutturare nuovi strumenti operativi di rango nazionale, utili all'uniformazione delle condotte regionali. Tra questi, la realizzazione di un sistema informativo unitario delle politiche del lavoro (art. 13, d.lgs. n. 150/2015), la definizione degli standard dei servizi per l'impiego e delle metodologie di profilazione degli utenti [art. 9, c. 1, lett. b) ed e), d.lgs. n. 150/2015], l'approvazione dei costi standard delle prestazioni richieste ai soggetti accreditati dalle Regioni (art. 18, c. 2, d.lgs. n. 150/2015), la definizione, previa approvazione del Ministro del lavoro, delle modalità operative e dell'ammontare dell'assegno di ricollocazione (art. 23, c. 7, d.lgs. n. 150/2015), il monitoraggio e la valutazione comparativa dei soggetti erogatori del servizio di assistenza intensiva acquistabile con il medesimo assegno (art. 23, c. 8, d.lgs. n. 150/2015).

Sul piano gestionale, la presenza statale è circoscritta alla conduzione di programmi sperimentali di politica attiva e di programmi di reimpiego e ricollocazione riferiti al personale di aziende in crisi [art. 9, c. 1, lett. p.), d.lgs. n. 150/2015]<sup>667</sup>. Per il resto, l'azione centrale rimane confinata al descritto potere sostitutivo, per il quale, in definitiva, la collaborazione con le Regioni sembra assomigliare a quella tra paziente e Pronto soccorso, con lo Stato chiamato a intervenire solo in caso di difficoltà o incapacità dimostrata dalle seconde. Con tale immagine, il programma di rilancio e di riprogettazione dei servizi per il lavoro, *in primis* attraverso l'attuazione delle prestazioni essenziali, rischia di stressare oltre misura il ruolo delle Regioni, facendo emergere insospettabili interessi competitivi tra i due livelli proprio nella fase di maggior bisogno del reciproco sforzo cooperativo.

## 6. Il posizionamento delle Regioni nell'attivazione della riforma

Quasi per contrappeso, la fase innescata con l'approvazione del d.lgs. n. 150/2015 esprime la dinamicità dell'impianto ivi previsto, che non irrigidisce il rapporto tra i livelli istituzionali dentro uno schema inflessibile e totalmente predefinito, ma ammette la possibilità di assetti variabili e geometrie diversamente articolate.

L'elemento di unificazione nazionale, tracciato già prima del decreto anzidetto, è costituito dalla previsione per la quale lo Stato, le Regioni e le Province autonome «definiscono, con accordo in Conferenza unificata, un piano di rafforzamento dei servizi per l'impiego ai fini dell'erogazione delle politiche attive» (art. 15, d.l. n. 78/2015, conv. in l. n. 125/2015). Ad esso è rimessa la definizione degli obiettivi di sistema da perseguire, il cui scopo finale, costituito dalla garanzia dei LEP, presuppone l'avanzamento omogeneo dei servizi all'impiego in tutte le aree del Paese. In tale ottica, si prevede e si giustifica l'ulteriore previsione di uno sforzo finanziario congiunto tra Stato e Regioni, coadiuvato, però, anche dai cofinanziamenti del Fondo Sociale Europeo.

<sup>667</sup> Va segnalata, sul punto, l'applicabilità dei programmi statali di reimpiego, oltre che al territorio di più Regioni, anche a quello di singole Regioni, quando siano interessate aziende con unità produttive ubicate in diverse province. Tale possibilità apre una breccia schizofrenica e potenzialmente eversiva nel rapporto tra ANPAL e Regioni, poiché rende possibili, insieme, tanto la totale emarginazione del ruolo regionale, quanto, all'opposto, l'attivazione di rapporti stretti con i centri per l'impiego. In questo secondo caso, nulla è chiarito sulle modalità della relazione, alla cui disciplina potrebbe provvedere, in alternativa alla legge, l'intesa tra Stato e Regioni ovvero la convenzione bilaterale.

L'impostazione attuale del nuovo percorso poggia, dunque, sul doppio pilastro raffigurato, per un verso, dal suo assetto semirigido e non totalmente definito dalla legge e, per l'altro, dalla forte base cooperativa tra Stato e Regioni<sup>668</sup>. Proprio quest'ultima deve la sua linfa all'accordo metodologico del 30 luglio 2015, sancito dalla Conferenza Unificata ben prima dell'approvazione del d.lgs. n. 150/2015<sup>669</sup>. È in tale accordo che trovano anticipazione i contenuti essenziali di quest'ultimo decreto. Nello stesso è pure presente l'impegno di Governo e Regioni a garantire congiuntamente la continuità di funzionamento dei centri per l'impiego, considerati «l'infrastruttura pubblica indispensabile per lo sviluppo delle politiche attive», a reperire le risorse per i costi del personale a tempo indeterminato, nella proporzione di 2/3 a carico del Governo e 1/3 a carico delle Regioni, a definire congiuntamente un piano generale di raccordo delle azioni di politiche attive per il lavoro contenute nei rispettivi programmi operativi inerente la programmazione comunitaria 2014/2020.

Se la cooperazione tra Stato e Regioni presuppone e sconta l'intesa tra le Regioni, secondo uno schema consolidato<sup>670</sup>, l'evoluzione più recente segna il passaggio ad un modello rigenerato e innovativo, costituito dall'affiancamento al rapporto bilaterale classico tra lo Stato e l'insieme delle Regioni di nuovi rapporti bilaterali, scanditi da specifiche convenzioni, tra lo Stato e le singole Regioni. È qui, come si diceva, che si realizza l'apertura del sistema a percorsi variabili e flessibili.

Nella prima attuazione del d.lgs. n. 150/2015, il sistema delle convenzioni sta assumendo grande enfasi, tanto da assurgere al rango di porta d'ingresso delle Regioni nel nuovo assetto riformato. Appare invece poco influente il fatto che il suo regime giuridico sia sospeso tra una pluralità di fonti e l'incerta definizione del suo ambito di azione.

Di rapporti collaborativi e di leale collaborazione parla, per la prima volta, il menzionato accordo del 30 luglio 2015, ove la convenzione tra il Ministero del lavoro e ciascuna Regione è indicata quale strumento idoneo all'«obiettivo di individuare linee di collaborazione che consentano di valorizzare le buone pratiche realizzate nei contesti regionali». Una diversa idea di convenzione era stata promossa dal Governo, qualche giorno prima, all'interno dell'art. 15, d.l. n. 78/2015, ove la stessa è concepita quale strumento di attuazione di un piano concertato di rafforzamento dei servizi per l'impiego e veicolo per la pratica di meccanismi coordinati di gestione amministrativa allo scopo di garantire i LEP.

<sup>668</sup> È questa la traduzione del principio di leale collaborazione (art. 120, c. 2, Cost.), indicato più volte dalla Corte costituzionale (cfr., per tutte, Corte cost. 25 settembre 2003, n. 303; 28 gennaio 2005, n. 50; 8 giugno 2005, n. 219), quale metodo indispensabile a governare ambiti connotati da forte concorrenza di competenze statali e regionali. Esso costituisce, per la Corte, un elemento immanente a tutti i rapporti che intercorrono tra Stato e Regioni: «la sua elasticità e la sua adattabilità lo rendono particolarmente idoneo a regolare in modo dinamico i rapporti in questione, attenuando i dualismi ed evitando eccessivi irrigidimenti» (Corte cost. 23 gennaio 2006, n. 31). Su tali concetti, cfr. ANZON, *I poteri delle Regioni dopo la riforma costituzionale. Il nuovo regime e il modello originario a confronto*, Giappichelli, Torino 2002, p. 135 ss.; TROISI, *op. cit.*, 671 ss.; CARPANI, *La collaborazione strutturata e linee evolutive dei raccordi "verticali" e "orizzontali"*, 2009, in *federalismi.it*; BARAGGIA, *Il principio di leale collaborazione tra fatto e diritto*, in *RE*, 2011, 1246 ss.

<sup>669</sup> Tra i presupposti dell'accordo è citata anche la riforma costituzionale *in itinere*, di cui si vorrebbe ottenere un condizionamento mediante la previsione di un vincolo ad un assetto di governo più partecipato e comunque rispettoso delle prerogative regionali in materia di formazione professionale e di politiche per lo sviluppo.

<sup>670</sup> La Conferenza dei Presidenti delle Regioni e delle Province autonome è la sede ufficiale della interlocuzione istituzionale interregionale. Presso la stessa sono predisposti i documenti utili a sviluppare l'interlocuzione istituzionale con il Governo, il Parlamento e con l'Unione europea. La Corte costituzionale riconosce nella Conferenza «Una delle sedi più qualificate per l'elaborazione di regole destinate ad integrare il parametro della leale collaborazione (...). Al suo interno si sviluppa il confronto tra i due grandi sistemi ordinamentali della Repubblica, in esito al quale si individuano soluzioni concordate di questioni controverse» (Corte cost. 23 gennaio 2006, n. 31). Sul ruolo e il funzionamento della Conferenza cfr. CARPANI, *La Conferenza Stato-regioni. Competenze e modalità di funzionamento dall'istituzione ad oggi*, Il Mulino, Bologna 2006.

A settembre 2015, tuttavia, una terza previsione compare all'art. 11 del d.lgs. n. 150/2015. In essa si stabilisce che tra Ministero del lavoro e singola Regione è sottoscritta una convenzione finalizzata a regolare i relativi rapporti e obblighi in relazione alla gestione dei servizi e delle politiche attive nel territorio della regione o provincia autonoma, nel rispetto di principi specifici. Tra essi è annoverata l'attribuzione agli enti regionali delle funzioni e dei compiti amministrativi in materia di politiche attive, la necessaria organizzazione di tali funzioni mediante uffici territoriali denominati centri per l'impiego, l'obbligo di erogazione dei servizi a tutti i residenti nel territorio italiano e l'attribuzione alle Regioni e alle Province autonome delle attività, indicate all'art. 18 del d.lgs. n. 150/2015, costituenti servizi e misure di politica attiva del lavoro.

Sebbene nelle diverse previsioni il tracciato e gli scopi della convenzione appaiano sovrapponibili, il richiamo all'una o all'altra fonte normativa non è indifferente agli effetti del percorso da intraprendere. In particolare, mentre l'intesa ai sensi dell'art. 15, d.l. n. 78/2015 sconta logicamente la preventiva approvazione del piano di rafforzamento, a sua volta oggetto di intesa tra Stato e Regioni, quella prevista all'art. 11, d.lgs. n. 150/2015 ne prescinde. Il vantaggio, in quest'ultimo caso, consiste in un teorico maggiore spazio di contrattazione lasciato alla singola Regione, in cambio, però, di una minore autonomia organizzativa, stante la sottoposizione al vincolo dei principi dettati dalla legge statale.

La scelta dell'uno o dell'altro percorso è, dunque, tutt'altro che indifferente sul piano istituzionale, tenuto conto dei diversi piani di riferimento ad essi sottotesi. Invece, per una sorta di osmosi tra i tracciati, i primi accordi già firmati finiscono per attingere le proprie premesse da tutti i riferimenti normativi ad essi dedicati, a prescindere dalla loro reciproca coerenza e compatibilità. Il risultato paradossale è che la premessa logica di ogni forma di convenzione, costituita dalla preventiva intesa sui livelli essenziali (e i relativi finanziamenti) delle prestazioni da erogare su tutto il territorio nazionale, ai sensi dell'art. 2, c. 1, lett. b), d.lgs. n. 150/2015, rimane del tutto ignorata e, con essa, l'esigenza di legare la definizione dei rapporti reciproci ad un chiaro percorso di rafforzamento del sistema dei servizi pubblici all'impiego.

In assenza, in definitiva, di una precisa cornice finalistica e di qualsiasi attestazione delle condizioni di partenza della collaborazione reciproca, è spontaneo chiedersi a cosa servano le intese attivate a partire da dicembre 2015. La risposta va utilmente ricercata nella fase di transizione in atto, con un assetto costituzionale in via di radicale trasformazione e l'esigenza di costruire un quadro organizzativo diverso rispetto al passato, orientato a garantire, in nome dei LEP, un'infrastruttura dei servizi pubblici per l'impiego più omogenea e a costruire una politica del lavoro di rango nazionale. Scopo vero delle convenzioni, per quanto sapientemente non enfatizzato, è dunque quello di favorire il passaggio condiviso ad un governo del mercato del lavoro più accentrato ed uniforme. A tale obiettivo è ispirata la ricordata assegnazione normativa alle Regioni e alle Province autonome dell'onere di costituire propri uffici territoriali, denominati centri per l'impiego, destinatari di attività esclusive e rappresentativi di un modello organizzativo più accentrato<sup>671</sup>.

<sup>671</sup> L'art. 18, c. 3, d.lgs. n. 150/2015 riserva ai centri per l'impiego regionali la stipulazione del patto di servizio personalizzato, disciplinato all'art. 20 del medesimo decreto, ed il rilascio dell'assegnazione di ricollocazione, ai sensi dell'art. 23, c. 2. Benché non sia preclusa la facoltà delle Regioni di svolgere le proprie competenze mediante il coinvolgimento dei soggetti accreditati, la stessa incontra ora il limite delle due attività anzidette. Ciò significa che nel nuovo modello non sarà più possibile la convivenza tra modelli regionali differenziati:

L'indirizzo alla centralizzazione non esclude, invero, specifiche varianti a livello regionale più o meno protese alla condivisione di compiti con lo Stato. Se appare ormai preclusa ogni possibile nuova investitura degli enti intermedi (province e città metropolitane), fatta salva la fase di transizione prevista dall'accordo Stato e Regioni del 30 luglio 2015<sup>672</sup>, vi è invece lo spazio per variazioni sostanziali al modello di gestione esclusivamente regionale. Nella nuova prospettiva dei servizi garantiti a livello nazionale<sup>673</sup> non sono affatto preclusi accordi volti all'assegnazione diretta allo Stato, attraverso l'ANPAL, dell'esercizio, in tutto o in parte, delle funzioni gestionali<sup>674</sup>. Ove ciò accadesse, si aprirebbe uno scenario concreto di superamento per via convenzionale dell'assetto di competenze tracciato dall'attuale testo costituzionale. Si affaccerebbe, altresì, un quadro organizzativo nel quale, diversamente dal modello tipico tracciato dallo stesso d.lgs. n. 150/2015, la funzione gestionale dei servizi per il lavoro potrebbe subire una ripartizione tra le Regioni e lo Stato a seconda delle specifiche scelte compiute nei diversi territori.

Nella fase attuale, ad ogni buon conto, la firma delle convenzioni sembra rispondere ad esigenze finanziarie, prima ancora che organizzative. La funzione ad esse riservate dall'art. 15 del d.l. n. 78/2015 include, infatti, la regolazione e l'assegnazione delle risorse appositamente stanziolate<sup>675</sup>, senza le quali il passaggio della competenza gestionale dei servizi per il lavoro dalle Province alle Regioni sarebbe in molti casi impraticabile. Benché, dunque, le convenzioni siano concepite da quella norma come allegato del programma di rafforzamento, la loro reale funzione appare nuova e diversa. Essa assomiglia più a quella di veicolo d'integrazione delle risorse nazionali e regionali,

più competitivi, come nel caso della Lombardia, o più cooperativi, come nel caso della maggioranza delle Regioni. Sulla distinzione tra i modelli di gestione del rapporto tra pubblico e privato cfr. ALAIMO, *op. cit.*, 160 ss.

<sup>672</sup> La l. 23 dicembre 2014, n. 190, recante «Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato» (legge di stabilità 2015), prevede all'art. 1, c. 427, che, nelle more della conclusione delle procedure di mobilità di cui ai cc. da 421 a 428, il personale rimane in servizio presso le città metropolitane e le province con possibilità di avalimento da parte delle Regioni e degli enti locali attraverso apposite convenzioni che tengano conto del riordino delle funzioni e con oneri a carico dell'ente utilizzatore. Nell'attuale fase transitoria, la convenzione proposta alle Regioni dal Ministero del lavoro prevede la possibilità di mantenere la gestione dei centri per l'impiego in capo alle città metropolitane e agli enti di area vasta. In tale senso si sono già orientate le Regioni Lombardia (cfr. d.g.r. 30 novembre 2015, n. 4440), Lazio (cfr. d.g.r. 14 dicembre 2015, n. 739) e Veneto (d.g.r. 29 novembre 2015, n. 1673), che potrebbero essere presto imitate dalla Liguria e dalla Puglia. Le altre Regioni, pur non escludendo analoghe investiture dei medesimi enti locali, si stanno indirizzando alla gestione diretta dei compiti, in taluni casi anche mediante proprie agenzie regionali (è il caso di Emilia Romagna, Piemonte, Basilicata, Sardegna e, in prospettiva, anche la Toscana). In tale cornice, talune Regioni prevedono il ricorso, o si riservano di ricorrere (v., ad esempio, Toscana, Emilia Romagna, Molise e Campania), all'avalimento del personale provinciale.

<sup>673</sup> È ora previsto che il disoccupato non percettore di sostegno al reddito possa rivolgersi indifferentemente a qualsiasi centro per l'impiego del territorio nazionale, non più solo a quello del domicilio (cfr. art. 11, c. 1, lett. c), d.lgs. n. 150/2015 e circ. Min. lav. 23 dicembre 2015).

<sup>674</sup> Si può citare, a comprova, quanto compare nella convenzione firmata dalla Regione Emilia Romagna, ove si prevede, all'art. 4, c. 2, che le parti convengono di non affidare all'ANPAL alcuna funzione ai sensi dell'articolo 11, c. 1, lett. e), d.lgs. n. 150/2015.

<sup>675</sup> L'art. 15, c. 3, d.l. n. 78/2015, conv. con mod. in l. n. 125/2015, stabilisce che «Nell'ambito delle convenzioni di cui al comma 2 stipulate con le Regioni a statuto ordinario, le parti possono prevedere la possibilità di partecipazione del Ministero agli oneri di funzionamento dei servizi per l'impiego per gli anni 2015 e 2016, nei limiti di 90 milioni di euro annui, ed in misura proporzionale al numero di lavoratori dipendenti a tempo indeterminato direttamente impiegati in compiti di erogazione di servizi per l'impiego». L'art. 33, d.lgs. n. 150/2015, dispone l'incremento delle risorse anzidette, destinate a garantire i livelli essenziali di prestazioni in materia di servizi e politiche attive del lavoro, mediante rifinanziamento del fondo di rotazione di cui all'art. 9, d.l. n. 148/1993, conv. con modif. in l. n. 236/1993, nel limite di 50 milioni di euro per ciascuno degli anni 2015 e 2016.

che a quella di strumento di concertazione delle misure attuative, territorio per territorio, degli interventi necessari a conseguire gli obiettivi strategici delineati nel piano di rafforzamento<sup>676</sup>.

### 7. La condizione particolare delle Regioni/Province a statuto autonomo

La singolare impostazione conferita, in questa fase, alle convenzioni spiega la posizione defilata mantenuta sino ad oggi dalle Regioni e Province a Statuto speciale. Poiché le stesse sono escluse dai finanziamenti menzionati, appare loro poco chiara l'utilità di un convenzionamento con lo Stato. Tra l'altro, il modello di convenzione stabilito da quest'ultimo si limita a ripercorrere il riparto di compiti e funzioni già previsto dalla legge, mentre alcun cenno è compiuto agli indirizzi congiunti della politica del lavoro e alle misure volte al rafforzamento dei servizi.

Del pari, alcun cenno è rivolto alle complesse implicazioni organizzative derivanti dalla previsione secondo cui i servizi e le misure di politica attiva del lavoro devono essere rivolti da parte delle Regioni a tutti i residenti sul territorio italiano [art. 11, c. 1, lett. d), d.lgs. n. 150/2015], non più solo ai propri residenti. Eppure, una siffatta previsione dovrebbe esigere un'immediata uniformazione degli approcci regionali alla gestione dei servizi. Per non dire dell'esigenza indifferibile di realizzare in forma collaborativa quel sistema informativo "unitario" delle politiche del lavoro, senza il quale è impensabile garantire al cittadino servizi spendibili su tutto il territorio nazionale<sup>677</sup>.

Proprio la difficoltà di far avverare le condizioni necessarie alla costruzione di un sistema di servizi di rango davvero nazionale spiega, con buona approssimazione, il motivo della mancata inclusione dei profili anzidetti nell'attuale modello di convenzione. Ma ciò depone, paradossalmente, a sostegno della resistenza di Regioni e Province a Statuto speciale a stipulare convenzioni prive di contenuti realmente innovativi. In una fase storica in cui sin dal 2012, anno di introduzione dei LEP<sup>678</sup>, la loro attuazione è stata interamente delegata alle Regioni, la transizione ad un assetto istituzionale connotato da una più significativa partecipazione statale rischia di non produrre un miglioramento significativo del sistema dei servizi per il lavoro. Poiché il rischio è anzi quello opposto, di una progressiva deresponsabilizzazione delle Regioni, unita alla possibile decrescita del governo pubblico del mercato del lavoro, acquista particolare valore la clausola di salvaguardia introdotta a tutela delle loro competenze statutarie o delegate<sup>679</sup>.

<sup>676</sup> Va segnalata la posizione particolare della Regione Lombardia. Per essa, la convenzione costituisce uno strumento di necessario adeguamento al nuovo assetto organizzativo richiesto dal d.lgs. n. 150/2015, per il quale l'attuale modello competitivo deve cedere il passo ad altro sistema imperniato sulla centralità dei centri per l'impiego e dell'attività pubblica ad essi riservata.

<sup>677</sup> L'art. 9, c. 1, lett. g), d.lgs. n. 150/2015 assegna all'ANPAL la competenza allo sviluppo e alla gestione integrata del sistema informativo unitario. Peraltro, il richiamo normativo al sistema "unitario" e alla gestione "integrata" promette la realizzazione, da un lato, di un programma di unificazione dei sistemi regionali già esistenti, cui le Regioni hanno dedicato negli ultimi quindici anni copiosi investimenti, dall'altro, di un modello gestionale necessariamente compartecipato dall'ANPAL e dalle Regioni.

<sup>678</sup> L'art. 4, c. 33, della l. n. 92/2012 (c.d. legge Fornero) ha introdotto i LEP semplicemente cambiando la rubrica dell'art. 3, d.lgs. n. 181/2000. Anche per PASCUCI (*Servizi per l'impiego, politiche attive, stato di disoccupazione e condizionalità nella l. n. 92/2012. Una prima ricognizione delle novità*, in *RDSS*, 2012, p. 461 ss.) «i livelli essenziali delle prestazioni concernenti i servizi per l'impiego finiscono per corrispondere nella sostanza con la cornice di quei principi fondamentali che l'art. 3, d.lgs. n. 181/2000 stabilisce per l'esercizio della potestà legislativa concorrente delle Regioni in materia di servizi per l'impiego e politiche attive».

<sup>679</sup> Cfr. art. 1, c. 5, d.lgs. n. 150/2015, in base al quale «le regioni a statuto speciale e le province autonome di Trento e Bolzano esercitano nelle materie disciplinate dal decreto le competenze ad esse spettanti ai sensi dei rispettivi statuti, delle relative norme di attuazione e delle norme speciali recanti deleghe di funzioni».

Si vuol dire che non è accettabile per le Regioni più sviluppate un arretramento dei loro sistemi senza la certezza della loro sostituzione con una migliore infrastruttura nazionale. Non è un caso che a livello regionale si faccia già ora richiamo, in previsione della nuova riforma costituzionale del Titolo V, che dovrebbe statalizzare le politiche attive del lavoro, al meccanismo dell'art. 116 Cost, ai sensi del quale è resa possibile la delega di funzioni alle Regioni. Quelle che già la detengono, come le Province autonome di Trento e Bolzano, non mancheranno di rivendicarne l'esercizio, se fosse necessario.

Il caso delle Province autonome di Trento e Bolzano merita, invero, di essere affrontato più in dettaglio<sup>680</sup>. Esso richiama l'attenzione sulla specifica posizione delle Regioni a statuto speciale rispetto al progetto di progressiva unificazione dei mercati regionali del lavoro ed allerta sulla necessità di percorsi differenziati nel tragitto di avvicinamento agli obiettivi della nuova legge.

Nel dettaglio, le due Province detengono sin dal 1995 una specifica delega di funzioni in materia di servizi per l'impiego, la cui attivazione ha agito da apripista rispetto all'analogo risultato poi ottenuto dalle altre Regioni per effetto del d.lgs. n. 469/1997. Se è vero che la riforma costituzionale del 2001 ha svuotato la rilevanza delle deleghe alle Regioni e allontanato ogni esigenza di approfondimento circa la loro natura, con l'approssimarsi del nuovo modello questo tema riemerge in misura proporzionale alla crescita dei nuovi compiti statali, che rischiano di collidere con gli impianti autonomisti faticosamente creati nelle due province.

Va ricordato, allora, che la delega statale è stata ad esse conferita con norma di attuazione dello Statuto di autonomia, anziché con legge ordinaria, e che l'obiettivo perseguito era quello di consentire, in un tempo ancora dominato dagli uffici statali di collocamento, la realizzazione di un organico sistema di servizi per l'impiego. A ciò le Province si erano candidate in forza della propria consolidata esperienza in materia di politiche attive del lavoro e di servizi ai soggetti disoccupati.

I connotati di tale percorso normativo consentono di attestare la classificazione della delega tra quelle devolutive<sup>681</sup>, per le quali i poteri statali d'intervento coincidono con quelli di mero indirizzo<sup>682</sup>, mentre l'esercizio delle funzioni rimane stabilmente incardinato sui due enti autonomi.

Orbene, di fronte alle legittime ambizioni statali di realizzare un governo nazionale dei servizi e delle politiche del lavoro, le ragioni di chi ha concorso più di altri, con responsabilità proprie, a realizzare un sistema pubblico moderno e un apparato di politiche attive e di prestazioni ben superiori a quelle indicate oggi come essenziali, reclamano un chiarimento preliminare sul percorso da intraprendere. Il punto centrale da cui muovere è che l'ambito di organizzazione autonoma delle funzioni provinciali, anche per gli aspetti concernenti l'attuazione dei LEP, rimane intangibile all'azione unilaterale dello Stato. Ogni intervento di quest'ultimo, potenzialmente lesivo dei compiti assegnati alle Province autonome, richiede, necessariamente, l'intesa preventiva con

<sup>680</sup> Per una ricostruzione analitica delle competenze e delle esperienze provinciali, cfr. VERGARI,  *Mercati e diritto del lavoro nelle province autonome di Trento e Bolzano*, Cedam, Padova, 2004.

<sup>681</sup> A tale conclusione si era giunti nell'ambito di altro studio di approfondimento delle competenze autonomiste delle Province autonome (cfr., ancora, VERGARI,  *op. cit.*, p. 86 ss.). Erano richiamate in tale sede le tre categorie elaborate dalla giurisprudenza costituzionale (cfr. Corte cost. 19 maggio 1988, n. 559), riconducibili, rispettivamente, alla delega libera, a quella parziale e a quella devolutiva. In proposito, la destinazione della delega conferita alle due Province, rispettivamente, all'accrescimento di competenza del soggetto delegato attraverso una correlativa diminuzione di quella del soggetto delegante e all'integrazione delle competenze proprie del primo al fine del loro completamento, confermano, ancora oggi, l'aderenza ai criteri suggeriti dalla Corte e il fondamento del carattere devolutivo della delega stessa.

<sup>682</sup> Cfr., ancora, Corte cost. n. 559/1988.

le stesse. Infatti, la clausola di salvaguardia per esse prevista agisce come riserva di legge provinciale sugli aspetti oggetto di delega, superabile unicamente per via convenzionale.

Scontato, allora, il comune impegno con lo Stato all'enucleazione congiunta degli indirizzi politici, come previsto all'art. 1, c. 1, d.lgs. n. 150/2015, lo spazio ulteriore di collaborazione potrebbe riguardare gli aspetti più direttamente funzionali alla costruzione di una cornice nazionale. Tra essi, è possibile annoverare, *in primis*, le regole per l'accreditamento dei servizi per il lavoro, posta la concorrenza della nuova funzione statale rivolta alle agenzie per il lavoro operanti su tutto il territorio nazionale (art. 12, c. 2, d.lgs. n. 150/2015); poi, la metodologia dei costi *standard* dei servizi pubblici per il lavoro, stante l'attribuzione anche all'ANPAL di uno specifico compito al riguardo (art. 18, c. 2, d.lgs. n. 150/2015); infine, l'uniformazione della gestione del monitoraggio e della valutazione delle politiche attive del lavoro<sup>683</sup>.

Il tema delle convenzioni sollecita, sotto altro versante, una nuova puntualizzazione degli aspetti finanziari della riforma e dell'utilità, a tale riguardo, dell'accordo già sottoscritto dalla maggioranza delle Regioni<sup>684</sup>. Come già evidenziato, l'obiettivo vero delle convenzioni proposte dal Ministero del lavoro è di consentire alle Regioni ordinarie di poter acquisire le risorse statali per il funzionamento dei servizi per l'impiego negli anni 2015 e 2016. In tale prospettiva, nessuna facilitazione è invece riservata agli enti a statuto speciale<sup>685</sup>. Ciò significa che i buoni risultati comunque richiesti dipenderanno interamente dalla loro autonoma capacità di spesa, oltre che gestionale.

Per questa parte, dunque, la posizione degli enti ad autonomia speciale è coincidente. Per essi, il terreno di confronto istituzionale attiene esclusivamente alla distribuzione dei compiti con lo Stato e, qualora d'interesse, anche all'individuazione della modalità di gestione dei servizi per l'impiego, se tramite uffici, organi e personale solo regionale ovvero mediante la collaborazione, anche per loro, degli enti di area vasta e delle città metropolitane.

L'assenza di oneri finanziari per il bilancio centrale allenta, di fatto, ogni potere di condizionamento da parte ministeriale. Vi è quindi la possibilità, per tali enti, di concentrarsi sulla questione centrale da affrontare, costituita dalla determinazione del grado di autonomia da conservare nei rapporti con gli organi ministeriali. Se è vero che la minore presenza statale rende più gravosi gli ambiti del loro intervento, appare naturale che siano loro conservate opportunità d'azione proporzionali. Si allude, ad esempio, alla possibile gestione, per conto del Ministero del lavoro, della

<sup>683</sup> Su quest'ultimo terreno, le nuove competenze ministeriali di valutazione, inerenti il rispetto dei LEP, la qualità della gestione delle politiche attive e dei servizi nonché i risultati conseguiti dai soggetti pubblici o privati accreditati (art. 3, c. 1, e art. 16, c. 1, d.lgs. n. 150/2015), rischiano di sovrapporre l'azione statale a compiti già esercitati, per specifica prerogativa autonomistica, dalle due Province. Tra essi è compresa anche la gestione dei ricorsi contro gli atti dei centri per l'impiego, ivi compresi quelli sanzionatori rivolti ai soggetti percettori di sostegno al reddito dimostratisi non collaborativi. Escluso ogni loro automatico assorbimento nella nuova competenza decisoria assegnata all'ANPAL, ai sensi dell'art. 21, c. 12, d.lgs. n. 150/2015, si deve ritenere che anche il potere statale di valutazione delle *performances* realizzate nei due territori provinciali richieda il preventivo coinvolgimento e la collaborazione attiva, anche per gli aspetti metodologici, delle amministrazioni provinciali.

<sup>684</sup> Le prime a sottoscrivere la convenzione sono state le Regioni Emilia Romagna (26 ottobre 2015), Toscana (5 novembre 2015), Molise (23 novembre 2015), Lombardia (2 dicembre 2015), Piemonte (10 dicembre 2015), Umbria (10 dicembre 2015), Veneto (11 dicembre 2015) e Lazio (17 dicembre 2015).

<sup>685</sup> Tale esclusione è implicitamente prevista, come già ricordato, all'art. 15, comma 3, del d.l. n. 78/2015, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 125/2015. Sebbene il concetto di convenzione introdotto anche all'art. 11 del d.lgs. n. 150/2015 non citi espressamente alcuna funzione di finanziamento, nulla esclude che in futuro possano essere associati a tale strumento, a favore delle Regioni a statuto ordinario, ulteriori finanziamenti.

funzione di controllo del rispetto dei LEP e di monitoraggio delle politiche occupazionali, all'esclusione di qualsiasi compito o funzione di gestione diretta dei servizi per il lavoro e delle politiche attive in capo all'ANPAL o, ancora, alla previsione del necessario previo consenso della Regione all'intervento sul proprio territorio dei soggetti accreditati a livello nazionale, ai sensi dell'art. 12, c. 3, d.lgs. n. 150/2015. Insomma, per l'implementazione dei nuovi obiettivi nazionali non sono necessarie impostazioni standardizzate e rapporti bilaterali indifferenziati.

Le difformità statutarie ancora persistenti tra le Regioni non rappresentano uno sterile privilegio di talune rispetto alle altre, ma sono il segno del maggior sforzo imposto alle prime nel perseguimento degli obiettivi comuni. Ad esse è richiesto di procedere solo con le proprie forze e sotto la propria responsabilità e ciò giustifica il necessario riconoscimento di un margine di autodeterminazione superiore. Per contro, appare ormai chiaro come la bontà di tale schema si regga esclusivamente sulla capacità di tali enti di generare maggiore qualità e capillarità delle risposte ai cittadini. La conservazione della loro autonomia mantiene dunque valore se intesa quale onere alla maggiore efficienza e, come tale, può rappresentare un presupposto ancora utile per una sana competizione interregionale verso la crescita dei servizi per il lavoro.

## 8. Quali prospettive di convivenza virtuosa?

Ogni considerazione sulla capacità di tenuta del nuovo disegno ordinamentale richiede una doverosa attenzione alle premesse che hanno accompagnato la nuova scelta del legislatore. Com'è intuibile, nulla nasce a caso. Nessun modello organizzativo ha concrete possibilità di tenuta e sviluppo, se le ragioni della sua promozione ed introduzione non sono solide e idonee a sostenerlo. Così, anche il nuovo impianto introdotto dal decreto non può definirsi rivoluzionario e dirimente. Esso non realizza una netta cesura con il recente passato, ma, all'opposto, ne valorizza gli aspetti migliori.

Sono due, in proposito, le esperienze innovative degli ultimi anni, cui si può ricondurre una vera portata riformatrice nella gestione delle politiche del mercato del lavoro. Si tratta, rispettivamente, dell'attuazione degli ammortizzatori sociali in deroga e della sperimentazione del programma italiano della Garanzia Giovani<sup>686</sup>.

Nel primo caso, l'avvio di una fase storica difficilissima per il Paese, in corrispondenza della Grande Crisi, aveva generato un approccio metodologico nell'azione di contrasto connotato dalla cooperazione paritaria dello Stato e delle Regioni<sup>687</sup>. La forte partecipazione delle seconde su temi appartenuti storicamente al solo governo centrale aveva dimostrato la possibilità di proficue collaborazioni anche in presenza di compiti costituzionali distinti e divisi. Nel rapporto con i cittadini,

<sup>686</sup> Cfr. VARESI, *I livelli essenziali concernenti i servizi per l'impiego e la sfida della "garanzia per i giovani"*, in DLR, 2014, p. 185 ss.

<sup>687</sup> Il decentramento della funzione di regolazione degli strumenti in deroga, a misura delle esigenze e delle opportunità esistenti a livello locale, sarà forse ricordato come la novità più importante dal 2009 nella materia degli ammortizzatori sociali. Complici anche le specifiche esigenze finanziarie del momento e l'opportunità di soddisfarle mediante l'integrazione tra le scarse risorse statali e quelle europee assegnate alle Regioni, la stagione degli ammortizzatori in deroga ha inaugurato un metodo di governo del mercato del lavoro congiunto e innovativo, in quanto imperniato sulla redistribuzione delle competenze istituzionali per via convenzionale. Su tali aspetti, sia concesso il rinvio a VERGARI, *Crisi e ammortizzatori sociali nella prospettiva regionale*, in NOGLER, CORAZZA (a cura di), *Risistemare il diritto del lavoro*. Liber amicorum Marcello Pedrazzoli, Franco Angeli, Milano, 2013, p. 612 s.

l'investitura regionale aveva permesso l'introduzione di un unico riferimento territoriale, competente tanto per gli interventi di sostegno del reddito quanto per quelli di accompagnamento al lavoro. La medesima scelta aveva preconstituito anche la condizione per l'attuazione operativa del principio di condizionalità nelle misure di politica passiva, stante l'assegnazione alle Regioni del compito di legare le integrazioni salariali alla partecipazione del lavoratore alle iniziative a utili alla sua occupabilità<sup>688</sup>.

Sul piano organizzativo, la stagione degli ammortizzatori sociali in deroga era stata anche l'occasione per sperimentare il doppio livello delle intese tra Stato e Regioni, costituito da un primo accordo plenario in sede di Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome e da successive convenzioni bilaterali. Attraverso queste ultime, era stato possibile piegare la logica rigida del riparto costituzionale delle competenze a quella, più flessibile, della distribuzione fondata sul consenso reciproco e sulla ricerca delle migliori utilità per il cittadino<sup>689</sup>.

Di lì a poco, quella stessa logica contaminerà la successiva esperienza delle politiche per l'occupazione dei giovani, conducendo all'inaugurazione e alla conduzione di un programma europeo rivelatosi sin qui fondamentale per la strutturazione del lavoro comune nel campo delle politiche del lavoro e dei servizi per l'occupazione. Grazie alla Garanzia Giovani il Paese intero ha imparato ad allinearsi su misure d'intervento costruite congiuntamente tra Stato e Regioni ed applicate da queste ultime in forma comune. Lungo questa direttrice, lo strumento delle convenzioni bilaterali si è reso funzionale alla duplice esigenza, da un lato, di garantire standard di azione uniformi, dall'altro, di consentire ai singoli territori regionali declinazioni specifiche delle proprie politiche in funzione delle caratteristiche dei diversi mercati del lavoro.

C'è da chiedersi, oggi, quanto di queste proficue esperienze si sia riversato nel sistema delineato dal d.lgs. n. 150/2015. Se la costruzione per via convenzionale della nuova impalcatura organizzativa rispetti l'obiettivo storicamente perseguito di elevare la capacità dell'intero Paese di riuscire a prendersi cura dei propri cittadini in difficoltà occupazionale pur rispettando le peculiarità locali.

La risposta non è semplice. All'apparenza, lo schema del doppio livello d'intesa si conferma, nel nuovo provvedimento legislativo, come l'architrave del sistema di funzionamento delle politiche del lavoro e strumento di uniformazione flessibile delle diverse esigenze organizzative. Sull'intesa tra Stato e Regioni si regge l'individuazione triennale delle linee di indirizzo delle politiche del lavoro e l'individuazione degli obiettivi annuali (art. 2, c. 1, d.lgs. n. 150/2015).

<sup>688</sup> Sul principio di condizionalità cfr. GRAGNOLI, *Gli strumenti di tutela del reddito di fronte alla crisi finanziaria*, in *DLRI*, 2012, p. 605 ss.; ALAIMO, *Politiche attive, servizi per l'impiego e stato di disoccupazione*, in Cinelli M., Ferraro G., Mazzotta O. (a cura di), *Il Nuovo mercato del lavoro dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 648 s. e da ultimo GAROFALO D., *Le politiche del lavoro*, in Carinci F., Persiani M. (a cura di), *Jobs act: un primo bilancio*, Atti dell'XI edizione dei Seminari di Bertinoro - Bologna, *Dialoghi di diritto del lavoro tra cielo e mare*, XI edizione, 22-23 ottobre 2015 (in corso di pubblicazione).

<sup>689</sup> Sulla risposta regionale ai nuovi compiti concordati con lo Stato nell'Intesa del 12 febbraio 2009, cfr. GAROFALO D., *Gli ammortizzatori sociali in deroga*, IPSOA, Milano, 2010, p. 79 ss.; TSCHÖLL, *I nuovi ammortizzatori in deroga; problematiche e prospettive*, in *Leggi di Lavoro*, 2009, novembre, p. 32 ss.

Alle convenzioni bilaterali è rimessa, in successione, la regolazione dei rapporti e degli obblighi reciproci riferiti alla gestione dei servizi per il lavoro e delle politiche attive nel territorio delle singole Regioni e Province autonome (art. 11, d.lgs. n. 150/2015).

Si rinsalda, così, il ruolo fondamentale assegnato alle pattuizioni istituzionali. Ad esse spetta, tra l'altro, ogni decisione sull'allocazione delle funzioni gestionali (o parte di esse) presso le Regioni ovvero (anche) presso lo Stato<sup>690</sup>.

Il punto di incomprendimento è generato dal citato disallineamento introdotto tra il percorso indicato al citato art. 15, d.l. n. 78/2015, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 125/2015, e quello attuato con le convenzioni già sottoscritte da alcune Regioni (cfr. *infra* § 6). In quella norma, la convenzione costituisce il naturale complemento del prioritario piano di rafforzamento dei servizi per l'impiego, quale atto concordato in sede di Conferenza Unificata e concepito per pervenire alla garanzia effettiva dei LEP in materia di servizi e politiche attive del lavoro<sup>691</sup>. Invece, nelle prime convenzioni stipulate con le Regioni, il tragitto seguito è diverso. Esso antepone la convenzione al piano di rafforzamento, attribuendole, di fatto, una funzione diversa. Non più quella di dettagliare, Regione per Regione, alla luce della condizione di partenza di ciascuna, i passaggi da compiere per arrivare alla garanzia dei LEP, bensì quella di disciplinare i criteri e le modalità di utilizzo del personale impiegato nei servizi per l'impiego e di stabilire l'importo del contributo statale per gli oneri di funzionamento dei medesimi servizi.

In questo passaggio, motivato in sede ministeriale dall'esigenza di dare avvio immediato alla riforma, in attesa dell'approvazione in sede europea del piano italiano di rafforzamento, è racchiuso un vero e proprio capovolgimento dell'impianto congegnato dal legislatore. Si attesta, in altri termini, che nessuna vera trasformazione è possibile senza la preventiva difesa dell'esistente. Quest'ultima, a sua volta, comporta il necessario apporto finanziario delle Regioni, cui è richiesto, di fatto, di spostare parte delle proprie risorse dalle politiche attive al finanziamento degli oneri di funzionamento dei centri per l'impiego<sup>692</sup>.

Che si tratti di un passaggio provvisorio, destinato ad un celere superamento, non è affatto scontato. Le prime bozze del Piano di rafforzamento alimentano il sospetto che la prospettiva ricercata sia quella dell'integrazione stabile delle risorse nazionali e regionali da destinare al finanziamento dei LEP, senza alcuna corrispondente certezza sull'esistenza dei presupposti finanziari per lo sviluppo<sup>693</sup>. Ciò lascia intuire quanto complicato sia il cammino verso una vera modernizzazione del sistema italiano.

<sup>690</sup> È quanto si evince con chiarezza dalla previsione secondo la quale la convenzione può attribuire all'ANPAL una o più funzioni tra quelli assegnati in via ordinaria ai centri per l'impiego costituiti dalle Regioni [art. 11, c. 1, lett. e), d.lgs. n. 150/2015].

<sup>691</sup> Va segnalato che il piano di rafforzamento concordato con le Regioni rispecchia l'esigenza statale, già espressa nella ricordata esperienza degli ammortizzatori sociali in deroga e del programma per la Garanzia Giovani, di garantirsi il cofinanziamento regionale degli interventi. Si spiega in tale ottica il previsto utilizzo coordinato di fondi nazionali e regionali, nonché dei programmi operativi cofinanziati dal Fondo Sociale Europeo e di quelli cofinanziati con fondi nazionali negli ambiti di intervento del Fondo Sociale Europeo (cfr. l'art. 15, c. 1, d.l. n. 78/2015, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 125/2015).

<sup>692</sup> A tale conclusione si giunge, a contrario, dalla lettura delle convenzioni già sottoscritte, al cui interno è previsto che lo Stato debba "partecipare" agli oneri di funzionamento dei centri, non che debba sopportarli interamente, come sempre fatto nei confronti delle Province.

<sup>693</sup> Siffatto scenario rinvia, tra l'altro, al tema del reciproco difficile coordinamento tra i programmi operativi delle Regioni, inerenti l'utilizzazione delle risorse europee, e quelli dello Stato.

Su tali basi, la sfida che avanza è di trasformare le due attuali debolezze, rispettivamente, delle Regioni e dello Stato, in una nuova forza comune, generata dalla capacità di sviluppare una progettualità ed un investimento congiunto dedicato esclusivamente alle esigenze di crescita dei sostegni per i cittadini. È una prova, questa, che non ammette scorciatoie o incertezze e che richiede la massima chiarezza in tutti i suoi protagonisti rispetto alla volontà e alla capacità di conseguire gli obiettivi prefissati.

Le Regioni avranno davvero la forza e la volontà di intraprendere un cammino così importante? Sapranno resistere alla tentazione di non affidare all'ANPAL una parte o tutti i compiti per esse previsti? La domanda non ha una risposta preconstituita e richiede la fornitura di preliminari e fondamentali chiarimenti.

Il primo rinvia nuovamente alla capacità e alla volontà di Stato e Regioni di investire con adeguatezza nel campo delle politiche attive, preconstituendo idonee premesse finanziarie. Il secondo attiene alle prospettive di tenuta e di applicazione dell'attuale testo del disegno di legge di revisione del Titolo V della Costituzione<sup>694</sup>, in base al quale tutte le competenze in materia di lavoro, comprese le politiche attive, sono destinate a tornare allo Stato. Con siffatto scenario, ogni decisione d'investimento regionale è esposta al rischio di vanificazione, tenuto conto anche che i presidi territoriali dei futuri servizi statali potrebbero non coincidere, nell'organizzazione e nelle modalità di azione, con quelli attuali delle Regioni.

Si può ribadire, convincentemente, che nella costituenda nuova cornice costituzionale (art. 116 Cost. novellato) è sancita la facoltà statale di attribuzione alle Regioni, anche su loro richiesta, di forme e condizioni particolari di autonomia nelle materie delle politiche del lavoro, dell'istruzione e della formazione professionale. In tal modo, potrebbe essere concesso a quelle più attive e strutturate di continuare a sviluppare il proprio cammino in linea di continuità con quanto sarà impostato nei prossimi mesi.

Pur nell'incertezza del futuro, le linee d'indirizzo tratteggiate svelano che il ruolo delle Regioni dipende, prima di tutto, dalle loro autonome scelte, dalla loro volontà di essere piene protagoniste del nuovo processo di rinnovamento. La costruzione degli assetti futuri è influenzata, sul punto, da un'impostazione, tutto sommato, rassicurante. L'orizzonte istituzionale attuale e quello reso possibile dal futuro testo costituzionale annunciano congiuntamente un assetto dei rapporti tra Stato e Regioni a geometria variabile<sup>695</sup>. Che si parli di convenzioni o di deleghe concordate, l'ordinamento italiano dimostra di voler investire su percorsi costruiti a livello regionale e come tali, dunque, potenzialmente differenti<sup>696</sup>. Ciò significa, tra l'altro, che l'asse virtuoso tra Stato e Regioni continuerà anche in futuro a costituire il motore per lo sviluppo di quella

<sup>694</sup> Dopo l'approvazione in via definitiva del disegno di legge di riforma costituzionale, avvenuta alla Camera, come ricordato, il 12 aprile 2016, la sua tenuta ed attuazione dipende ora dall'esito del referendum confermativo, previsto per ottobre 2016.

<sup>695</sup> L'ipotesi di un federalismo a geometria variabile, qui sostenuta e incoraggiata come soluzione per dare risalto ai territori più intraprendenti e responsabili, è giudicata invece "sciagurata" da LELLA (*op. cit.*, p. 189), il quale, assumendo una prospettiva livellante e altri parametri di giudizio, la ritiene «capace di riconoscere spazi di manovra e condizioni di favore alle Regioni economicamente e politicamente più forti e di negarli alle altre».

<sup>696</sup> Per un elogio al "governo a geometria variabile", fondato sullo scambio tra autonomia e responsabilità, cfr. MARCANTONI, BALDI, *Regioni a geometria variabile. Quando, dove e perché il regionalismo funziona*, Donzelli, Roma, 2013.

branchia fondamentale dell'azione pubblica, costituita dall'integrazione sociale dei cittadini e dal pieno sviluppo della persona umana mediante il lavoro.

Facendo perno su tale prospettiva, si può prevedere il prossimo allineamento dei rapporti tra Stato e Regioni in una direzione più coerente con il percorso indicato al citato art. 15 del d.l. n. 78/2015<sup>697</sup>. Dopo la fase delle convenzioni finalizzate alla soluzione dei problemi più urgenti ed al concreto avvio dei nuovi uffici o organi istituiti dalle Regioni, è logico immaginare che con l'approvazione in sede europea del piano di rafforzamento italiano dei servizi per il lavoro possa svilupparsi una nuova stagione di intese bilaterali. Ad esse sarà riservata la descrizione precisa del nuovo volto della *governance* pubblica dei mercati del lavoro regionali. Da esse si potrà meglio capire quanta uniformità o differenziazione d'azione sarà necessario praticare, pur all'interno di un quadro finalmente unitario, nello sforzo di tutti verso l'elevazione del sistema dei servizi per il lavoro su livelli più europei.

---

<sup>697</sup> Come segnalato nel testo, le convenzioni standardizzate, sottoscritte dalle Regioni, non sembrano rispettare il percorso pensato dal legislatore di strutturare risposte in linea con la distanza di ciascuna dagli obiettivi prefissati. Esse, oltre a non chiarire il modello organizzativo prescelto dalla Regione, prescindono dal chiarimento delle mete da conseguire e dalla posizione di partenza di ciascuna nello sviluppo dei servizi.

## La cessione dei riposi e delle ferie secondo l'art. 24 del d.lgs. n. 151/2015\*

Roberto Voza

1. Il modello di riferimento: la <i>Loi Mathys</i> e le differenze rispetto alla norma italiana.	280
2. La configurazione giuridica dell'atto di cessione e la posizione del datore di lavoro.	281
3. Le esigenze del cessionario.	284
4. Il rinvio all'autonomia collettiva.	286
Riferimenti bibliografici.	288

---

\* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 299/2016

## 1. Il modello di riferimento: la *Loi Mathys* e le differenze rispetto alla norma italiana.

Tra le novità della l. 10 dicembre 2014, n. 183, vi è stato il riconoscimento (sia pure come «eventuale» e «compatibilmente con il diritto ai riposi settimanali ed alle ferie annuali retribuite») della «possibilità di cessione fra lavoratori dipendenti dello stesso datore di lavoro di tutti o parte dei giorni di riposo aggiuntivi spettanti in base al contratto collettivo nazionale in favore del lavoratore genitore di figlio minore che necessita di presenza fisica e cure costanti per le particolari condizioni di salute» [art. 1, c. 9, lett. e)].

In attuazione della delega, l'art. 24, d.lgs. 14 settembre 2015, n. 151 ha disposto che, «fermi restando i diritti di cui al decreto legislativo 8 aprile 2003, n. 66, i lavoratori possono cedere a titolo gratuito i riposi e le ferie da loro maturati ai lavoratori dipendenti dallo stesso datore di lavoro, al fine di consentire a questi ultimi di assistere i figli minori che per le particolari condizioni di salute necessitano di cure costanti, nella misura, alle condizioni e secondo le modalità stabilite dai contratti collettivi stipulati dalle associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale applicabili al rapporto di lavoro».

La previsione è facilmente accostabile alla legge adottata in Francia il 9 maggio 2014, n. 459, nota come *Loi Mathys* (legata ad un commovente caso di cronaca<sup>698</sup>), che ha introdotto e regolato la fattispecie del «don de jours de repos à un parent d'enfant gravement malade».

In particolare, la norma francese dispone che «un salarié peut, sur sa demande et en accord avec l'employeur, renoncer anonymement et sans contrepartie à tout ou partie de ses jours de repos non pris, qu'ils aient été affectés ou non sur un compte épargne temps, au bénéficiaire d'un autre salarié de l'entreprise qui assume la charge d'un enfant âgé de moins de vingt ans atteint d'une maladie, d'un handicap ou victime d'un accident d'une particulière gravité rendant indispensables une présence soutenue et des soins contraignants».

La stessa norma specifica che «le congé annuel ne peut être cédé que pour sa durée excédant vingt-quatre jours ouvrables» e che «le salarié bénéficiaire d'un ou plusieurs jours cédés en application du premier alinéa bénéficie du maintien de sa rémunération pendant sa période d'absence». Tale periodo di assenza «est assimilée à une période de travail effectif pour la détermination des droits que le salarié tient de son ancienneté»; inoltre, «le salarié conserve le bénéficiaire de tous les avantages qu'il avait acquis avant le début de sa période d'absence». Infine, allo scopo di attestare «la particulière gravité de la maladie, du handicap ou de l'accident», nonché «le caractère indispensable d'une présence soutenue et de soins contraignants», è necessario «un certificat médical détaillé, établi par le médecin qui suit l'enfant au titre de la maladie, du handicap ou de l'accident».

Rispetto all'art. 24, d.lgs. n. 151/2015, la norma francese contiene alcune significative differenze.

<sup>698</sup> Si tratta della vicenda di Mathys Germain, morto a 10 anni per un tumore al fegato. Prima della sua scomparsa, il padre Christophe, impiegato nello stabilimento Badoit di Saint-Galmier, per restare al suo fianco, dopo aver esaurito i giorni di ferie e di riposo, iniziò a chiedere congedi per malattia, finché non gli furono ovviamente negati, poiché non era lui ad essere ammalato. A quel punto, i suoi colleghi avviarono una sorta di 'colletta di ore' tra il personale dello stabilimento, riuscendo a raccogliere in 15 giorni ben 170 giorni di riposo. La direzione aziendale ne approvò la fruizione da parte del signor Germain, il quale riuscì così vegliare il piccolo Mathys fino alla morte, avvenuta il 31 dicembre 2009. Il complesso iter che ha condotto all'approvazione della legge del 2014 è illustrato in <http://www.dunpapillonaneetoile.fr>. In Italia, una vicenda simile è accaduta nel 2013 nella CTT Nord, azienda di trasporto pubblico delle province di Pisa, Livorno e Lucca (ove un'autista di bus gravemente malata ha ricevuto in dono da oltre 250 colleghi un giorno di ferie/permessi ciascuno): v., in proposito, <http://iltirreno.gelocal.it/livorno/cronaca/2014/09/06/news/>.

Innanzitutto, la legge *Mathys* esige che vi sia un «accord avec l'employeur», mentre la norma italiana non dispone in tal senso: in Francia, dunque, il datore di lavoro potrebbe opporsi alla cessione dei riposi, mentre nel nostro ordinamento tale diniego sarebbe illegittimo, in presenza dei presupposti di legge (sul punto, v. *infra*, § 2).

Di contro, la norma italiana è leggermente più restrittiva per ciò che concerne l'età anagrafica del figlio di colui (o colei) che beneficia della cessione: mentre in Francia si tratta «d'un enfant âgé de moins de vingt ans», in Italia il figlio deve essere minorenni (pertanto, la soglia temporale è inferiore di due anni).

Inoltre, secondo il testo francese la rinuncia ai riposi, oltre ad essere «sans contrepartie», è esercitata «anonymement», mentre la norma italiana non fa alcun riferimento alla necessità che la cessione avvenga in forma anonima.

Si può osservare, pure, che la *Loi Mathys* specifica maggiormente – attraverso il riferimento alle nozioni di *maladie, handicap o accident d'une particulière gravité* – quelle che il legislatore italiano indica semplicemente come «particolari condizioni di salute».

Ma la differenza principale è tutta nell'immediata operatività dell'istituto introdotto dalla norma francese, che non ha bisogno di alcun intervento da parte della contrattazione collettiva, a cui – invece – il nostro legislatore demanda il compito di stabilire la misura, le condizioni e le modalità della cessione dei riposi e delle ferie (v. *infra*, § 4). Infatti, nella legge *Mathys* sono precisati sia il limite invalicabile alla cessione (nel senso che il lavoratore non può disporre delle ferie, nella misura di 24 giorni all'anno), sia il trattamento normativo del periodo di assenza del beneficiario della cessione, equiparato ad un periodo di lavoro effettivo ai fini dell'anzianità di servizio e della conservazione dei vantaggi acquisiti.

## 2. La configurazione giuridica dell'atto di cessione e la posizione del datore di lavoro.

Come detto, l'art. 24, d.lgs. n. 151/2015 non esige il consenso del datore di lavoro alla cessione di riposi/ferie fra dipendenti. Pertanto, quest'ultima sembra configurarsi come un'operazione negoziale bilaterale tra cedente e cessionario, alla quale lo stesso datore di lavoro risulta estraneo, semplicemente perché non può opporsi allo scambio. Infatti, il negozio di cessione è stato reputato come «un vero e proprio schema di donazione in senso civilistico»<sup>699</sup>, anche se il legislatore non ne fornisce né una qualificazione giuridica, né una compiuta regolamentazione, rinviando quest'ultima all'autonomia (privata) collettiva.

Effettivamente, un'affinità è innegabile, in quanto la donazione è «il contratto col quale, per spirito di liberalità, una parte arricchisce l'altra, disponendo a favore di questa di un suo diritto o assumendo verso la stessa un'obbligazione» (art. 769 c.c.).

Su un piano extragiuridico, il meccanismo delle ferie donate non appare censurabile, evocando altre consolidate (anche se non troppo diffuse) esperienze di mutualismo civico, come quella delle *Banche del Tempo*. L'unica differenza riguarda la particolare qualità dei partecipanti, che, nel nostro caso, non sono – genericamente – cittadini, bensì colleghi di lavoro.

Quanto all'oggetto della cessione, non si tratta – evidentemente – di beni mobili od immobili, ma del proprio tempo, anzi del diritto di astenersi dal lavoro, che viene messo a disposizione di un

<sup>699</sup> Molendini, 2015, 44.

collega, attraverso la conversione dei propri riposi/ferie in riposi/ferie altrui, fermi restando i diritti di cui al d.lgs. n. 66/2003. Il rinvio a tale provvedimento legislativo serve a delimitare l'area dei riposi/ferie cedibili: essa inizia lì dove risultano garantiti i diritti sanciti dalla legge, i quali sono preordinati a ritemperare le energie psico-fisiche del lavoratore, realizzando così un interesse pubblico, prevalente anche sulla meritevole intenzione di aiutare il prossimo.

Anche a voler considerare la cessione delle ferie o dei riposi come un contratto atipico, perché privo di «una disciplina particolare» (art. 1322, c. 2, c.c.), la sua ammissibilità non è in discussione, in quanto è lo stesso legislatore ad aver tipizzato come meritevole di tutela (e, quindi, lecito) l'interesse perseguito dalle parti.

Comunque, sia che si tratti di un vero e proprio contratto di donazione, sia che si tratti di negozio atipico di liberalità, non si potrà applicare alla cessione ex art. 24, d.lgs. n. 151/2015 l'integrale disciplina in materia di donazioni, contenuta nel Libro II, Titolo V, del codice civile. Ad esempio, certo non si potrà esigere che la cessione sia fatta per atto pubblico (art. 782, c. 1, c.c.), né potranno trovare applicazione tutte quelle norme chiaramente riferibili alla donazione di cose, ossia di beni materiali (si pensi alla garanzia per evizione ex art. 797 c.c.).

Nella scarna disciplina posta dall'art. 24, d.lgs. n. 151/2015 è – comunque – presente un requisito legale che condiziona e limita l'autonomia privata (individuale e collettiva), ossia il riferimento alla *gratuità* della cessione, che – per la verità – mancava nel testo della delega. Ciò esclude la validità di qualsiasi accordo che preveda una contropartita economica in favore del cedente, anche se di modico valore. Rimane il problema, però, di vigilare sulla connotazione realmente oblativa della cessione, al fine di evitare «una deprecabile mercificazione tra i dipendenti coinvolti»<sup>700</sup>. La soluzione è tutt'altro che semplice: del resto, il rischio che la donazione sia solo simulata (e nasconda la dazione di un corrispettivo) evoca – *mutatis mutandis* – situazioni miserevoli come quella della falsa donazione di sangue o – peggio ancora – di organi.

Al massimo, v'è da chiedersi se tra i lavoratori (cedente e cessionario) possa essere concordata una clausola di reciprocità, ossia un impegno in capo al cessionario a ricambiare in futuro il dono ricevuto, nel caso in cui il cedente dovesse trovarsi in quella stessa condizione di bisogno, che il legislatore individua teleologicamente come presupposto della cessione.

In tal caso, l'*animus donandi* rimarrebbe integro e – al massimo – si potrebbe accostare tale operazione alla fattispecie della donazione modale regolata dall'art. 793 c.c., secondo cui «la donazione può essere gravata da un onere».

Più precisamente, l'impegno a garantire la reciprocità della cessione – in presenza dei presupposti di legge – incorpora nella struttura del negozio un doppio elemento accidentale: vi è un peso modale, all'adempimento del quale l'onerato (ossia il primo cessionario) sarà tenuto solo in caso di avveramento della condizione, ossia qualora il primo cedente si troverà in analoga situazione di bisogno (evento futuro e incerto). Come è noto, nel caso in cui risulti illecito o impossibile, l'onere si considera non apposto, a meno che non abbia costituito il solo motivo determinante (nel qual caso la donazione risulta nulla). Nell'esempio ipotizzato, il predetto impegno in sé non sembra configurare un onere illecito (né – tantomeno – impossibile): infatti, se e quando la posizione delle parti dovesse invertirsi, la restituzione (in tutto o in parte) delle ferie o dei riposi

<sup>700</sup> Lamonaca, 2015, 512.

ceduti non sarebbe altro che l'adempimento dell'onere a cui il donatario è tenuto «entro i limiti del valore della cosa donata» (art. 793, c. 2, c.c.).

Chiarita la natura oblativa dello scambio di ferie/riposi tra lavoratori, resta da appurare quale sia la posizione giuridica del datore di lavoro. Come si è detto, questi non può impedire il perfezionamento della fattispecie, opponendosi alla cessione di ferie/riposi tra dipendenti (ma sul punto, v. *infra*, § 3). Anzi, una volta avvenuto lo scambio, che gli deve essere – evidentemente – comunicato, il datore di lavoro dovrà garantire il soddisfacimento del diritto alla fruizione di ferie e/o riposi acquisite dal cessionario, assumendo l'obbligo di cooperazione conseguente alla sua posizione di soggetto obbligato.

Anzi, pensando alla *ratio* della norma, si deve ipotizzare un aggravamento della posizione debitoria del datore di lavoro funzionale al soddisfacimento delle esigenze che sorreggono l'istituto delle ferie solidali.

Sappiamo che, in generale, l'attuazione del diritto alle ferie rimane «subordinata ad un atto determinativo del datore di lavoro»<sup>701</sup>, quale estrinsecazione del generale potere organizzativo e direttivo dell'impresa. Infatti, secondo l'art. 2109, c. 2, c.c., il periodo annuale di ferie a cui il lavoratore ha diritto è «possibilmente continuativo», ma è stabilito dall'imprenditore, «tenuto conto delle esigenze delle impresa e degli interessi del prestatore di lavoro». A ciò si è aggiunto, l'art. 10, c. 1, d.lgs. 8 aprile 2003, n. 66, ove è disposto che, salvo quanto previsto dalla contrattazione collettiva, il periodo feriale «va goduto per almeno due settimane, consecutive in caso di richiesta del lavoratore, nel corso dell'anno di maturazione e, per le restanti due settimane, nei 18 mesi successivi al termine dell'anno di maturazione».

Orbene, è evidente che solo sottraendo completamente al datore di lavoro il potere di fissare il tempo di fruizione delle ferie, il lavoratore beneficiario della cessione potrà dedicarsi alla funzione di cura a cui il nuovo istituto è preordinato.

In altri termini, se il datore di lavoro potesse rinviare o diluire la concessione delle ferie richieste dal lavoratore in forma cumulativa oppure – viceversa – imporre la fruizione cumulativa di ferie che il lavoratore ha chiesto in forma diluita (perché magari si alterna con altre persone nell'esercizio della funzione di cura), la *ratio* dell'istituto risulterebbe fortemente pregiudicata, se non del tutto compromessa.

In definitiva, la cessione di ferie/riposi non è completamente indolore – almeno potenzialmente – per il datore di lavoro: infatti, se è vero che sul piano quantitativo, l'operazione è a somma zero (nel senso che il monte ore/giornate complessivo è il medesimo, benché diversamente distribuito fra due o più lavoratori), non si può escludere che – in ragione delle concrete ed insindacabili modalità di fruizione delle ferie da parte del lavoratore cessionario – il datore di lavoro subisca un aggravio organizzativo proprio per effetto della cessione.

Sempre osservandolo dal lato del datore di lavoro, l'atto di cessione non appare come una rinuncia, perché non avvantaggia il soggetto obbligato. In altri termini, il diritto alle ferie o ai riposi, nella misura in cui forma oggetto di cessione, non si disperde, perché la sua titolarità passa da un lavoratore all'altro ed il datore di lavoro conserva la propria posizione debitoria. Dunque, non di

<sup>701</sup> Del Punta, 2004, 382. Per una ricostruzione della giurisprudenza in tema di limiti al potere datoriale di assegnazione delle ferie, v., pure, Renzi, Bellumat, 2007, 1183-1185.

un vero e proprio atto di disposizione si tratta, bensì di una particolare modalità di esercizio del diritto alle ferie o ai riposi: anziché fruirla personalmente, il richiedente dichiara di volere che a fruirla sia un proprio collega.

È pur vero che, dal lato del lavoratore cedente, la cessione di giorni di ferie, riconosciuti dal contratto collettivo in eccedenza rispetto alla soglia legale, determina la privazione di un diritto posto da norma inderogabile (ad opera dell'autonomia privata individuale). Tuttavia, siccome a beneficiarne non è il datore di lavoro, bensì un altro lavoratore, non possono essere evocate le ragioni poste a fondamento del regime di invalidità delineato dalla norma codicistica. Il pericolo che la volontà dismissiva del lavoratore possa essere influenzata dalla posizione di forza contrattuale del datore di lavoro non sussiste ed è per questo che il negozio di cessione non potrà essere impugnato ai sensi dell'art. 2113, c. 1, c.c.

### 3. Le esigenze del cessionario.

Il legislatore collega la cessione di riposi/ferie ad uno specifico «scopo»<sup>702</sup>, ossia quello di «assistere figli minori che per le particolari condizioni di salute necessitano di cure costanti».

Dunque, nella logica della conciliazione vita/lavoro la norma si mostra particolarmente selettiva, circoscrivendo le finalità della cessione alla sola sfera del *childcare*, anzi – più in particolare – all'assistenza del figlio minorenne gravemente malato (tanto da avere bisogno di cure costanti). La scelta legislativa circa il campo soggettivo di applicazione della fattispecie è stata criticata «specie in considerazione della geriatrizzazione della società civile»: l'auspicio (che potrebbe essere accolto in caso di un'eventuale revisione della norma<sup>703</sup>) è quello di estendere la previsione «anche all'assistenza dei familiari di primo grado, posti nelle stesse condizioni dei figli, secondo un auspicabile modello di *elders care* (assistenza agli anziani) tutto da inventare»<sup>704</sup>.

Dunque, nel testo vigente, da un lato è escluso qualsiasi altro familiare, compreso il coniuge (e, a maggior ragione, il convivente), dall'altro è necessario che il figlio si trovi in una specifica condizione di bisogno, ossia la necessità di cure costanti, che – però – non si identifica nello stato di disabilità: ciò consente di «tamponare situazioni anche non gravi, suscettibili di approfondimento clinico»<sup>705</sup>.

Sorvolando sul significato tecnico di tale condizione (che dovrà – evidentemente – essere oggetto di apposita certificazione medica), è bene chiarire quale sia la sua esatta valenza nel contesto della norma in esame.

In effetti, una volta configurata la cessione di ferie o riposi come un negozio bilaterale fra cedente e cessionario, mosso da spirito di liberalità, l'esigenza a cui quest'ultimo dovrà fronte potrebbe apparire indifferente ai fini della validità della donazione in quanto tale. Siccome, però, il soddisfacimento del diritto alla fruizione delle ferie e dei riposi presuppone la cooperazione del datore

<sup>702</sup> Massi, 2015.

<sup>703</sup> Si rammenti che, ai sensi dell'art. 1, c. 13, l. n. 183/2014, «entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore dei decreti legislativi di cui al comma 10, nel rispetto dei principi e criteri direttivi fissati dalla presente legge, il Governo può adottare, con la medesima procedura di cui ai commi 10 e 11, disposizioni integrative e correttive dei decreti medesimi, tenuto conto delle evidenze attuative nel frattempo emerse».

<sup>704</sup> Lamonaca, 2015, 511, il quale giunge ad ipotizzare l'illegittimità costituzionale dell'art. 24, D.lgs. n. 151/2015, per violazione degli artt. 2, 3, 29, 32, 35, 38 e 118, c. 4, Cost.

<sup>705</sup> Lamonaca, 2015, 512.

di lavoro (v. *supra*, § 2), è quest'ultimo a poter sindacare la motivazione addotta a supporto della richiesta di ferie formulata dal cessionario.

Se non sarà addotta (e documentata mediante idonea certificazione) l'esigenza di accudire il figlio minorennemente gravemente malato e bisognoso di costanti cure, il datore di lavoro potrà legittimamente negare la concessione delle ferie o dei riposi ceduti, i quali torneranno nella disponibilità del cedente. Questi, infatti, non ne ha disposto in favore del datore di lavoro, ma del suo collega di lavoro: ne consegue che il datore di lavoro non può certo appropriarsi di una donazione ad altri destinata.

Resta da appurare se il datore di lavoro sia libero di accogliere la richiesta di cessione, qualora essa sia motivata da finalità distinte da quelle indicate dalla legge. Naturalmente, il discorso va circoscritto all'area del lavoro privato, ove il costo dell'assenza dal lavoro non è posto a carico della collettività.

Una volta rispettato l'interesse pubblico alla tutela dell'integrità psico-fisica del lavoratore, mediante il riconoscimento dei congedi annuali, settimanali e giornalieri prescritti inderogabilmente dalla legge, nessun dubbio sorge sulla validità dell'atto di cessione degli ulteriori periodi di ferie o di riposo *aggiunti* dall'autonomia privata (collettiva ed individuale), finché il beneficiario non sia il datore di lavoro, ma un altro lavoratore (v. *supra*, § 2). Conseguentemente, nessun dubbio può sorgere sulla possibilità che il datore di lavoro accetti il mutamento di titolarità del diritto a ferie/riposi per effetto della cessione, anche qualora essa non miri a soddisfare le esigenze individuate dalla norma in commento.

Piuttosto, il vero limite del meccanismo predisposto dal legislatore risiede nell'affidare alla solidarietà fra lavoratori la realizzazione dell'obiettivo perseguito, ossia la finalità di assistenza del figlio gravemente malato, la quale potrebbe risultare frustrata per il semplice fatto che la solidarietà non si manifesta o si manifesta in misura insufficiente<sup>706</sup>. Qualcuno teme, addirittura, che la nuova norma possa «rivelarsi controproducente, lasciando passare il messaggio per cui la possibilità di prendersi cura di un familiare malato non costituisce un diritto garantito dall'ordinamento ma una condizione che si verifica grazie alla solidarietà fra lavoratori»<sup>707</sup>.

L'unico possibile antidoto, in grado di rafforzare le potenzialità del nuovo istituto, è affidato ad una distribuzione della solidarietà fra una platea quanto più ampia possibile di lavoratori. In parole povere, se l'intero personale di un'azienda manifestasse la volontà di cedere anche solo una piccola fetta del proprio tempo, l'entità del beneficio crescerebbe esponenzialmente, esattamente come è avvenuto nelle vicende di cronaca ricordate (*supra*, nt. 1). È evidente, allora, che solo incanalando la generosità individuale in una dimensione collettiva, magari attraverso la costituzione di un apposito fondo aziendale di raccolta del tempo donato, il mutualismo fra lavoratori può diventare un effettivo strumento di conciliazione vita/lavoro.

<sup>706</sup> Sul punto, non sono mancate considerazioni critiche. Ad esempio, secondo Calafà, 2014, 156, «un confronto tra questa proposta e le regole modificate dal collegato lavoro nel 2010 sull'assistenza ai disabili rende evidente una contraddizione enorme del legislatore di fronte al bisogno legato alla cura e alla non autosufficienza: lotta ferocemente contro l'opportunismo dei diritti quando lo Stato è soggetto passivo delle tutele; si commuove chiamando a concorrere alla tutela del bisogno i colleghi di lavoro di chi, sprovvisto dei mezzi per vivere senza lavorare, deve prendersi cura dei figli anche gravemente ammalati. Non possiamo non chiedersi se lo Stato, dopo questa presa d'atto, possa rimanere indifferente se in casi gravi la solidarietà tra colleghi non arriva».

<sup>707</sup> Fenoglio, 2015, 26-27.

Si comprende, allora, la scelta del legislatore di devolvere alle parti sociali l'implementazione del nuovo istituto (v. *infra*, § 4).

#### 4. Il rinvio all'autonomia collettiva.

Come accennato, l'art. 24, d.lgs. n. 151/2015 rimette all'autonomia collettiva il compito di stabilire la «misura», le «condizioni» e le «modalità» della cessione dei riposi e delle ferie. In assenza di tali indicazioni, il meccanismo prefigurato dal legislatore non è attivabile e, quindi, l'imprenditore non è tenuto a dar corso alla richiesta del lavoratore di fruire di permessi o di ferie a cui, eventualmente, altri dipendenti abbiano dichiarato di rinunciare in favore del loro collega.

Spetta alle parti sociali, dunque, autorizzare il ricorso ad una misura di flessibilità che non si pone a vantaggio dell'imprenditore, bensì dello stesso lavoratore beneficiario della cessione.

La previsione normativa fuoriesce dalle consuete dinamiche del rapporto legge/autonomia collettiva, poiché in questo caso l'integrazione del precetto legale (eventualmente) operata dalla fonte negoziale non è ascrivibile al tradizionale modello del *favor* (inderogabilità *in peius*/derogabilità *in melius*), ma neppure al suo contrario (derogabilità peggiorativa), semplicemente perché la distribuzione dei vantaggi e degli svantaggi avviene tra gli stessi lavoratori, anche se – come detto *supra*, § 2 – può esservi un aggravio organizzativo per il datore di lavoro, ma solo come indiretta ed eventuale conseguenza della cessione.

Secondo una tecnica normativa ormai consolidata, il rinvio legale opera in favore dei «contratti collettivi stipulati dalle associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale applicabili al rapporto di lavoro»: <sup>708</sup> nessuna opzione, dunque, si registra in favore dell'uno o dell'altro livello negoziale <sup>709</sup>.

L'istituto delle ferie (o permessi) solidali non è del tutto sconosciuto alla contrattazione collettiva.

Già prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 151/2015 (ma successivamente all'emanazione della l. n. 183/2014) si segnala il contratto collettivo aziendale Busitalia (sottoscritto dalle organizzazioni territoriali di FILT-CGIL, FIT-CISL, UILTRASPORTI, FAISA-CISAL), il quale – nella parte VII dedicata al Welfare aziendale – contiene una disposizione emblematicamente intitolata *Solidarietà tra lavoratori* (art. 88). Essa consente – compatibilmente con il diritto ai riposi settimanali e alle ferie annuali retribuite – la possibilità della cessione fra lavoratori di «tutti o parte dei giorni di permesso aggiuntivi e/o ulteriori rispetto a quelli irrinunciabili e non cedibili, in favore del lavoratore che si trovi in particolari condizioni e dopo aver utilizzato tutte le possibilità a sua disposizione» (c. 1).

L'*iter* procedurale prevede la presentazione di una documentata richiesta all'Azienda – anche per il tramite della competente R.S.U. e/o della Organizzazione Sindacale a cui il lavoratore aderisce o conferisce mandato – la quale, nel rispetto della vigente normativa in materia di *privacy*, espone

<sup>708</sup> In generale, sull'interpretazione dell'espressione «comparativamente più rappresentative sul piano nazionale», oggetto di numerosi rinvii legali, si segnala la recente risposta del Ministero del Lavoro ad un interpello (n. 27 del 15 dicembre 2015), in cui sono riepilogati gli «indici sintomatici cui occorre fare riferimento ai fini della verifica comparativa del grado di rappresentatività», ossia il numero complessivo dei lavoratori occupati; il numero complessivo delle imprese associate, la diffusione territoriale (numero di sedi presenti sul territorio e ambiti settoriali), il numero dei contratti collettivi nazionali sottoscritti.

<sup>709</sup> Sul punto, vi è chi ha osservato che «trattandosi, genericamente, di contrattazione collettiva, saranno probabilmente i contratti collettivi aziendali lo strumento più idoneo a disciplinare una materia così delicata e, nel contempo, così portatrice di solidarietà fra i lavoratori» (Gheido, Casotti, 2015, 2240).

contestualmente un apposito comunicato ai lavoratori indicando anche le modalità operative ed i termini entro i quali è possibile effettuare tale cessione.

La cessione può contemplare solo giornate intere, le quali confluiscono in un *Monte giornate permessi emergenza*, utilizzabili ben oltre il perimetro attualmente delineato dall'art. 24, d.lgs. n. 151/2015, ossia in caso di «malattia grave del lavoratore» e di «assistenza o malattia dei familiari di 1° grado conviventi». È inoltre necessario che il lavoratore richiedente abbia già fruito di tutto il periodo di malattia che non gli comporti una riduzione della retribuzione.

La richiesta deve essere valutata dalla competente commissione bilaterale e paritetica appositamente costituita a livello territoriale.

Merita attenzione pure il contratto collettivo aziendale della Lardini s.r.l.<sup>710</sup> (sottoscritto in data 30 marzo 2015 dalla r.s.u. e dalle organizzazioni territoriali di categoria di CGIL e CISL), ove «per gravi e comprovati motivi documentabili, viene istituito un meccanismo di solidarietà tra lavoratori, da attivarsi attraverso la cessione volontaria degli istituti contrattuali denominati “Permessi” e “Rol”, per poter aiutare un collega dell'azienda che, a causa delle suddette motivazioni, abbia terminato la propria dotazione contrattuale».

Dunque, qui il presupposto causale che giustifica la cessione dei permessi solidali è più ampio rispetto a quanto previsto dall'art. 24, d.lgs. n. 151/2015, comprendendo qualunque grave e comprovato motivo documentabile (e non solo, quindi, l'assistenza del figlio minore bisognoso di cure costanti).

Oltre a ribadire il carattere del tutto volontario della cessione<sup>711</sup>, il contratto si preoccupa di garantire che la donazione sia «effettuata in forma anonima» (prevedendo, altresì, la predisposizione di «una modulistica che terrà conto del rispetto della normativa sulla *privacy*»).

Il valore aggiunto dell'accordo risiede non solo nell'ampliamento del presupposto di accesso all'istituto dei permessi solidali, ma soprattutto nell'impegno del datore di lavoro a contribuire in proprio all'esigenze di conciliazione vita/lavoro, con un riconoscimento aggiuntivo di permessi: infatti, «si conviene che l'Azienda, per ogni ora donata interverrà in ugual misura nella suddetta catena solidale». In tal modo, si realizza esattamente un raddoppio del tempo donato a beneficio del lavoratore in difficoltà.

Successivamente all'approvazione del d.lgs. n. 151/2015, è intervenuto l'Accordo di rinnovo del CCNL 2016-2018 per gli addetti all'industria chimica, chimico-farmaceutica, delle fibre chimiche e dei settori abrasivi, lubrificanti e gpl (15 ottobre 2015), sottoscritto – per le organizzazioni dei lavoratori – da FILCTEM-CGIL, FEMCA-CISL, UILTEC-UIL, UGL-Chimici, FAILC-CONFAL e FIALC-CISAL, ove è stato riprodotto il testo dell'art. 24, specificando altresì che la cessione di ferie o riposi deve avvenire «previo consenso dei lavoratori interessati e nella misura e modalità concordate con la direzione aziendale, dando priorità ai riposi accantonati nel conto ore e a quelli in ogni caso maturati negli anni precedenti a quello della richiesta». Inoltre, nell'accordo si chiama la contrattazione aziendale a «disciplinare misure e modalità per la cessione collettiva di ferie e riposi da parte dei lavoratori e l'accantonamento delle relative ore».

<sup>710</sup> Azienda tessile con sede in Filottrano (AN), che occupa circa 300 dipendenti.

<sup>711</sup> «La donazione di ore dovrà essere volontaria, le ore da donare saranno decise in piena libertà da ogni lavoratore».

A livello aziendale, si segnala l'Accordo Luxottica del 30 marzo 2016 sottoscritto dalle organizzazioni di categoria di CGIL, CISL e UIL, ove è prevista l'istituzione della Banca Ore Etica, in cui i lavoratori potranno far confluire le proprie ferie aggiuntive e i permessi maturati, cedibili gratuitamente e volontariamente a favore di colleghi che versino in particolari situazioni di grave necessità. Per ogni donazione effettuata, l'Azienda si impegna a donare un pari numero di quote orarie. L'accordo funge da "regolamento tecnico attuativo" della Banca Ore Etica, disciplinando le modalità della cessione, la gestione delle richieste e i beneficiari, individuati nei dipendenti che abbiano bisogno di assistere (per gravi ragioni di salute) non solo i figli, ma anche il coniuge (o persona convivente di fatto) o i genitori.

#### Riferimenti bibliografici.

Calafà L. (2014), *La delega alla conciliazione dei genitori al tempo dell'austerità*, in Carinci F. (a cura di), *La politica del lavoro del Governo Renzi Atto II*, ADAPT Labour Studies e-book series n. 32, 145 ss.

Del Punta R. (2004), *La nuova disciplina delle ferie*, in Leccese V. (a cura di), *L'orario di lavoro. La normativa italiana di attuazione delle direttive comunitarie*, IPSOA, Milano, 378 ss.

Fenoglio A. (2015), *Il filo rosa intessuto nel diritto del lavoro: un'analisi gender sensitive degli interventi legislativi dell'ultimo triennio*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT -

Gheido M.R., Casotti A. (2015), *La solidarietà in azienda*, in DPL, 2235 ss.

Lamonaca V. (2015), *Le novità in materia di congedi genitoriali*, in Ghera E., Garofalo D., *Contratti di lavoro, mansioni e misure di conciliazione vita-lavoro nel Jobs Act 2*, Cacucci, Bari, 489 ss.

Massi E. (2015), *La cessione delle ferie ai colleghi*, in *dottrinalavoro.it*

Molendini S. (2015), *I congedi di maternità, paternità e parentali nel quadro europeo: analisi della normativa di alcuni Paesi*, in *Work Life Balance in Europa tra nuove norme e buone pratiche. Come migliorare occupazione (femminile) e produttività*, in *consparitapuglia.it/studi-e-ricerche*.

Renzi T., Bellumat S. (2007), *I riposi*, in Carinci F. (diretto da), *Diritto del lavoro. Commentario*, vol. II, *Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, tomo I, Utet, Torino, 1090 ss.

## Dei poteri (*del datore di lavoro*), dei controlli (*a distanza*) e del trattamento dei dati (*del lavoratore*)\*

Marco Marazza

1. Premessa.	291
1.1. Uno sguardo di insieme.	292
2. Dalle regole di impiego dello strumento di controllo a distanza ai requisiti per il trattamento dei dati legittimamente raccolti.	293
2.1. Segue: il trattamento dei dati del lavoratore per finalità non connesse al rapporto di lavoro.	294
3. La distinzione tra “ <i>strumenti di controllo</i> ” e “ <i>strumenti di lavoro</i> ”: un rapporto tra <i>genus</i> e <i>species</i> .	295
3.1. Segue: strumenti di lavoro e potere direttivo.	296
3.2. Segue: strumenti di lavoro e posizione “attiva” del lavoratore.	297
3.3. Segue: strumenti di lavoro e poteri di organizzazione del lavoro (strumenti di controllo e poteri di organizzazione dell’attività).	297
4. Gli strumenti di controllo.	298
4.1. Segue: strumenti di controllo e finalità del controllo.	299
4.2. Segue: strumenti di controllo e tutela del patrimonio aziendale.	300
5. La necessaria ridefinizione del concetto di controllo difensivo.	301
6. I controlli effettuati in adempimento di obblighi di legge.	302
7. Strumenti di lavoro e applicativi informatici.	303
7.1. Segue: <i>hardware</i> e <i>software</i> .	303
7.2. Segue: <i>software</i> e sistemi digitali complessi.	304
7.3. Gli strumenti di lavoro per uso promiscuo.	305
8. I sistemi di controllo di accessi e presenze.	305
9. Il trattamento dei dati ai fini della gestione del rapporto di lavoro.	306
10. L’art. 4 dello Statuto e il rinvio al Codice <i>Privacy</i> .	307
10.1. Segue: la questione delle finalità del trattamento.	307

---

\* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 300/2016

10.2. Segue: e del consenso al trattamento dei dati.	308
10.3. I principi del Codice <i>Privacy</i> che governano il trattamento dei dati del lavoratore.	309
11. L'informativa, tra adempimenti <i>privacy</i> e regolamenti aziendali.	310

## 1. Premessa.

La riscrittura dell'art. 4 della legge n. 300 del 1970<sup>712</sup> può essere a ragione considerata uno degli elementi più qualificanti del *Jobs Act* perché incide in modo significativo sui vincoli e sulle tecniche di esercizio dei poteri di controllo del datore di lavoro senza distinguere tra vecchi e nuovi assunti.

La questione riguarda la disciplina dei cosiddetti controlli a distanza e, cioè, i limiti applicabili al potere datoriale di controllo<sup>713</sup> quando esercitato per mezzo di impianti e strumenti tecnologici che si frappongono tra controllato e controllore e che, proprio per questo, implicano il trattamento di dati del lavoratore e quindi richiedono specifiche misure di contemperamento tra le esigenze dell'impresa (art. 41, comma 1, Cost.), che aspira tra l'altro a controllare il puntuale adempimento della prestazione con l'efficacia che l'evoluzione tecnologica consente, e il diritto alla riservatezza del lavoratore, espressione di diritti fondamentali della persona<sup>714</sup> (art. 8

<sup>712</sup> Modificato, come noto, dall'art. 23, comma 1, del d.lgs. n. 151/2015. Il presente saggio sviluppa e aggiorna quanto esposto nella relazione sul nuovo art. 4 della legge n. 300 del 1970 tenuta in occasione del convegno organizzato dal Gruppo "Freccia Rossa" presso la Facoltà di Giurisprudenza di Roma "La Sapienza" il 18 ottobre 2015, sessione "Revisione della disciplina dei controlli a distanza". Sul novellato art. 4 della Statuto dei Lavoratori si segnalano i contributi di R. DEL PUNTA, *La nuova disciplina dei controlli a distanza sul lavoro*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2016, n. 1; V. MAIO, *La nuova disciplina dei controlli a distanza sull'attività dei lavoratori e la modernità post panottica*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2015, n. 6, pagg. 1186 e ss., cui si rinvia (nota 2) anche per l'accurata selezione della letteratura relativa alla disciplina previgente; M. T. CARINCI, *Il controllo a distanza dell'attività dei lavoratori dopo il Jobs Act (art. 23 d.lgs. 151/2015): spunti per un dibattito*, in *Labour & Law Issues*, 2016, vol. 2, n. 1; A. MARESCA, *Jobs Act, come conciliare potere di controllo e tutela della dignità e riservatezza del lavoratore*, in *Forum Tuttolavoro (web)*, 2016; M. T. SALIMBENI, *La riforma dell'art. 4 dello Statuto dei lavoratori: l'ambigua risolutezza del legislatore*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2015, n. 4; A. SITZIA, *Il controllo (del datore di lavoro) sull'attività dei lavoratori: il nuovo art. 4 st. lav. e il consenso del lavoratore*, in *Labour & Law Issues*, 2016, vol. 2, n. 1. Nella elaborazione dello scritto alcuni spunti sul funzionamento del Codice Privacy sono stati tratti dall'interessante confronto organizzato da AFGÉ in collaborazione con Federazione Italiana Privacy, *Privacy e controllo sui lavoratori alla luce dei decreti attuativi del Jobs Act*, Roma 22 marzo 2016, cui ho avuto modo di partecipare, tra gli altri, con Augusta Iannini, Vice Presidente Garante Privacy; Luca Bolognini, Presidente Istituto Italiano Privacy; Nicola Berardi, Presidente Federprivacy; Diego Fulco, Direttore scientifico Istituto Italiano Privacy. Per quanto riguarda i provvedimenti del Garante Privacy rilevanti ai fini del rapporto di lavoro si devono considerare, ad oggi: a) Provvedimento generale prescrittivo in tema di biometria del 12 novembre 2014; b) Linee guida in materia di riconoscimento biometrico e firma grafometrica del 12 novembre 2014; c) Linee guida in materia di trattamento di dati personali di lavoratori per finalità di gestione del rapporto di lavoro in ambito pubblico del 14 giugno 2007; d) Linee guida del Garante per posta elettronica e internet del 1 marzo 2007; e) 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 del 23 novembre 2006; f) Provvedimento generale sulla video sorveglianza dell'8 aprile 2010.

<sup>713</sup> Per una ricostruzione delle tecniche di controllo dei poteri di organizzazione dell'attività (esterni al contratto di lavoro) e del lavoro (sempre interni al contratto di lavoro, di cui sono un effetto), si rinvia a M. MARAZZA, *Limiti e tecniche di controllo sui poteri di organizzazione del datore di lavoro*, in *Contratto di lavoro e organizzazione*, Volume quarto, Tomo secondo, *Trattato di diritto del lavoro*, diretto da Mattia Persiani e Franco Carinci, Padova, 2012, pagg. 1271 e ss.

<sup>714</sup> Nell'ambito del rapporto di lavoro il contemperamento tra questi diritti deve necessariamente tenere conto, e quindi deve essere di conseguenza modulato, dell'oggetto del contratto e, cioè, del concreto contenuto della prestazione di lavoro dovuta dal lavoratore e del coinvolgimento dei valori della persona che il suo adempimento necessariamente postula. In tal senso è esemplificativo, come noto, l'art. 8 della legge n. 300/1970. Sul punto si veda: V. CRISAFULLI, *Diritti di libertà e poteri dell'imprenditore*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1954, I, pagg. 79 e ss.; A. CATAUDELLA, *Dignità e riservatezza (tutela della)*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XXI, Roma, 1990; P. CHIECO, *Privacy e lavoro. La disciplina del trattamento dei dati personali del lavoratore*, Bari, 2000, 12 ss.; R. DEL PUNTA, *Diritti della persona e contratto di lavoro*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2006, 194 ss.; P. TULLINI (a cura di), *Tecnologie della comunicazione e della riservatezza nel rapporto di lavoro. Uso dei mezzi elettronici, potere di controllo e trattamento dei dati personali*, in F. GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Padova, 2010; M.P. AIMO, *Privacy, libertà di espressione e rapporto di lavoro*, Jovene, 2003; F. GALGANO, *Sub Art.41*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione, Rapporti economici*, Tomo II, Bologna, 1982, 1 ss.; B. VENEZIANI, *I controlli dell'imprenditore ed il contratto di lavoro*, Bari, 1975; P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, in *Trattato di diritto civile e commerciale Cicu – Messineo - Mengoni*, Tomo III, Milano, 2003, 217; A. BELLAVISTA, *Il controllo sui lavoratori*, Torino, 1995; A. TROISI, *Il diritto del lavoratore alla protezione dei dati personali*, Torino, 2013, pagg. 17 e ss. e 104 e ss. Più in generale, sulle prospettive delle tecniche di bilanciamento dei diritti nello scenario attuale della crisi europea, si veda anche B. CARUSO, *Nuove traiettorie del diritto del lavoro nella crisi europea. Il caso italiano*, in *W. P. C. S. D. L. E. "Massimo D'Antona"*, 111 – 2014.

CEDU<sup>715</sup>; Direttiva 1995/46 (c.d. Direttiva madre)<sup>716</sup>; artt. 2, 41, comma 2, Cost.).

### 1.1. Uno sguardo di insieme.

L'impressione complessiva che se ne ricava è un arretramento della centralità dalla tradizionale procedimentalizzazione sindacale (o amministrativa) dei poteri datoriali, funzionale al controllo di legittimità dell'installazione dell'impianto e radicata all'interno delle tradizionali categorie del diritto del lavoro<sup>717</sup>, in favore di un modello che bilancia una gestione più unilaterale degli strumenti di controllo a distanza da parte dell'imprenditore (art. 4, comma 2, legge n. 300/1970) con inediti livelli di penetrazione del diritto della *privacy* nell'ambito del rapporto di lavoro (art. 4, comma 3, legge n. 300/1970).

Ne deriva che il contemperamento dei diritti coinvolti tende oggi a realizzarsi su un piano più individuale che collettivo<sup>718</sup>, per restare prevalentemente affidato alla disciplina del trattamento dei dati personali e, quindi, anche al potere regolamentare del Garante per la *Privacy*<sup>719</sup>. Un'Au-

<sup>715</sup> Corte Europea dei diritti dell'Uomo, 12 gennaio 2016, 61496/08, *Barbulescu v. Romania*, cui si rinvia per la più recente applicazione giudiziale del difficile sforzo di contemperamento tra adempimento dell'obbligo di lavorare e tutela della riservatezza della persona. Il caso è relativo allo scambio di comunicazioni telematiche private effettuato mediante Account Yahoo Messenger utilizzato dal dipendente per ragioni di servizio su espressa richiesta del datore di lavoro e, per questo, secondo la Corte, suscettibile di controllo da parte dell'imprenditore e di utilizzo dei dati trattati anche ai fini disciplinari.

<sup>716</sup> La Direttiva 1995/46 è destinata ad essere sostituita dal Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016. Il 4 maggio 2016, infatti, sono stati pubblicati in Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea i testi del Regolamento europeo in materia di protezione dei dati personali e della Direttiva che regola i trattamenti di dati personali nei settori di prevenzione, contrasto e repressione dei crimini. Si tratta del passaggio finale per l'entrata in vigore del nuovo "*Pacchetto protezione dati*", l'insieme normativo che definisce un quadro comune in materia di tutela dei dati personali per tutti gli Stati membri dell'UE. Il Regolamento sarà definitivamente applicabile in via diretta in tutti i Paesi UE a partire dal 25 maggio 2018, quando dovrà essere garantito il perfetto allineamento fra la normativa nazionale e le disposizioni del Regolamento. La Direttiva sarà vigente dal 5 maggio 2016, e da quel momento impegnerà gli Stati membri a recepire le sue disposizioni nel diritto nazionale entro due anni. Sul punto si veda F. PIZZETTI, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali. Dalla Direttiva 95/46 al nuovo Regolamento europeo*, Torino, 2016. Sempre a livello comunitario, in materia di *privacy* si segnalano: Direttiva 2002/58; Direttiva 2009/136; Direttiva 2009/140; Direttiva 2006/24.

<sup>717</sup> Con riferimento alla previgente disciplina R. DEL PUNTA, op. cit., a ragione, descrive il rapporto tra diritto del lavoro e diritto della *privacy* come il frutto di una sorta di patto di non belligeranza che affidava alla norma statutaria il governo sostanzialmente esclusivo della materia. Circostanza ben documentata dal fatto che, da un lato, l'art. 4 della legge n. 300/1970 non conteneva alcun rinvio alla normativa *privacy* e che, dall'altro, il d.lgs. n. 196/2003 (art. 114) richiamava espressamente quella disposizione statutaria rimarcandone la centralità ma, aggiungo, anche la specialità per ciò che riguarda i controlli a distanza. Condivisibili sul punto anche le considerazioni di M. T. CARINCI, op. cit., che mette in evidenza il fatto che nella previgente disciplina la fase del trattamento del dato, pur rientrando nel campo di applicazione del Codice *Privacy*, rimaneva nell'ombra. Circostanza confermata anche dall'assenza di provvedimenti giudiziari sulla inutilizzabilità dei dati ai fini del rapporto di lavoro per violazione dei vincoli *privacy*. Assenza che sembra destinata, con la nuova formulazione della norma, ad essere presto colmata.

<sup>718</sup> In linea, del resto, con l'impostazione generale dell'intera riforma del 2015. Così com'è altrettanto vero, per altro verso, che i limiti oggettivi dell'originaria formulazione dell'art. 4 della legge n. 300 del 1970, divenuti macroscopici di fronte all'incessante evoluzione tecnologica, ben avrebbero potuto essere superati - ma sappiamo bene che così non è stato - dalla contrattazione collettiva in azienda.

<sup>719</sup> L'Autorità Garante per la protezione dei dati personali è una Autorità indipendente che presiede la tutela dei dati personali esercitando (art. 154 del d.lgs. n. 169/2003) funzioni di controllo, interdittive, promozionali, consultive e propositive, cui si aggiungono altre funzioni, non richiamate dall'art. 154, tra cui quella della tutela para giurisdizionale, le funzioni autorizzatorie in ordine al trattamento di specifiche categorie di dati ed, infine, molteplici funzioni accertative. Pone correttamente l'accento sul potere del Garante di prescrivere ai titolari del trattamento le disposizioni necessarie e opportune al fine di rendere il trattamento conforme alle previsioni del Codice *Privacy*, M. T. CARINCI, op. cit.

torità che nell'esercizio delle sue funzioni esercita rilevanti dosi di discrezionalità tecnica per delineare i dettagli applicativi di principi (molto) generali<sup>720</sup> (necessità<sup>721</sup>, finalità<sup>722</sup>, trasparenza<sup>723</sup>, sicurezza<sup>724</sup>, proporzionalità<sup>725</sup>, accuratezza<sup>726</sup>, conservazione per il giusto tempo<sup>727</sup>) presidiati da uno specifico regime sanzionatorio di portata civile, amministrativa e penale<sup>728</sup>.

## 2. Dalle regole di impiego dello strumento di controllo a distanza ai requisiti per il trattamento dei dati legittimamente raccolti.

Va premesso, anzitutto, che l'attuale formulazione dell'art. 4 della legge n. 300 del 1970 distingue chiaramente due profili della disciplina dei controlli a distanza che attengono, da un lato, all'impiego dello strumento di controllo e, dall'altro, alla gestione delle informazioni tramite di esso raccolte.

Ed infatti, se i primi due commi di quella disposizione fissano le regole per il legittimo utilizzo degli strumenti di controllo a distanza, il terzo ed ultimo comma pone le condizioni affinché i dati, se

<sup>720</sup> Per un approfondimento in materia dei principi previsti dal d.lgs. 196/2003 si veda C.M. BIANCA, F.D. BUSNELLI (a cura di), *La protezione dei dati personali. Commentario al d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 ("Codice della Privacy")*, Cedam, 2007.

<sup>721</sup> Art. 3 del d.lgs. 196/2003. Tale principio richiede che i dati personali siano utilizzati solo se indispensabili (necessari) per raggiungere le finalità consentite nei singoli casi.

<sup>722</sup> Art. 11, comma 1, lett. b) d.lgs. 196/2003. Tale principio richiede che ogni trattamento di dati personali avvenga per specifiche, legittime e manifeste finalità. In sostanza, i dati oggetto di trattamento devono essere trattati per le sole finalità che il titolare intende legittimamente perseguire, previamente indicate nell'informativa che verrà resa agli interessati, e non possono essere utilizzati in altre operazioni di trattamento che siano con queste incompatibili.

<sup>723</sup> Art. 13 del d.lgs. 196/2003. Tale principio prevede che debba essere fornita agli interessati completa informazione sui dati, sulle finalità del trattamento e sulle modalità di effettuazione dello stesso.

<sup>724</sup> Art. 31 e ss. del d.lgs. 196/2003. Tale principio richiede che siano assunte le misure opportune, sia tecniche che organizzative, atte a garantire che qualsiasi dato detenuto sia sicuro e protetto contro i rischi di distruzione o perdita, anche accidentale, e di accesso non autorizzato o di trattamento non consentito.

<sup>725</sup> Art. 11, comma 1, lett. d) d.lgs. 196/2003. Tale principio prevede che possono essere trattati i soli dati pertinenti e non eccedenti in relazione alle finalità perseguite.

<sup>726</sup> Art. 11, comma 1, lett. c) d.lgs. 196/2003. Tale principio richiede un'attenta verifica dei dati non solo al momento della loro raccolta ma anche, successivamente, con periodici aggiornamenti. All'infuori di alcune tipologie di dati che non sono soggetti ad aggiornamento, come ad es. la data di nascita (c.d. "invarianti"), per tutti gli altri il titolare del trattamento dovrà dunque predisporre misure di monitoraggio periodiche al fine di garantirne l'aggiornamento.

<sup>727</sup> Art. 11, comma 1, lett. e) d.lgs. 196/2003. Tale principio richiede che i dati siano conservati per il tempo necessario a realizzare le finalità per i quali sono stati raccolti. Il principio intende ridurre i cosiddetti rischi *privacy* (distruzione o perdita dei dati, accessi non autorizzati e modifica dello scopo della raccolta).

<sup>728</sup> In tema di sanzioni si vedano S. GONELLA, *Uno sguardo all'evoluzione del diritto alla riservatezza: la tutela penale*, in *Diritto penale e processo*, 2007, fasc. 4; V. PLANTAMURA, *La tutela penale dei dati personali*, in *Il Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2007, fasc. 3; E. ANTONINI, *Il trattamento illecito di dati personali nel codice della privacy: i nuovi confini della tutela penale*, Nota a Cass. sez. III pen. 9 luglio 2004, n. 30134, in *Diritto penale e processo*, 2005, fasc. 3; A. CONTALDO, *Depenalizzazione e nuove tutele dei dati personali anche alla luce del codice della privacy (d.l.vo 30 giugno 2003 n. 196)* in *Rivista penale*, 2005, fasc. 4; U. REALFONZO, *Nuovo codice in materia di protezione dei dati personali. La responsabilità, le sanzioni e le altre forme di tutela della "privacy"*, Relazione al convegno sul tema: "Il nuovo codice per la tutela della privacy", Roma, 4-5 dicembre 2003 in *Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, 2004, fasc. 5; P. TRONCONE, *Profili penali del codice della privacy, Commento al d.lg. 30 giugno 2003, n. 196*, in *Rivista penale*, 2004, fasc. 12; A. MANNA, *Il quadro sanzionatorio penale ed amministrativo del Codice sul trattamento dei dati personali*, Relazione tenuta all'Incontro di studi sul tema "La protezione dei dati sei anni dopo la legge 675/1996: il nuovo codice della privacy e l'attività giudiziaria", organizzato dal Consiglio Superiore della Magistratura, Roma, 2-3 ottobre 2003, in *Il Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2003, fasc. 4-5.

lecitamente raccolti (art. 4, commi 1 e 2), possano, poi, in concreto essere utilizzati per “*tutti i fini connessi al rapporto di lavoro*”<sup>729</sup>.

Ne deriva che l'utilizzo abusivo di uno strumento di controllo a distanza - perché effettuato in violazione dell'art. 4, commi 1 e 2 - è penalmente sanzionato ai sensi dell'art. 38 della legge n. 300 del 1970 (art. 171 Codice *Privacy*, come sostituito dall'art. 23, comma 2, del d.lgs. n. 151 del 2015<sup>730</sup>) e rende, per principio, inutilizzabili i dati eventualmente raccolti. Ma anche, per converso, che il pieno rispetto dei primi due commi dell'art. 4 dello Statuto non è di per se sufficiente a consentire che le informazioni acquisite possano essere gestite, per fare un esempio, per introdurre una politica retributiva premiale o per esercitare il potere disciplinare.

Per l'utilizzo di quei dati a “*tutti i fini connessi al rapporto di lavoro*” è infatti necessario che siano rispettate le prescrizioni dell'art. 4, comma 3, ed è proprio sotto questo specifico profilo che emerge la compenetrazione tra il diritto del lavoro e il diritto della *privacy* di cui si faceva cenno in premessa; resa evidente dal fatto che l'utilizzabilità del dato raccolto in osservanza dell'art. 4, commi 1 e 2, dello Statuto deve testualmente avvenire, adempiuto l'obbligo di informativa (vedi *infra* al n. 11), nel “*rispetto di quanto disposto dal decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196*”<sup>731</sup> (pena l'applicazione dello specifico regime sanzionatorio *privacy*).

Con ciò ponendo l'interprete dinanzi al non facile compito di ricostruire l'ambito di operatività del Codice *Privacy* in un sistema il cui perno è costituito da una norma giuslavoristica (art. 4 della legge n. 300/1970), che - come si vedrà, in ragione della sua specialità - tipizza una specifica finalità di trattamento dei dati dei lavoratori (“*a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro*”) e detta regole per alcuni aspetti derogatorie rispetto a quelle comuni della *privacy* (vedi *infra* n. da 10 a 11).

### 2.1. Segue: il trattamento dei dati del lavoratore per finalità non connesse al rapporto di lavoro.

C'è però da aggiungere che i dati acquisiti dal datore di lavoro potranno essere trattati anche per finalità (legittime) diverse da quelle connesse, in senso stretto, al rapporto di lavoro (art. 4, comma 3)<sup>732</sup>. Fermo restando - non potendo in tal caso trovare applicazione l'art. 4, comma 3, dello Statuto - che il trattamento dei dati acquisiti nel rispetto dell'art. 4, commi 1 e 2, dovrà - per queste ipotesi - necessariamente avvenire con il pieno ed incondizionato assoggettamento all'intero Codice *Privacy*.

<sup>729</sup> In ciò realizzando, come osservato da A. MARESCA, op. cit., il temperamento tra esigenza di controllo e tutela della dignità e riservatezza del lavoratore. In verità, anche i primi due commi dell'art. 4, se pur da una diversa prospettiva, perseguono il medesimo fine. Più che altro il comma 3 di quella disposizione è rilevante perché, come detto, aggiorna le tecniche di temperamento in una prospettiva di tipo essenzialmente individuale (anziché collettiva) che vede il diritto del lavoro integrarsi nel diritto della *privacy*.

<sup>730</sup> Segnala le condivisibili incertezze che derivano dall'art. 1 del d.lgs. n. 8/2016 per ciò che concerne la depenalizzazione di una serie di reati puniti con la sola pena pecuniaria, M. T. CARINCI, op. cit.

<sup>731</sup> Il trattamento dei dati ai fini connessi al rapporto di lavoro risulta, dunque, proprio per questa ragione, fortemente connotato dai principi della *privacy*, se pur applicabili secondo un criterio di compatibilità con la norma speciale lavoristica (vedi *infra* ai nn. 9 e 10), destinati a diventare strumenti fondamentali anche per la risoluzione dei potenziali conflitti tra datori di lavoro e lavoratori. Mentre in passato, come noto, il Codice *Privacy* si limitava a richiamare l'art. 4 dello Statuto (art. 114 d.lgs. n. 196/2003) che assumeva - in assenza di rinvii ad ulteriori discipline - il ruolo di norma di riferimento sia per ciò che atteneva all'installazione dell'impianto che all'utilizzabilità dei dati.

<sup>732</sup> In senso contrario, V. MAIO, op. cit.

Prospettiva, a ben vedere, da non trascurare giacché non v'è dubbio che gli strumenti di controllo a distanza più tecnologicamente avanzati, se legittimamente installati, consentono di tracciare e documentare lo spessore professionale di una prestazione di lavoro anche in termini di rendimento medio. E, quindi, pur dovendo tenere conto dei limiti al trattamento dei dati derivanti dalla cosiddetta "profilazione"<sup>733</sup>, forniscono elementi di valutazione che - con il consenso della persona - potrebbero assumere rilevanza anche ai fini della sua occupabilità.

In questa prospettiva non è da escludere, anzi, che sia lo stesso lavoratore (soggetto "*interessato*", nel senso di persona fisica cui si riferiscono i dati personali, ai sensi dell'art. 4, comma 1, lett. i, Codice *Privacy*) a voler direttamente utilizzare i dati raccolti dal datore di lavoro, ad esempio, per negoziare le condizioni economiche e normative del suo successivo impiego. È uno scenario che può oggi apparire futuristico ma, ritengo, da non trascurare. L'utilizzo dei dati di noi tutti non sembrava una questione di grande rilievo quando iniziavamo, con spensieratezza, ad utilizzare internet e connessioni mobili. Oggi riceviamo pubblicità tarate sui nostri desideri.

### 3. La distinzione tra "strumenti di controllo" e "strumenti di lavoro": un rapporto tra *genus* e *species*.

Il problema della utilizzabilità del dato si pone - come anticipato - solo con riferimento alle informazioni legittimamente acquisite dal datore di lavoro.

La prima questione di fondo da affrontare è dunque quella di distinguere il campo di applicazione dei commi 1 e 2 dell'art. 4 giacché, come noto, macroscopica è la differenza di disciplina applicabile, da un lato, agli "*strumenti di controllo a distanza*" (comma 1) e, dall'altro, agli strumenti che consentono un controllo a distanza del lavoratore che sono, al tempo stesso, anche "*strumenti di lavoro*" o di "*rilevazione di accessi e presenze*" (comma 2).

Solo nel primo caso, infatti, è richiesta la procedura (negoziale o amministrativa) di autorizzazione all'installazione dell'apparecchio ed i controlli possono essere effettuati esclusivamente per le finalità tipizzate dal legislatore (esigenze organizzative e produttive, di sicurezza del lavoro e di tutela del patrimonio aziendale).

L'operazione, tutt'altro che agevole, si può condurre provando a considerare lo "*strumento di lavoro*" come *species* del più ampio *genus* "*strumenti di controllo*". In entrambi i casi si tratta di strumenti potenzialmente in grado di monitorare a distanza, in diretta o differita, l'attività del lavoratore. Ma ciò che qualifica gli strumenti di lavoro è che si tratta - così si esprime letteralmente la legge - di strumenti "*utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa*".

<sup>733</sup> Il Garante è intervenuto in più occasioni in materia di "profilazione", da ultimo con il Prov. 19 marzo 2015, "*Linee Guida in materia di trattamento di dati personali per profilazione online*" pubblicato in Gazzetta Ufficiale n. 103, serie generale, del 6 maggio 2015, doc. web n. 3881513. Nei molteplici interventi in materia di profilazione il Garante ha evidenziato la centralità dell'informativa e del consenso dell'interessato. Nel Prov. del 19 marzo 2015 il Garante ha sottolineato che "*affinché i trattamenti di dati effettuati per finalità di profilazione, anche realizzata con diverse modalità, soddisfino i requisiti di legge, sia necessario il consenso dell'interessato e tale consenso deve rispondere, ai fini della sua validità, ai requisiti di legge e pertanto deve essere libero, acquisito in via preventiva rispetto al trattamento medesimo, riferibile a trattamenti che perseguono finalità esplicite e determinate, informato e documentato per iscritto*". In materia di informativa, nello stesso provvedimento si legge "*l'informativa che deve essere resa agli utenti, e dunque la loro preventiva consapevolezza circa i possibili impieghi delle informazioni loro riferibili, costituisce l'ineludibile presupposto per consentire agli interessati medesimi di esprimere o meno il proprio consenso ai trattamenti dei dati che li riguardano, a seguito della necessaria e personale valutazione sull'impatto che tali trattamenti potranno avere sul proprio diritto alla protezione dei dati personali*". In ogni caso, è necessario il rispetto del principio di finalità nella conservazione dei dati personali (art. 11, comma 1, lett. e) d.lgs. 193/2003).

Definizione, quest'ultima, che aiuta a focalizzare due concetti fondamentali per la delimitazione del campo di applicazione dell'art. 4, comma 2, dello Statuto: a) l'inesistenza di una nozione che potremmo definire ontologica di strumento di lavoro; b) l'esistenza di una relazione "attiva" tra lavoratore e lo strumento di lavoro utilizzato per rendere la prestazione.

### 3.1. Segue: strumenti di lavoro e potere direttivo.

La prestazione di lavoro subordinato è resa sotto le direttive del datore di lavoro (art. 2094 c.c.), ond'è che il dipendente deve - tra l'altro - svolgere le mansioni contrattualmente dovute osservando le disposizioni per l'esecuzione del lavoro tempo per tempo impartite dall'imprenditore (art. 2104 c.c.). Ne deriva che nell'adempimento dell'obbligazione di lavorare egli è tenuto ad eseguire la prestazione utilizzando gli strumenti individuati e forniti dal datore e che, pertanto, non esiste - né può esistere - una nozione ontologica di strumento di lavoro.

In altri termini, appare del tutto inutile ogni tentativo di catalogare in via astratta gli strumenti riconducibili ad un certo tipo di lavoro. Piuttosto, per ciascun lavoro occorrerà verificare in concreto, e quindi nella specifica organizzazione che lo ospita, ciò che il potere direttivo dell'imprenditore consente di qualificare, caso per caso, alla stregua di uno strumento di lavoro. Con ferma preclusione per l'interprete di ogni tentativo di sovrapporre argomentazioni di tipo organizzativo, ad esempio, sulla minore o maggiore utilità di quello strumento. A ragionare diversamente, del resto, si finirebbe per autorizzare il Giudice a sostituirsi arbitrariamente alle valutazioni tecniche dell'imprenditore per ciò che riguarda l'organizzazione delle mansioni dei suoi dipendenti<sup>734</sup>.

In questa prospettiva il medesimo strumento, a seconda di come viene esercitato il potere direttivo e di come viene conseguentemente eseguita la prestazione, può dunque assumere la qualità di "*strumento di controllo*" (art. 4, comma 1) o di "*strumento di lavoro*" (art. 4, comma 2)<sup>735</sup>, in conseguenza di valutazioni organizzative insindacabili del datore di lavoro che il legislatore asseconda<sup>736</sup>.

<sup>734</sup> Per l'insindacabilità della discrezionalità tecnica dell'imprenditore nell'organizzazione dell'impresa si veda, tra le tante, Cass. civ. Sez. lavoro, Sent. 23-10-2013, n. 24037 ove viene affermato che "*il giudice non può sindacare la scelta dei criteri di gestione dell'impresa, atteso che tale scelta è espressione della libertà di iniziativa economica tutelata dall'art. 41 Cost.*". Al riguardo deve invero considerarsi che, come osservato dalla Cass. 15500/2009, "*il nucleo essenziale della libertà di iniziativa economica dell'imprenditore, garantita dall'art. 41 Cost., sta nell'autodeterminazione circa il dimensionamento e la scelta del personale da impiegare nell'azienda ed il conseguente profilo dell'organizzazione interna della stessa*" (Corte Cost., in particolare sentenze n. 78 del 1958 e n. 356 del 1993)". Il punto, a ben vedere, è che i poteri del datore di lavoro di cui stiamo parlando non hanno limiti interni e sono suscettibili di controllo esclusivamente per ciò che attiene ai limiti esterni posti dalla legge e il rispetto del principio di correttezza e buona fede nella esecuzione del contratto.

<sup>735</sup> L'esemplificazione più immediata per illustrare il senso di questo approccio interpretativo è probabilmente quella riferita agli impianti di geo localizzazione. Impianti che sono sempre strumenti di controllo, nella misura in cui lasciano traccia dei movimenti del lavoratore, ma che possono diventare strumenti di lavoro allorché il dipendente - si pensi ad un tecnico che effettua interventi sul territorio muovendosi con l'auto aziendale - sia tenuto ad utilizzarli per ricevere l'indicazione del luogo ove effettuare l'intervento; per dare conferma dell'avvenuta presa in carico del servizio; per individuare il percorso più rapido per raggiungere il sito di destinazione e per formalizzare l'avvenuta chiusura dell'operazione. Spetta solo all'imprenditore la valutazione discrezionale sull'opportunità, o meno, di introdurre un siffatto sistema tecnologico. Conviene sulla possibilità di qualificare questi strumenti sia nel comma 1 che nel comma 2, a seconda di come vengono utilizzati, R. DEL PUNTA, op. cit., per il quale il *telepass* rientrerebbe invece sempre nel comma 2; soluzione che condivido.

<sup>736</sup> Consentendo il trattamento dei dati acquisiti mediante uno strumento di lavoro ai fini della gestione del rapporto di lavoro, nel rispetto di quanto prescrive l'art. 4, comma 3, dello Statuto. Spostando cioè la tutela della riservatezza del lavoratore dalle regole di installazione e utilizzo dell'impianto a quelle che riguardano le modalità del trattamento dei dati suo tramite raccolti.

### 3.2. Segue: strumenti di lavoro e posizione “attiva” del lavoratore.

Il che, bene inteso, non può voler dire che la qualificazione di uno strumento di controllo come strumento di lavoro è puramente esposta alla discrezionalità, assoluta, del datore di lavoro.

Il secondo profilo da considerare è infatti di natura strettamente oggettiva, è giudizialmente verificabile e consiste in ciò che lo strumento di lavoro, dovendo essere utilizzato “*per rendere la prestazione*”, può essere qualificato come tale ai sensi dell’art. 4, comma 2, solo se il lavoratore ha un ruolo attivo nel suo utilizzo e, cioè, se quello strumento viene concretamente impiegato dal dipendente nello svolgimento delle mansioni.

Quello che conta, in altri termini, è che lo strumento sia nella disponibilità operativa del dipendente e da questi effettivamente utilizzato nell’adempimento della prestazione<sup>737</sup>, diversamente da quanto avviene con gli strumenti di controllo di cui all’art. 4, comma 1, rispetto ai quali il lavoratore è, invece, sempre soggetto meramente passivo<sup>738</sup>.

### 3.3. Segue: strumenti di lavoro e poteri di organizzazione del lavoro (strumenti di controllo e poteri di organizzazione dell’attività).

Lo strumento di lavoro è dunque una tipologia qualifica di strumento di controllo che esprime una funzionalità intrinseca ed ineliminabile dell’organizzazione del lavoro, intesa nel senso tecnico di effetto del(i) contratto(i) di lavoro subordinato<sup>739</sup>, nel suo concreto essere e divenire.

Uno strumento che partecipa all’adempimento della prestazione di lavoro, perché utilizzato dal lavoratore in adempimento dell’obbligo di osservanza (art. 2104 c.c.), al punto da giustificare la rimozione dei vincoli che - per gli impianti di cui all’art. 4, comma 1, dello Statuto - riguardano l’autorizzazione all’installazione dell’impianto e le finalità di controllo<sup>740</sup>.

L’opzione legislativa è del resto pienamente coerente con il principio giusto il quale il contemperamento degli interessi in gioco non può prescindere, come detto (vedi *supra* n. 1), dall’oggetto del contratto di lavoro. E ciò anche tenuto conto del fatto che mentre lo strumento di lavoro è

<sup>737</sup> In senso analogo, anche R. DEL PUNTA, op. cit., per il quale uno strumento di controllo è uno strumento di lavoro se “*direttamente funzionale allo svolgimento della prestazione lavorativa*”; M.T. SALIMBENI, op. cit., per la quale l’art. 4, comma 1, dello Statuto non trova applicazione “*soltanto nelle ipotesi in cui il meccanismo che genera il controllo è nella gestione del lavoratore che lo attiva e disattiva per rendere la prestazione*”; A. SITZIA, op. cit., per il quale sono strumenti di lavoro quelli “*necessari e, appunto, serventi a tale scopo*”.

<sup>738</sup> Se gli strumenti di controllo vedono sempre il lavoratore soggetto passivo rispetto all’impianto ed alle sue potenzialità di tracciamento dei dati (pensiamo al classico impianto di video sorveglianza, ma anche al GPS installato sulla vettura o indossato dal lavoratore), gli strumenti di lavoro, invece, sono tali perché utilizzati dal dipendente, per l’appunto, per rendere la prestazione (pensiamo al browser internet che il dipendente utilizza quotidianamente per lavoro, ma anche al GPS che (vedi nel testo al n. 3.1.) il lavoratore utilizza attivamente nello svolgimento delle mansioni).

<sup>739</sup> M. PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, Padova, 1966; M. MARAZZA, *Saggio sull’organizzazione del lavoro*, Padova, 2002.

<sup>740</sup> La distinzione è in qualche modo contestata da chi, come V. MAIO, op. cit., mostra perplessità sulla differenziazione tra funzione prestazione e di controllo dello strumento anche per l’assenza, si legge, di riferimenti nella lettera della legge. Riferimenti che invece, a mio avviso, sono piuttosto evidenti giacché lo strumento è di lavoro (art. 4, comma 2), dice la legge, se utilizzato per rendere la prestazione lavorativa. In questo modo non ritengo che la distinzione possa essere messa in crisi (come afferma l’Autore ora citato) dalle cosiddette “tecnologie indossabili”; che, a mio avviso, al pari di qualsiasi altro strumento, si prestano ad essere qualificate come strumenti di controllo o di lavoro in considerazione del fatto che siano solo indossate (strumento di controllo) ovvero, oltre che indossate, anche utilizzate per rendere la prestazione di lavoro (strumento di lavoro).

introdotto dal datore nell'esercizio del potere di organizzazione del lavoro, lo strumento di controllo, per altro verso, è invece installato nell'esercizio di poteri (poteri di organizzazione dell'attività) che non sono attribuiti all'imprenditore dal contratto di lavoro, per quanto procedimentalizzati dal diritto del lavoro (art. 4, comma 1)<sup>741</sup>.

Non che una siffatta distinzione risolva d'incanto tutti i problemi qualificatori che si possono porre in concreto, ma certamente può essere un valido punto di partenza perché offre una concettualizzazione delle fattispecie ("strumenti di controllo" e "strumenti di lavoro") suscettibile di notevole adattamento alle multiformi manifestazioni dell'organizzazione del lavoro e dei poteri che le animano (vedi *infra* al n. 7).

#### 4. Gli strumenti di controllo.

Per gli strumenti di controllo (art. 4, comma 1) cambiano le regole della procedura negoziale o amministrativa di autorizzazione all'installazione dell'impianto ma, pur dovendo dare atto che la novità è rilevante (ed anche che le prime prassi applicative segnalano non poche perplessità)<sup>742</sup>, non è questa la problematica che suscita vero interesse. Le novità principali, piuttosto, riguardano le finalità per i quali tali strumenti possono essere utilizzati (e non solo installati).

Non è secondario mettere da subito in evidenza che oggi l'art. 4, comma 1, della legge n. 300/1970 prevede che gli impianti "*possono essere installati*" previa autorizzazione e "*possono essere impiegati esclusivamente*" per le esigenze tipizzate dalla legge. Ciò mentre la vecchia formulazione di questa disposizione, premesso il divieto di utilizzo degli impianti per finalità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori, richiedeva la sussistenza di esigenze aziendali qualificate più che altro per l'autorizzazione alla installazione<sup>743</sup>.

<sup>741</sup> Per la distinzione in senso giuridico tra poteri di organizzazione dell'attività (che l'imprenditore esercita perché titolare di diritti reali o relativi che nulla hanno a che vedere con il contratto di lavoro) e del lavoro (pienamente riconducibili al contratto di lavoro subordinato), e delle conseguenti tecniche di controllo, si rinvia a M. MARAZZA, *Limiti e tecniche di controllo dei poteri di organizzazione del datore di lavoro*, op. cit., pag. 1272.

<sup>742</sup> Si rinvia sul punto a R. DEL PUNTA, op. cit.; V. MAIO, op. cit. Con un primo orientamento operativo il Ministero del Lavoro ha segnalato - in materia di installazione degli strumenti di cui al comma 1 dell'art. 4 L. 300/1970 - la necessità per i datori di lavoro di interessare, in prima istanza, le Direzioni Territoriali competenti. Solo all'esito di una fase istruttoria ad hoc svolta dalle suddette sedi territoriali, i datori di lavoro potranno - sempre a detta del Ministero - coinvolgere l'amministrazione centrale. Soluzione applicativa, quest'ultima, che a chi scrive appare piuttosto barocca (se è vero, come pare, che il Ministero è chiamato a valutare i presupposti per l'autorizzazione di un impianto che le DTL hanno, semmai, il compito di ispezionare nella successiva fase della sua funzionalità operativa), e che si giustifica, probabilmente, più per ragioni politiche che di merito. Di recente il Ministero del Lavoro ha elaborato il "*modulo unificato istanza di autorizzazione all'installazione di impianti di videosorveglianza e all'installazione e utilizzo di impianti e apparecchiature di localizzazione satellitare GPS a bordo di mezzi aziendali*". In tale documento si prevedono molteplici prescrizioni in materia di installazione ed utilizzo degli strumenti di videosorveglianza e di localizzazione. È interessante osservare che in materia di dispositivi di tracciamento dei veicoli il documento prescrive che gli stessi siano utilizzati "*al solo fine di rintracciare o monitorare l'ubicazione dei veicoli sui quali sono installati. Detti dispositivi, pertanto, non saranno utilizzati come strumenti per seguire o monitorare il comportamento o gli spostamenti di autisti o di altro personale*". Diverse, invece, sono le prescrizioni in materia di trattamento dei dati ottenuti dagli strumenti, in quanto si prevede che "*Potranno costituire oggetto di trattamento, mediante sistemi opportunamente configurati (art. 3 del Codice della Privacy), solo i dati pertinenti e non eccedenti: oltre all'ubicazione del veicolo, la distanza percorsa, i tempi di percorrenza, il carburante consumato, nonché la velocità media del veicolo [...]*". Emergendo in ciò una possibile disarmonia delle due disposizioni appena richiamate dovuta probabilmente al fatto che, per quanto attiene alle finalità dello strumento, il Ministero sembra condividere una lettura troppo restrittiva della finalità di "tutela del patrimonio aziendale" che, come esposto nel testo (vedi n. 4.2.), invece, ben può ricomprendere anche l'adempimento della prestazione di lavoro.

<sup>743</sup> Scrive, correttamente, della necessità di verificare ai fini dell'installazione dell'impianto la sussistenza di "esigenze aziendali qualificate", R. DEL PUNTA, op. cit.

Il cambio di impostazione della norma si spiega con la rinvigorita commistione tra diritto del lavoro e diritto della *privacy* e con la tendenza di quest'ultimo a concentrare l'attenzione, e quindi anche il controllo di legittimità, sulla finalità del trattamento. Ma il cambiamento, che di fatto sposta il controllo dell'esistenza di una ragione aziendale qualificata dall'installazione all'utilizzo dell'impianto (e quindi alle finalità del controllo), non ha una rilevanza meramente estetica.

#### 4.1. Segue: strumenti di controllo e finalità del controllo.

Nella sua precedente formulazione l'art. 4 dello Statuto<sup>744</sup>, escluso l'utilizzo dell'impianto per finalità di controllo dei lavoratori, ne consentiva l'installazione in presenza di "esigenze organizzative e produttive" ovvero per ragioni di "sicurezza del lavoro" e tali esigenze dovevano pertanto essere valutate nell'ambito della procedura sindacale o amministrativa di autorizzazione.

Ottenuta l'autorizzazione era poi consentito il trattamento delle informazioni raccolte, che incidentalmente potevano anche riguardare lo svolgimento della prestazione del dipendente, anche ai fini della gestione del rapporto di lavoro<sup>745</sup>. Fatto salvo, ovviamente, il caso di limitazioni espressamente previste dal medesimo atto autorizzativo, che in molti casi si preoccupava di specificare l'inutilizzabilità dei dati, ad esempio, per finalità disciplinari (rendendo pertanto, come in concreto avvenuto, del tutto teorica la categoria dei controlli cosiddetti preterintenzionali sull'attività del lavoratore effettuati mediante impianti regolarmente autorizzati).

L'esigenza legislativamente tipizzata, per dirla in altri termini, era condizione per l'autorizzazione all'installazione dell'impianto ma non limitava, almeno secondo la giurisprudenza e parte della dottrina, anche le potenzialità del controllo cosiddetto "preterintenzionale" del lavoratore e, conseguentemente, il trattamento dei dati raccolti per finalità connesse al rapporto di lavoro<sup>746</sup>.

Nella nuova formulazione di quella disposizione emerge invece piuttosto chiaramente che l'autorizzazione attiene alla installazione di un impianto che, una volta legittimato, può essere impiegato "esclusivamente per esigenze organizzative e produttive, per la sicurezza del lavoro e per la tutela del patrimonio aziendale". Ond'è che le modalità di utilizzo dell'impianto, e quindi anche

<sup>744</sup> Tra gli ultimi contributi sulla vecchia formulazione dell'art. 4 dello Statuto, si veda P. LAMBERTUCCI, *Potere di controllo del datore di lavoro e tutela della riservatezza del lavoratore: i controlli a "distanza" tra attualità della disciplina statutaria, promozione della contrattazione di prossimità e legge delega del 2014*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona.it – 255/2015. Più in generale, A. BELLAVISTA, *Gli accordi sindacali in materia di controlli a distanza sui lavoratori*, in *Il Lavoro nella giurisprudenza*, 2014, fasc. 8-9, pp. 737-744; A. MATTEI, *Controlli difensivi e tutela della riservatezza del lavoratore*, Nota a Cass. sez. lav. 1 ottobre 2012, n. 16622, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2013, fasc. 1, pt. 2, pp. 32-36; M. MISCIONE, *I controlli intenzionali, preterintenzionali e difensivi sui lavoratori in contenzioso continuo*, in *Il Lavoro nella giurisprudenza*, 2013, fasc. 8-9, pp. 761-774; A. AMBROSINO e F. CASTIGLIONE, *Nuove forme di controllo a distanza dell'attività lavorativa: aspetti sostanziali e processuali della disciplina statutaria*, in *Lavoro e previdenza oggi*, 2011, fasc. 7-8, pp. 754-766.

<sup>745</sup> Sul punto, in verità piuttosto dibattuto in dottrina e giurisprudenza, si veda P. LAMBERTUCCI, op. cit.

<sup>746</sup> In senso contrario M.T. SALIMBENI, op. cit.; R. DEL PUNTA, op. cit., per il quale la vecchia disposizione conteneva anche un divieto assoluto di utilizzabilità dei dati raccolti mediante impianti legittimamente installati ai fini del rapporto di lavoro, trovando conferma tale argomentazione nel fatto che gli stessi provvedimenti autorizzativi precludevano tale facoltà di utilizzo dei dati. In verità è proprio il contenuto di quei provvedimenti che, al contrario, a mio avviso, confermava l'utilizzabilità dei dati e giustificava, di conseguenza, la specificazione di misure restrittive dei poteri datoriali che altrimenti la norma avrebbe consentito. Per i diversi orientamenti, si rinvia ancora a P. LAMBERTUCCI, op. cit. Ma in senso favorevole all'utilizzo anche disciplinare delle informazioni raccolte mediante impianti di controllo legittimamente autorizzati e installati, si veda Cass. 23 febbraio 2010, n. 4375, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, II, con nota di R. GALARDI. La stessa soluzione era già stata indirettamente ammessa dalla Cass., 17 luglio 2007, n. 15892, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, II, 714 ss. Appare dunque chiaro che, sul punto, è da registrare un contrasto tra gli orientamenti della dottrina e quelli, più elastici, della giurisprudenza.

delle informazioni tramite di esso raccolte, risultano ora rigorosamente delimitate alle finalità “*esclusive*” previste dalla legge con la sola eventualità che sia il provvedimento di autorizzazione a selezionare – tra quelle teoricamente possibili – le funzionalità di controllo esercitabili dall’impianto<sup>747</sup>.

Ciò, per andare al concreto, con la conseguenza che un impianto di videosorveglianza autorizzato senza indicazione di alcuna specifica finalità potrà essere utilizzato per tutti gli scopi previsti dalla legge (esigenze organizzative, sicurezza del lavoro e tutela del patrimonio aziendale). Mentre un impianto autorizzato, ed esempio, solo per ragioni di sicurezza sul lavoro potrà consentire l’utilizzo dell’immagine esclusivamente per finalità di tutela dell’integrità psicofisica del dipendente (e non anche per altri scopi)<sup>748</sup>.

#### 4.2. Segue: strumenti di controllo e tutela del patrimonio aziendale.

Contestualmente gli impianti che ricadono nel campo di applicazione del primo comma dell’art. 4 dello Statuto, una volta autorizzati, possono essere impiegati, oltre che (come in passato) per esigenze organizzative e produttive e di sicurezza sul lavoro, anche per esigenze di “*tutela del patrimonio aziendale*”.

Una novità che, ad un’attenta lettura, parrebbe assumere una portata bivalente.

Il riferimento alle esigenze di tutela del patrimonio aziendale sembrerebbe, in primo luogo, dare un senso concreto alla eliminazione del divieto di utilizzare gli impianti per finalità di controllo dell’attività dei lavoratori (abrogazione dell’art. 4, comma 1, vecchio testo), perché legittimerebbe un deciso ampliamento delle finalità di controllo di tali strumenti. Anche il puntuale adempimento dell’obbligazione lavorativa concorre alla valorizzazione del patrimonio aziendale, se preso in considerazione dal punto di vista del diritto di credito dell’imprenditore ad una prestazione di lavoro che ha, indubbiamente, un contenuto patrimoniale<sup>749</sup>.

Non può essere casuale, del resto, che l’art. 2 della legge n. 300/1970, dopo aver limitato l’intervento delle guardie giurate ai fatti che attengono alla tutela del patrimonio aziendale (comma 2), avverte la necessità di precisare, al comma 3, il divieto di adibire le stesse alla “*vigilanza sull’attività lavorativa*”. Con lo scopo di chiarire che – ai fini di quella disposizione, assistita da sanzione penale, e quindi non suscettibile di applicazione analogica ad altre fattispecie – il controllo posto a tutela del patrimonio, tendenzialmente esteso al contenuto dell’intera organizzazione, non può comprendere anche l’adempimento della prestazione di lavoro (che, in mancanza di quella specifica previsione, altrimenti, vi rientrerebbe)<sup>750</sup>.

<sup>747</sup> In questo senso anche M. T. SALIMBENI, op. cit., che però nello svolgimento dell’argomentazione non sembra valorizzare adeguatamente il fatto che tra le finalità di controllo oggi consentite vi è anche quella della tutela del patrimonio aziendale.

<sup>748</sup> È una conseguenza del fatto che nella nuova norma le finalità legislativamente tipizzate, in coerenza con i meccanismi del Codice *Privacy*, governano l’impiego dell’impianto e ne perimetrano esplicitamente le funzionalità di controllo, piuttosto che limitarsi ad incidere sul solo procedimento di autorizzazione alla installazione.

<sup>749</sup> Assumendo che nel patrimonio confluiscono “elementi che sono considerati necessari e sufficienti e comunque essenziali perché l’entità composita di cui si ragiona possa esistere”, V. M. TRIMARCHI, *Patrimonio (nozione)*, in *Enc. Dir.*, vol. XXXII, Milano, 1982, pag. 273.

<sup>750</sup> Adempimento che l’imprenditore, come noto, può controllare mediante il personale di vigilanza (art. 3, legge n. 300 del 1970).

Ne deriva che in linea teorica il controllo sul lavoro può assumere una dimensione diversa rispetto alla sua classica dimensione di controllo meramente preterintenzionale e potrebbe giustificare, esso stesso, almeno in teoria, l'installazione e l'utilizzo dell'impianto<sup>751</sup>. Bene inteso, sempre ricordando che le informazioni raccolte potranno essere utilizzate ai fini del rapporto di lavoro solo nel rispetto di quanto previsto dall'art. 4, comma 3, e sempre ammesso che l'atto di autorizzazione dell'impianto (negoziale o amministrativo) non contenga, al suo interno, limiti specifici per ciò che attiene questa specifica modalità di utilizzo<sup>752</sup>.

D'altro canto va però detto che il riferimento al patrimonio aziendale tende anche a ricondurre nel primo comma dell'art. 4 dello Statuto i controlli cosiddetti difensivi che la giurisprudenza ha, sino ad ora, sempre legittimato proprio con riferimento a questa specifica finalità. Un controllo, quello difensivo, escluso in passato dal campo di applicazione dell'art. 4 dello Statuto proprio perché esercitato a tutela del patrimonio aziendale, se pur con riferimento a comportamenti del lavoratore qualificabili come illeciti extracontrattuali (e non inadempimenti contrattuali)<sup>753</sup>.

Ciò con la conseguenza, potenzialmente assai restrittiva, che il furto del dipendente potrebbe essere validamente tracciato dal sistema di video sorveglianza, e utilizzato ai fini disciplinari, esclusivamente se effettuato tramite un impianto di controllo a distanza preventivamente autorizzato anche per esigenze di tutela del patrimonio aziendale<sup>754</sup>.

### 5. La necessaria ridefinizione del concetto di controllo difensivo.

È chiaro che la conseguenza di una siffatta conclusione, che a chi scrive appare pienamente giustificata dal tenore letterale della legge, sarebbe abnorme per l'eccessiva limitazione che introdurrebbe ai poteri di controllo del datore di lavoro. E ciò mi induce pertanto a sostenere con convinzione e senza indugi lo sforzo interpretativo di chi, con efficace argomentazione, propone un immediato aggiornamento della nozione giurisprudenziale di controllo difensivo<sup>755</sup>.

<sup>751</sup> In senso contrario A. MARESCA, op. cit.; V. MAIO, op. cit., pag. 1190, che a sostegno della persistente vigenza di un divieto di controllo diretto sull'attività lavorativa non manca di citare riferimenti costituzionali (art. 41, comma 2, Cost.) e fonti sovranazionali (Direttiva 95/46/CE; artt. 7 e 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea). Mi permetto, al riguardo, di evidenziare alcune perplessità. In primo luogo, come esposto nel testo, non v'è ragione per non ricomprendere nelle esigenze di tutela del patrimonio aziendale anche l'esigenza di accertare il corretto adempimento della prestazione di lavoro. In secondo luogo, per ciò che attiene al temperamento, resta comunque da dire che gli impianti di cui al comma 1 dell'art. 4 devono essere autorizzati in via negoziale o amministrativa e, soprattutto, che il trattamento dei dati lecitamente raccolti viene ora assorbito ai sensi dell'art. 4, comma 3, dello Statuto, nella disciplina del Codice *Privacy* il cui scopo resta pur sempre quello di garantire i diritti fondamentali della persona.

<sup>752</sup> Circostanza che potrebbe verificarsi nel caso in cui l'autorizzazione sia concessa per finalità diverse da quella della tutela del patrimonio azienda o sia rilasciata per la tutela del patrimonio aziendale con restrizioni di utilizzo ai fini disciplinari.

<sup>753</sup> A favore di questa interpretazione restrittiva che ritiene assorbiti nell'art. 4, comma 1, dello Statuto i controlli difensivi, R. DEL PUNTA, op. cit.

<sup>754</sup> In questo senso, anche V. MAIO, op. cit., pag. 1195.

<sup>755</sup> V. MAIO, op. cit., pag. 1200 per il quale, richiamando la nozione di legittima difesa nei rapporti inter privati (art. 2044 c.c. e art. 52 c.p.), il controllo difensivo estraneo al campo di applicazione dell'art. 4 dello Statuto dovrebbe essere quello "occasionato dalla necessità eccezionale, non dilazionabile nel tempo e non realizzabile altrimenti, di fronteggiare comportamenti del lavoratore che sono qualificabili come illecito" e che "integrano atti di aggressione contro il patrimonio altrui". In ciò, dunque, escludendo che la nozione aggiornata di controllo difensivo assuma rilevanza in conseguenza di un'esigenza di tutela del patrimonio aziendale, perché la nozione proposta dall'Autore è tutta incentrata sul comportamento illecito del dipendente. Opzione interpretativa a mio avviso da condividere, se pur necessari di un ulteriore sforzo per meglio qualificare da un punto di vista giuridico il comportamento che giustifica questo tipo di controllo.

Un controllo che dovrebbe essere considerato legittimo, anche in mancanza di autorizzazione negoziale o amministrativa, se effettuato mediante impianti il cui utilizzo è proporzionalmente orientato a scongiurare il rischio concreto di comportamenti del lavoratore di rilevanza penale posti in essere in occasione dello svolgimento della prestazione lavorativa.

Dove il requisito della proporzionalità sta ad indicare che il controllo può essere esclusivamente finalizzato ad accertare lo stato dei fatti a fronte del concreto sospetto di un comportamento illecito<sup>756</sup>, per il tempo a ciò strettamente necessario<sup>757</sup>, e quello della rilevanza penale tende invece a fare definitiva chiarezza sul labile confine che la giurisprudenza va delineando tra l'illecito contrattuale ed l'illecito extra contrattuale. Un confine eccessivamente esposto alla discrezionalità del Giudice per la banale considerazione che un illecito extra contrattuale posto in essere in occasione dello svolgimento del lavoro è pur sempre, allo stesso tempo, anche un illecito contrattuale e, cioè, un inadempimento degli obblighi assunti dal lavoratore con la stipulazione del contratto.

Del resto è proprio la rilevanza penale della condotta posta in essere dal dipendente - si pensi, per fare qualche esempio: al furto (art. 624 c.p.), alla truffa (art. 640 c.p.), al danneggiamento (635 c.p.), alla rissa (art. 588 c.p.); alle lesioni personali dolose (art. 582 c.p.); lesioni personale colpose (art. 590 c.p.) - che può agevolare, con una certa oggettività, la codificazione giurisprudenziale di una nuova tipologia di controlli a distanza difensivi che - facendo leva sulla peculiare rilevanza (penale) antigiuridica del comportamento controllato, più che sull'esigenza di tutela del patrimoni aziendale<sup>758</sup> - esulano dal campo di applicazione dell'art. 4 della legge n. 300/1970<sup>759</sup>.

## 6. I controlli effettuati in adempimento di obblighi di legge.

Al pari dei controlli difensivi sembrano esclusi dal campo di applicazione dell'art. 4, comma 1, dello Statuto anche quei particolari strumenti di controllo che sono diretta conseguenza di obblighi di legge. Ciò, quanto meno, nel caso in cui l'imprenditore non abbia un margine di discrezionalità nella scelta delle modalità di adempimento dell'obbligo in questione e sia pertanto oggettivamente necessitato ad adeguarsi al precetto normativo facendo ricorso ad uno strumento di controllo a distanza<sup>760</sup>.

Ma se l'adempimento di un obbligo legittima l'installazione dell'impianto in virtù di una prescrizione speciale che prevale sull'art. 4, comma 1, dello Statuto, rendendo superflua l'autorizzazione ivi prevista, c'è anche da dire che il trattamento dei dati acquisiti non potrà che restare rigidamente circoscritto alla finalità specifica perseguita dalla legge speciale che lo impone e, trattandosi di scopi diversi da quelli connessi al rapporto di lavoro, interamente assoggettato al Codice

<sup>756</sup> Anche in ragione del sospetto della sua esistenza o della mera ipotesi che illeciti siano in corso di esecuzione, come affermato da Cass. n. 3590/2011; n. 13789/2011; n. 12586/2011.

<sup>757</sup> In questo senso, con maggiori dettagli, si veda V. MAIO, op. cit.

<sup>758</sup> V. MAIO, op. cit.

<sup>759</sup> Per V. MAIO, op. cit., invece, questo tipo di controllo difensivo riguarderebbe gli illeciti extra contrattuali, ma anche comportamenti che possano integrare notevolissimi inadempimenti.

<sup>760</sup> Si pensi, solo per fare un esempio, al settore dell'autotrasporto ed alle misure di sicurezza imposte dal codice della strada per tracciare l'andamento del mezzo mediante l'installazione di cronotachigrafi con le caratteristiche e modalità di impiego definite dal Regolamento CEE n. 3821/85, poi sostituito dal Regolamento n. 165 del 2014 (art. 179 del d.lgs. n. 285/1992 "*Cronotachigrafo e limitatore di velocità*"). Ma in senso contrario, R. DEL PUNTA, op. cit.

*Privacy* (che, non a caso, esclude la necessità del consenso del lavoratore quando il trattamento è necessario per adempiere un obbligo di legge, art. 24, comma 1, lett. a), almeno per la parte in cui non sia sostituito da una normativa speciale di riferimento (come, ad esempio, il Reg. CEE n. 165/2014 in materia di tachigrafi digitali, che precisa finalità e modalità del trattamento dei dati)<sup>761</sup>.

Con la conseguenza, a ben vedere, che – salva l'ipotesi che lo strumento di controllo sia autorizzato ai sensi dell'art. 4, comma 1, o sia qualificabile come strumento di lavoro ai sensi dell'art. 4, comma 2 – sarà precluso l'utilizzo dei dati per finalità connesse al rapporto di lavoro.

## 7. Strumenti di lavoro e applicativi informatici.

Ben diverso, e assai più semplice, è il regime destinato agli strumenti di lavoro ed ai sistemi di registrazione di accessi e presenze (art. 4, comma 2) per i quali il legislatore non richiede autorizzazione all'installazione, né delimita le finalità del controllo, sul presupposto – come detto - che si tratti di apparati necessari all'organizzazione del lavoro (vedi *supra* al n. 3.3).

Il problema, per questi strumenti, è più che altro di tipo qualificatorio ed il criterio di classificazione proposto (vedi *supra* ai nn. 3 e ss.) richiede indubbiamente uno sforzo di specificazione argomentativa se prendiamo in considerazione gli innumerevoli strumenti informatici che, ormai, accompagnano ogni tipo di processo lavorativo.

Ed infatti, pur dovendo dare atto che nel settore informatico emerge spesso un'inestricabile integrazione di una pluralità di "strumenti", un approccio analitico alla questione, e soprattutto il più possibile rispettoso della *ratio* dell'art. 4 della legge n. 300 del 1970, induce a premettere che i prodotti *software* devono necessariamente essere considerati autonomamente rispetto ai loro contenitori *hardware* e, soprattutto, nella loro oggettiva individualità tecnica. Cioè tenuto conto delle funzionalità proprie ed inscindibili di ciascun singolo applicativo informatico per il quale si pone un problema di classificazione come "strumento di controllo" (art. 4, comma 1) o "strumento di lavoro" (art. 4, comma 2).

### 7.1. Segue: *hardware* e *software*.

Quanto al rapporto tra *hardware* e *software* sembra chiaro che un conto è lo strumento di lavoro *computer*, *tablet* o *smartphone* e, ben altra, cosa sono gli applicativi informatici su di essi installati. Anch'essi, se in grado di esprimere una funzionalità di controllo dell'attività, destinati ad essere autonomamente qualificati come "strumenti di controllo" o "strumenti di lavoro".

A ragionare diversamente, del resto, l'ambito di applicazione dell'art. 4, comma 2, dello Statuto assumerebbe una dilatazione eccessiva e difficilmente governabile<sup>762</sup>, perché l'attribuzione al dipendente di un *computer*, che certamente è uno strumento di lavoro, finirebbe per legittimare

<sup>761</sup> Affermazione, questa, che dovrebbe anche rassicurare chi, pur dando atto dell'esistenza di un obbligo di legge, ritiene che lo strumento di controllo (nel caso di specie, il cronotachigrafo) dovrebbe comunque essere autorizzato ai sensi dell'art. 4, comma 1, come R. DEL PUNTA, op. cit. Ciò anche tenuto conto che, a seguire questa interpretazione così restrittiva, si dovrebbe ammettere che il sindacato, o il ministero del lavoro, hanno addirittura il potere di condizionare l'avvio stesso dell'attività imprenditoriale, potendo rifiutare l'autorizzazione all'installazione di un impianto che, per legge, condiziona la legittima intrapresa di essa.

<sup>762</sup> Che, in fin dei conti, porterebbe a svuotare di senso lo stesso comma 1 dell'art. 4 dello Statuto, come correttamente evidenziato da R. DEL PUNTA, op. cit.

un utilizzo indiscriminato di ogni sorta di *software* di controllo, sempre al di fuori delle garanzie poste dall'art. 4, comma 1, dello Statuto<sup>763</sup>.

## 7.2. Segue: *software* e sistemi digitali complessi.

Fatta questa fondamentale premessa è dunque evidente che gli applicativi informatici di ciascuna rete digitale producono informazioni che il datore registra (cosiddetti *log*<sup>764</sup>) e, quindi, si prestano ad essere qualificati sia come strumento di controllo, se il lavoratore è soggetto meramente passivo del controllo che essi consentono, che come strumento di lavoro, se invece il lavoratore li utilizza attivamente nell'esecuzione della prestazione (si rinvia ai nn. 3 e ss. che precedono).

Il problema, piuttosto, è quello di capire come condurre il ragionamento qualificatorio quando il *software* è parte di una rete digitale complessa nella quale convivono anche centinaia di applicativi - dotati, ciascuno, di proprie funzionalità - destinati anche ad interagire gli uni con gli altri.

Se il *software* A utilizzato dal dipendente per la gestione della contabilità non produce *log* (e quindi non consente il tracciamento dell'attività del dipendente) senza l'installazione del software B, che soddisfa esclusivamente una funzione di controllo senza avere alcuna interfaccia con la persona che lavora, bisognerebbe concludere che il software A è uno strumento di lavoro ma che il controllo effettuato tramite il software B richiede l'autorizzazione di cui al comma 1 dell'art. 4 dello Statuto. Ciò sebbene A e B siano installati sul medesimo apparato *hardware*<sup>765</sup>.

Si tratta di un approccio qualificatorio che postula inevitabilmente accertamenti tecnici, talvolta anche complessi, sulle funzionalità del *software* di volta in volta preso in considerazione: sulla sua natura inscindibile o meno e, in estrema sintesi, sulla sua capacità tecnica di produrre *log*. Giacché qualunque programma utilizzato dal dipendente nello svolgimento della prestazione potrà essere qualificato come uno strumento di lavoro, e consentire il tracciamento dei dati, se questa seconda funzione, che poi è quella che determina il trattamento di dati personali e quindi anche la potenzialità del controllo, sia il prodotto di una caratteristica intrinseca del *software* medesimo e non, come nell'esempio sopra esposto, l'effetto tecnico di un applicativo aggiuntivo.

È il *software* utilizzato dal lavoratore per rendere la prestazione che deve produrre i *log*, non un ulteriore applicativo a ciò deputato. Ipotesi interpretativa, quest'ultima, che da un punto di vista giuridico rafforza il senso dell'informativa prevista dall'art. 4, comma 3, dello Statuto (vedi *infra*

<sup>763</sup> R. DEL PUNTA, op. cit. In senso contrario, V. MAIO, op. cit., per il quale tutto ciò sarebbe adeguatamente compensato dalla consapevolezza che il lavoratore acquisisce mediante l'informativa dell'art. 4, comma 3, dello Statuto.

<sup>764</sup> *Log* è un termine comunemente usato nell'informatica, specie in ambito sistemistico, con diversi significati. Il *log* (o *log-file* o *file-log*) è un file nel quale vengono registrate le operazioni che l'utente compie durante la sessione di lavoro ad un *database* o ad altri programmi. In altri termini, si tratta di documenti che risiedono nei *server* e nei quali, ad ogni collegamento, vengono inseriti informazioni relative alla visita dell'utente (IP *address*, data, ora, pagina richiesta ecc.). Alla luce di tale definizione, è facile comprendere come i *file* di *log*, sebbene in sé non costituiscano dato personale, possano, tuttavia, contenere dati sottoposti a tutela di riservatezza, e ciò in quanto tali dati potrebbero, anche indirettamente, condurre all'identificazione dei singoli utenti e della loro attività.

<sup>765</sup> In senso contrario V. MAIO, op. cit., che invece tende a dare una nozione unitaria e piuttosto ampia di strumento di lavoro che finisce per ricomprendere, senza distinzioni, tutte le funzionalità disponibili sul medesimo apparato *hardware*. L'Autore contesta dunque la distinzione, che lui stesso ricostruisce, tra "funzione prestazione" e "funzione di controllo" dello strumento. Ma a seguire il suo ragionamento si finisce, per un verso, per offrire una nozione dilatata di strumento di lavoro che assorbe gran parte del campo di applicazione dell'art. 4, comma 1, e, soprattutto, per trascurare che è strumento solo ciò che viene utilizzato dal lavoratore, come dice la legge, per rendere la prestazione di lavoro.

al n. 11), il cui scopo è proprio quello di consentire al lavoratore di conoscere le funzionalità essenziali dello strumento di lavoro che usa e, in particolare, di essere consapevole del fatto che quell'applicativo che maneggia per ragioni di servizio produce *log* che verranno trattati dal datore di lavoro<sup>766</sup>.

Un caso interessante che si può a tal riguardo considerare è, probabilmente, quello del sistema *software* utilizzato nei *call center* per consentire ai dipendenti di gestire le telefonate in ingresso o uscita (cosiddetta "barra telefonica"). Uno strumento di lavoro digitale che per i tecnici del settore si compone inscindibilmente dell'interfaccia gestita dal lavoratore (il telefono virtuale) e delle funzionalità che tracciano e registrano i dettagli dell'attività lavorativa. Se il *software* è inscindibile, e consente il tracciamento dei dati senza ulteriori applicativi, è ragionevole affermare, per le considerazioni sopra esposte, che si ricada nel campo di applicazione dell'art. 4, comma 2. Ond'è che l'utilizzo dei dati tramite di esso tracciati sarà consentito solo nel rispetto dell'art. 4, comma 3, dello statuto<sup>767</sup>.

### 7.3. Gli strumenti di lavoro per uso promiscuo.

Altro profilo di indagine tutt'altro che trascurabile è quello che riguarda gli strumenti di lavoro che il dipendente è autorizzato ad utilizzare anche nella propria sfera strettamente privata (ad esempio, telefono per uso promiscuo) e, cioè, per ragioni del tutto estranee alla sfera dell'adempimento della prestazione di lavoro. In tale evenienza appare infatti evidente che lo strumento legittimamente utilizzato per esigenze extra lavorative non può, in alcun modo, consentire un tracciamento dei dati né, tanto meno, la loro utilizzabilità ai fini connessi al rapporto di lavoro. Si tratterà, piuttosto, di individuare protocolli tecnologici – di cui in verità già si può constatare l'esistenza - in grado di rimarcare la distinzione della sfera personale e professionale di utilizzazione di un determinato strumento o, forse troppo semplicisticamente, di precluderne l'utilizzo privato.

## 8. I sistemi di controllo di accessi e presenze.

È invece meno problematico delineare quella ulteriore *species* di strumenti di controllo - anch'essi ricompresi nell'art. 4, comma 2, al pari degli strumenti di lavoro – che si identifica negli strumenti di registrazione di accessi e presenze.

Questa categoria di strumenti potrà essere utilizzata, senza preventiva autorizzazione alla installazione, non solo (come in passato) per registrare l'inizio e la fine della giornata lavorativa<sup>768</sup> ma

<sup>766</sup> Da un punto di vista pratico è anche possibile che tale approccio interpretativo indurrà i datori di lavoro a farsi certificare dai fornitori di prodotti informatici l'inscindibilità del programma acquistato (e dato in uso ai lavoratori) e delle funzionalità (anche di controllo) che esso può esprimere, senza necessità di integrazione con ulteriori prodotti.

<sup>767</sup> Diversamente R. DEL PUNTA, op. cit., ma, sembra di capire, sul presupposto che le informazioni vengano registrate da apparato aggiuntivo rispetto a quello utilizzato per rendere la prestazione. Ond'è che, se così fosse, ci troveremo in perfetto accordo perchè, a ben vedere, arriveremo entrambi alla medesima conclusione.

<sup>768</sup> Questione che, in passato, non aveva mancato di evidenziare rilevanti problematiche applicative dell'art. 4 della legge n. 300 del 1970 giacchè parte della giurisprudenza di merito qualificava l'utilizzo del *badge* per l'accesso e l'uscita dal luogo di lavoro come strumento di controllo a distanza (Trib. Napoli 29 settembre 2010, in Riv. It. Dir. Lav., 2011, II, pag. 31 (In senso contrario, però, Trib. Milano 26 marzo 1994, in Orient. Giur. Lav., 1994, pag. 23). Incertezze, per il vero, poi alimentate anche da parte della giurisprudenza della Suprema Corte (Cass. n. 15892/2007). La chiarezza del tenore letterale della nuova disposizione non rende necessario, a mio avviso, ricostruire nella presente nota i termini puntuali di quegli orientamenti, oramai superati, che oscillavano da una estrema (e per certi versi incomprensibile) rigidità (il controllo in ingresso e uscita è un controllo a distanza sull'attività di lavoro) ad un più ragionevole e convincente bilanciamento degli interessi coinvolti (il controllo in ingresso e uscita non è controllo a distanza, perchè peraltro

anche gli eventuali spostamenti del lavoratore effettuati all'interno dell'orario e dell'ambiente di lavoro<sup>769</sup>.

Spetterà solo al datore di lavoro la decisione sulle modalità di utilizzo di tali sistemi, essendo impensabile che si possa sindacare nel merito la determinazione dell'impresa di individuare aree aziendali riservate cui si accede mediante preventiva registrazione o, per altro verso, di prescrivere che il *badge* (o altro strumento di registrazione) debba essere utilizzato durante l'orario di lavoro, ad esempio, per spostarsi da una palazzina all'altra o per accedere ad un piano diverso da quello in cui il dipendente normalmente opera.

Semmai resta da chiarire che non v'è ragione per circoscrivere il concetto di accesso alla sola ipotesi di accesso in un ambiente fisico, con la conseguenza che anche gli accessi digitali alle reti informatiche sembrano rientrare in questa casistica, e che le modalità tecniche di registrazione di accessi e presenze potranno assumere contenuti variabili che possono implicare – ad esempio – anche l'utilizzo, nel rispetto delle prescrizioni del Garante, di dati biometrici<sup>770</sup>.

Ciò che invece sembra difficile fare rientrare in questa tipologia di controlli sono gli impianti che non si limitano a registrare l'accesso o la presenza del lavoratore in una determinata area (fisica o digitale che sia, non importa) ma che, piuttosto, tendono a monitorare costantemente gli spostamenti del dipendente. In tal caso, infatti, la registrazione non attiene esclusivamente al dato dell'accesso o della presenza perché si estende al costante divenire, anche nell'ambito del medesimo ambiente, del comportamento del lavoratore<sup>771</sup>.

## 9. Il trattamento dei dati ai fini della gestione del rapporto di lavoro.

Le regole sin qui prese in considerazione sono quelle che legittimano l'utilizzo dello strumento di controllo e, quindi, la registrazione delle informazioni. Su tutt'altro piano si collocano le regole che invece governano il successivo trattamento di quei dati (art. 4, comma 3, della legge n. 300 del 1970).

Superando ogni diversa previsione contenuta nel d.lgs. n. 196 del 2003 la disposizione statutaria, richiamata dal medesimo Codice *Privacy* (art. 114), consente che le informazioni raccolte siano

non riguarda l'attività lavorativa, ma lo sono i controlli intermedi che consentono di tracciare gli spostamenti del lavoratore nell'ambiente di lavoro).

<sup>769</sup> In senso diverso, M. T. SALIMBENI, op. cit., per la quale il legislatore farebbe esclusivamente riferimento ai sistemi di controllo di ingresso e uscita dall'azienda necessari, in sostanza, per controllare il rispetto dell'orario di lavoro. Interpretazione restrittiva, quest'ultima, che sembra a chi scrive del tutto priva di riscontro normativo e che, peraltro, nulla aggiungerebbe rispetto a quanto già avveniva nella vigenza della vecchia formulazione dell'art. 4 dello Statuto.

<sup>770</sup> Con il Provvedimento Generale in tema di biometria del 12 novembre 2014, n. 513 (doc. web. n. 3556992), il Garante della *Privacy* ha adottato le Linee guida in materia di riconoscimento biometrico e firma grafometrica che delimitano i dati biometrici utilizzabili (ad esempio, impronte digitali e voce) e fissano regole di trattamento sia per l'accesso a sistemi informatici che ad aree fisiche riservate. In tema di dati biometrici si veda S. GIOTTO, *Trattamento dei dati biometrici e dignità della persona*, in *Nuova Giurisprudenza civile*, n. 3, 2012, 248; M. PULICE, *Sistemi di rilevazione dei dati biometrici e privacy*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, n. 10, 2009, pag. 994.

<sup>771</sup> Nello stesso senso è intervenuta la Raccomandazione del Consiglio d'Europa *CM/Rec(2015)5* in materia di elaborazione e trattamento dei dati nel contesto lavorativo. Al punto 16.1 si legge "*Equipment revealing employees' location should be introduced only if it proves necessary to achieve the legitimate purpose pursued by employers and their use should not lead to continuous monitoring of employees*". Più in generale si veda A. SITZIA, *I controlli a distanza dopo il "Jobs Act" e la Raccomandazione R(2015)5 del Consiglio d'Europa*, in *Il Lavoro nella giurisprudenza*, 2015, fasc. 7.

utilizzate a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro. Ma l'utilizzabilità del dato richiede che sia data al lavoratore adeguata informazione delle modalità d'uso degli strumenti e di effettuazione dei controlli e che l'intera operazione avvenga nel rispetto di quanto previsto dal d.lgs. n. 196 del 2003. Si tratta di vincoli applicabili a tutti gli strumenti di controllo, a prescindere dal fatto che siano o meno anche strumenti di lavoro.

#### 10. L'art. 4 dello Statuto e il rinvio al Codice *Privacy*.

In primo luogo si pone il problema di sapere cosa implica il rinvio al d.lgs. n. 196 del 2003, tenuto conto che i principi fondamentali del trattamento dei dati sono quelli della necessità, finalità, trasparenza, accesso, sicurezza, proporzionalità, accuratezza, conservazione per il giusto tempo (vedi *supra* al n. 1.1).

Se il riferimento a quella disciplina sembra anzitutto richiamare anche il potere regolamentare del Garante della *Privacy*, ond'è che il trattamento dei dati dovrà necessariamente tenere conto dei provvedimenti che verranno emessi in materia<sup>772</sup>, una precisazione da fare è che il d.lgs. 196 del 2003 è applicabile nella misura in cui non sia espressamente derogato dal medesimo art. 4 dello Statuto, destinato a prevalere anche in ragione della sua natura di norma speciale che disciplina la tutela della riservatezza di un soggetto "interessato" qualificato (qual è il lavoratore subordinato) rispetto ad uno strumento di trattamento del dato altrettanto tipizzato (qual è lo "strumento di controllo a distanza").

La questione è di grande importanza perché sta a significare che l'esplicita autorizzazione legislativa al trattamento dei dati rilevati mediante strumenti di controllo per "*tutti i fini connessi al rapporto di lavoro*" (art. 4, comma 3), previo il rispetto dei commi 1 e 2 e fermo l'adempimento dell'obbligo di informativa, supera ogni diversa previsione del Codice *Privacy* in materia di consenso al trattamento e/o di finalità dello stesso.

##### 10.1. Segue: la questione delle finalità del trattamento.

Quanto alla finalità del trattamento sembra infatti chiaro che la generale previsione del Codice *Privacy* per la quale i dati oggetto di trattamento "*sono raccolti e registrati per scopi determinati, espliciti e legittimi, ed utilizzati in altre operazioni del trattamento in termini compatibili con tali scopi*" (art. 11, comma 1, lett. b) è, nel caso di specie, sostituita da una norma più specifica che autorizza esplicitamente trattamento delle informazioni raccolte ad ogni utilizzo connesso al rapporto di lavoro<sup>773</sup>.

Con ciò autorizzando un trattamento dei dati che non richiede alcun intervento valutativo del Garante e che apre prospettive che vanno ben oltre l'esercizio del potere disciplinare e la gestione delle politiche premiali.

<sup>772</sup> V. MAIO, op. cit., pag. 1210. Per una compiuta disamina dei provvedimenti emessi dal Garante in materia si veda L. PERINA, *L'evoluzione della giurisprudenza e dei provvedimenti del garante in materia di protezione dei dati personali dei lavoratori subordinati*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, II.

<sup>773</sup> In questo senso anche A. MARESCA, op. cit.

Basti considerare, del resto, all'impatto che il novellato art. 4 della legge n. 300/1970 può assumere, applicato unitamente all'art. 2103 c.c., nella strutturazione di modelli di mappatura di competenze anche in vista delle progressioni di carriera<sup>774</sup>. Ciò alla luce della possibilità di poter trattare (tramite gli strumenti di lavoro) dati di enorme impatto nella valutazione delle prestazioni di lavoro nell'ambito di percorsi professionali che risulteranno sempre più connotati (per effetto dell'ampliamento dello *ius variandi*) da una notevole rotazione di incarichi, tra l'altro funzionale all'accrescimento di professionalità ed alla individuazione delle mansioni più confacenti alle competenze e propensioni della persona<sup>775</sup>.

#### 10.2. Segue: e del consenso al trattamento dei dati.

Quanto al consenso, invece, pare corretto osservare che la legge condiziona il trattamento dei dati al solo adempimento dell'obbligo di informativa, che è un atto unilaterale che non richiede alcuna manifestazione di consenso da parte dell'interessato<sup>776</sup>, osservato il quale le "*informazioni raccolte ai sensi dei commi 1 e 2 sono utilizzabili*" (art. 4, comma 3).

È un capovolgimento della tradizionale prospettiva del Codice *Privacy* che, all'opposto, qualifica l'informativa come atto preliminare all'eventuale consenso dell'interessato e non (come invece avviene nella disciplina speciale giuslavoristica) quale condizione di legittimità, in sé considerata, del trattamento.

Peculiarità che esclude la necessità di acquisire il consenso del lavoratore e che ben si giustifica se si considera che i dati da trattare sono raccolti tramite strumenti di lavoro (art. 4, comma 2), il cui utilizzo non può certo dipendere da una manifestazione di volontà del lavoratore, o, comunque, tramite strumenti di controllo preventivamente autorizzati dall'accordo collettivo o dal provvedimento amministrativo per finalità legislativamente tipizzate (art. 4, comma 1).

Nell'art. 4, comma 3, della legge n. 300/1970 emerge dunque una regola decisamente speciale rispetto a quella, di portata generale, che richiede il consenso dell'interessato (art. 23 d.lgs. n. 196/2003) con l'eccezione delle ipotesi individuate all'art. 24 del medesimo Codice *Privacy*. Ipotesi, queste ultime, che richiedono una specifica autorizzazione del Garante (art. 24, lettera g) o che, per altro verso, facendo riferimento all'esecuzione di obblighi derivanti dalla legge (art. 24, lettera a) o da un contratto (art. 24, lettera b), non potrebbero da sole legittimare anche l'esercizio di diritti (e non di obblighi) derivanti dal medesimo contratto (compreso il diritto del datore di lavoro di esercitare il potere disciplinare ai sensi dell'art. 2106 c.c.)<sup>777</sup>.

<sup>774</sup> G. COSTA, M. GIANECCHINI, *Risorse Umane. Persone, relazioni e valore*, Milano, 2013.

<sup>775</sup> Pur dovendo dare conto delle possibili problematiche connesse alla profilazione del lavoratore, di cui si è detto (vedi *supra* al n. 2.1), anche se in questo caso, avvenendo il trattamento per finalità connesse al rapporto di lavoro, il consenso non dovrebbe comunque essere necessario (vedi *infra* al n. 10.2).

<sup>776</sup> In questo senso anche A. MARESCA, op. cit. In senso contrario, ritiene invece necessario il consenso del lavoratore A. SITZIA, op. cit. In senso dubitativo M.T. CARINCI, op. cit.

<sup>777</sup> A. SITZIA, op. cit., che, pur evidenziando come la normativa comunitaria escluda la necessità del consenso anche in caso di esercizio di un diritto da parte del titolare (art. 8, par. 2, lett. b, direttiva 95/46CE), conclude nel senso della necessità del consenso proprio richiamando queste disposizioni del Codice *Privacy* senza considerare, però, la specialità della disposizione giuslavoristica nel senso chiarito nel testo. Ben diverso, come detto (vedi *supra* al n. 2.1.), è invece il caso in cui il datore di lavoro intendesse utilizzare i dati raccolti per finalità diverse da quelle connesse al rapporto di lavoro, giacché in tale evenienza è condivisibile ritenere che trovi ordinaria applicazione non solo il principio dello scopo determinato e legittimo, da verificare caso per caso, ma anche la regola del consenso (e, in generale, l'intero Codice *Privacy* senza eccezione alcuna). Occorre comunque evidenziare che il Garante con "Linee guida

### 10.3. I principi del Codice *Privacy* che governano il trattamento dei dati del lavoratore.

Per il resto il Codice *Privacy* sembra destinato ad una piena operatività sia dal punto di vista dei diritti riconosciuti al soggetto “interessato”, che è il lavoratore, che per quanto concerne le modalità del trattamento.

Quanto al primo profilo, giusto per fare qualche esempio, il lavoratore potrà non solo rivendicare il diritto alla protezione dei dati personali che lo riguardano (art. 1)<sup>778</sup> ma anche esercitare tutte le prerogative che la legge gli attribuisce (art. 7)<sup>779</sup> per quanto concerne l'accesso e il pronto riscontro, la trasparenza del trattamento, l'accuratezza del trattamento e la conservazione nel tempo dei dati<sup>780</sup>.

Quanto al trattamento, invece, il datore di lavoro non potrà sottrarsi al principio di necessità (art. 3)<sup>781</sup>, in virtù del quale il trattamento in concreto effettuato deve essere coerente con la specifica finalità perseguita<sup>782</sup> e deve, in via generale, tenuto anche conto del principio di pertinenza e non eccedenza, riguardare dati anonimi e aggregati, salva la necessità di identificare l'interessato<sup>783</sup>.

Ond'è che nella utilizzazione delle informazioni raccolte mediante gli strumenti di controllo il datore sarà normalmente tenuto ad adottare *policies* ispirate alla regola della gradualità dei controlli<sup>784</sup>, potendo di conseguenza disaggregare i dati relativi a gruppi di lavoro - e quindi procedere con un controllo mirato - solo a fronte di elementi di necessità che possono configurarsi, ad esempio, in presenza di una presunta violazione degli obblighi che il dipendente assume con la stipulazione del contratto ovvero, più in generale, per soddisfare altra specifica finalità connessa alla gestione del rapporto di lavoro che postuli, per l'appunto secondo il principio di necessità, l'analisi di dati individuali.

---

in materia di trattamento di dati personali di lavoratori per finalità di gestione del rapporto di lavoro alle dipendenze di datori di lavoro privati” del 23 novembre 2006 ha precisato come il trattamento dei dati del lavoratore “è lecito se finalizzato ad assolvere obblighi derivanti dal contratto individuale di lavoro (ad esempio, per verificare l'esatto adempimento della prestazione...)” (punto 2.2).

<sup>778</sup> Si vedano in tal senso le indicazioni date dal Garante nelle “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” del 23 novembre 2006 punto 8.3, per quanto riguarda la sicurezza dei luoghi ove vengono effettuati i trattamenti, la protezione da indebita conoscenza dei dati da parte di terzi, la tutela del segreto di ufficio, la prevenzione del rischio di accidentale conoscenza da parte di soggetti diversi (anche se dipendenti) da coloro che sono autorizzati al trattamento (cosiddetti incaricati).

<sup>779</sup> Si vedano in tal senso le indicazioni date dal Garante nelle “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” del 23 novembre 2006 punti 9 e ss.

<sup>780</sup> In materia di conservazione dei dati si veda il punto 6.2 delle “Linee guida del Garante per posta elettronica e internet” del 1 marzo 2007.

<sup>781</sup> Con riguardo ai principi generali cui informare il trattamento dei dati del lavoratore si vedano i punti 2.1 e 2.2 delle “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” del 23 novembre 2006.

<sup>782</sup> Ad esempio, in materia di sistemi di localizzazione della vettura il trattamento non dovrebbe riguardare il monitoraggio costante della posizione della vettura, ma la rilevazione della stessa quando ciò sia necessario per la finalità specifica perseguita dal datore di lavoro (Provvedimento Garante sui sistemi di localizzazione dei veicoli nell'ambito del rapporto di lavoro del 4 ottobre 2011). Si pensi al caso in cui il posizionamento della vettura viene rilevato dal datore di lavoro per trasmettere al lavoratore l'incarico da eseguire, secondo un criterio di prossimità alla sua posizione di quel momento.

<sup>783</sup> Ad esempio, come prescritto dal Garante nelle linee guida per la posta elettronica e internet del 1 marzo 2007 (punto 6), per ciò che riguarda il controllo preliminare su dati aggregati e, in caso di riscontro di anomalie, su base individuale.

<sup>784</sup> Si veda in via esemplificativa, ancora, il punto 6.1 delle “Linee guida del Garante per posta elettronica e internet” del 1 marzo 2007.

È interessante notare come l'applicazione di tali principi porti, in fin dei conti, a valorizzare il fine concreto, tra quelli connessi al rapporto di lavoro, perseguito dal datore di lavoro con il trattamento dei dati del lavoratore. Non tanto per effettuare una valutazione di legittimità della finalità, che è già stata compiuta dal legislatore (art. 4, comma 3, dello Statuto). Quanto, piuttosto, per tarare il contenuto e la modalità del trattamento a ciò che rimane strettamente funzionale a quello scopo concreto.

#### 11. L'informativa, tra adempimenti *privacy* e regolamenti aziendali.

L'informativa richiesta dall'art. 4, comma 3, della legge n. 300 del 1970 riguarda le modalità d'uso degli strumenti (non importa se ricadenti nel comma 1 o 2 di quella disposizione) e di effettuazione dei controlli.

Si tratta di adempimenti diversi da quelli richiesti per l'informativa prevista dall'art. 13 del Codice *Privacy*, quanto meno perché più mirati e specifici, pur essendo il caso di rimarcare che quest'ultima disposizione impone comunque di mettere a conoscenza l'interessato dell'esistenza dei controlli e delle "modalità del trattamento cui sono destinati i dati". Tale previsione sembra in qualche modo destinata a sovrapporsi con quanto prescrive l'art. 4 dello Statuto almeno per ciò che concerne la comunicazione delle "modalità di effettuazione dei controlli" che, in fin dei conti, è pur sempre una modalità, se pur qualificata, di trattamento dei dati<sup>785</sup>.

Quanto al contenitore dell'informativa non v'è ragione, a ben vedere, per affermare che la legge fissi dei vincoli specifici. Ne deriva che in via astratta le informazioni richieste potranno indistintamente essere contenute in documenti aziendali autonomi rispetto alla documentazione *privacy* o, per altro verso, totalmente o parzialmente incorporate nell'informativa di cui all'art. 13 del Codice *Privacy*.

In concreto, pur tuttavia, va detto che il contenuto dell'informativa prevista dall'art. 4 dello Statuto presenta delle peculiarità che ne giustificano, anche da un punto di vista formale, un'autonoma valorizzazione. Una conferma, del resto, la si può ricavare dagli stessi provvedimenti del Garante<sup>786</sup>.

La comunicazione relativa alle modalità d'uso degli strumenti, ad esempio, ha un'impronta più strettamente giuslavoristica perché riconducibile ad una manifestazione del potere direttivo del datore di lavoro. Ne deriva che questo tipo di informazioni si presta, coerentemente, ad essere contenuta in *policies* aziendali destinate a disciplinare le modalità di uso di categorie omogenee di strumenti di controllo (video sorveglianza, apparati ICT, sistemi registrazioni accessi e presenze, ecc.).

Per ciò che invece concerne le modalità di effettuazione dei controlli è credibile che l'informativa prenda corpo in documenti separati, se pur destinati ad integrarsi vicendevolmente. Ciò in quanto l'informativa *privacy* resa ai sensi dell'art. 13 del d.lgs. n. 196/2003 tenderà ad esplicitare i principi generali del trattamento dei dati (ad esempio: necessità, accuratezza, tempo di registrazione dei

<sup>785</sup> Interessante notare che nelle Linee guida per posta elettronica e internet del 10 marzo 2007 il Garante ha prescritto ai datori di lavoro, ai sensi dell'art. 154, comma 1, let. c), di "indicare le modalità d'uso degli strumenti messi a disposizione e se, in che misura e con quali modalità vengano effettuati controlli".

<sup>786</sup> Mi riferisco alle Linee guida su internet e posta elettronica del 2007 ove il Garante (punto 3.2.) invita i datori di lavoro ad adottare un "disciplinare interno" da rendere noto ai lavoratori con le medesime modalità previste dall'art. 7 dello Statuto.

dati, accesso), prestandosi poi ad essere integrata, nelle *policies* aziendali, dalle più specifiche indicazioni richieste dalle peculiarità di ogni categoria di strumenti di controllo.

Quanto al contenuto, invece, appare inevitabile che l'informativa per soddisfare i requisiti di legge debba riguardare tutti gli strumenti di controllo (anche se strumenti di lavoro), con indicazione individualizzata delle loro funzionalità essenziali, delle modalità d'uso e dell'esistenza di un tracciamento di dati che il datore di lavoro si riserva di utilizzare a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro.

È però plausibile che per quanto concerne le "modalità d'uso" il contenuto dell'informativa sia destinato ad essere diversificato a seconda che si considerino gli strumenti di controllo o, per altro verso, gli strumenti di lavoro. Nel primo caso, infatti, l'informativa tenderà ad illustrare l'utilizzo che dello strumento si riserva di fare il datore di lavoro (nel rispetto, ovviamente, dell'accordo collettivo o del provvedimento di autorizzazione. Si pensi agli orari e agli angoli di visualizzazione dell'impianto di video sorveglianza). Per gli strumenti di lavoro, invece, l'informativa conterrà le prescrizioni cui il lavoratore si dovrà attenere nello svolgimento della prestazione (si pensi, ad esempio, all'eventuale divieto di utilizzo della mail aziendali per attività personali).

L'informativa, a prescindere dal contenitore prescelto, dovrà essere portata a conoscenza dei lavoratori. Vi sono opinioni divergenti sulla necessità che il lavoratore dia conferma individuale dell'avvenuta ricezione dell'informativa<sup>787</sup> o se, per altro verso, sia sufficiente anche una comunicazione generalizzata<sup>788</sup>. Riterrei sufficiente anche questa seconda modalità di comunicazione, a condizione che il lavoratore sia avvisato del rilascio dell'informativa e che la relativa documentazione (digitale o meno) sia accessibile. Ciò in quanto è specifico obbligo del lavoratore aggiornarsi sulla evoluzione dei regolamenti aziendali che, per contratto, deve osservare nello svolgimento delle sue mansioni (art. 2094 c.c.; art. 2104 c.c.).

---

<sup>787</sup> A. MARESCA, op. cit.

<sup>788</sup> R. DEL PUNTA, op. cit.

## La riforma dell'apprendistato: rapporto con il contratto a tutele crescenti e "riordino" delle fonti di regolazione\*

Vincenzo Luciani

1. L'apprendistato tra le tipologie contrattuali flessibili.	313
2. Il rapporto con il contratto a tutele crescenti: questioni di diritto transitorio.	314
3. Segue: le conseguenze sanzionatorie in caso di recesso illegittimo.	316
4. Il sistema delle fonti di regolazione dell'apprendistato dopo il d.lgs. 81/2015.	319
5. Segue. Il ricorso all'apprendistato senza l'apporto delle regioni.	323
6. Il baricentro "dinamico" nella regolazione della formazione.	325

---

\* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 301/2016

## 1. L'apprendistato tra le tipologie contrattuali flessibili.

Al giurista che si misura nello studio dell'apprendistato si richiede una ricostruzione organica e sistematica dell'istituto, al fine di fornire una rigorosa e chiara chiave di lettura della disciplina, in un ambito caratterizzato dal concorso di una pluralità di fonti di regolazione: costituzione, legge statale, legge regionale, regolamenti, fonte negoziale (contratti collettivi e accordi stipulati in sede di conferenza permanente Stato- regione)<sup>789</sup>.

Proprio la partecipazione di una pluralità di soggetti, tutti legittimati a contribuire alla regolazione dell'istituto, è la ragione principale che ha finora impedito all'apprendistato di fuoriuscire dalla nicchia di una percentuale di utilizzo complessivamente scarna, assolutamente marginale per i modelli appartenenti al cd. sistema duale<sup>790</sup>.

Le recenti trasformazioni della legislazione del lavoro – che punta ad affidare un ruolo egemone al contratto a tutele crescenti (d'ora innanzi *catuc*) – non forniscono certo elementi per ipotizzare un'inversione di tendenza, quantomeno imminente<sup>791</sup>.

In questo quadro sorge legittimamente il dubbio se, sul piano della politica del diritto, sia ancora ragionevole puntare sull'apprendistato come normale via d'accesso dei giovani nel mondo del lavoro<sup>792</sup>, anche considerando le capacità attrattive dei due principali tipi flessibili, contratto ter-

<sup>789</sup> La letteratura in tema di apprendistato è ampia: tra i principali F. CARINCI, *E tu lavorerai come apprendista (l'apprendistato da contratto "speciale" a contratto "quasi-unico")*, Padova, 2012; S. CIUCCIOVINO, *Apprendimento e tutela del lavoro*, Torino, 2008; M. D'ONGHIA, *Il testo unico sull'apprendistato*, in RGL, 2012, 211 ss.; D. GAROFALO, *Formazione e lavoro tra diritto e contratto*, Cacucci, 2004; Id., *L'apprendistato nel decreto legislativo n. 81/2015 (artt. 41-47)*, in F. CARINCI (a cura di), *Commento al d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo jus variandi*, in *Adapt Labour Studie*, n. 48, [www.adaptland.it](http://www.adaptland.it), 2015, 241 ss.; P.M. MONDA, *Il contratto di apprendistato*, in M. CINELLI – G. FERRARO – O. MAZZOTTA (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro*, Giappichelli, 2013, 91 ss.; P. OLIVELLI, *Il contratto di apprendistato*, in M. PERSIANI (a cura di), *I nuovi contratti di lavoro*, Torino, 2010, 441 ss.; A. LOFFREDO, *Diritto alla formazione e lavoro. Realtà e retorica*, Bari, 2012, spec. 111 ss.; Id., *La riforma dell'apprendistato: una storia infinita*, in G. ZILIO GRANDI – M. BISIA (a cura di), *Commentario breve alla riforma "Jobs Act"*, Cedam, 2016, 35 ss.; P. BELLOCCHI, *Apprendistato*, in M. PEDRAZZOLI (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro*, Bologna, 2004, 537 ss.; M. DELFINO, *Giovani e formazione nelle normative europee: l'apprendistato*, in WP C.S.D.L.E. M. D'Antona.IT, n. 9072012; M. TIRABOSCHI (a cura di), *Il testo unico dell'apprendistato e le nuove regole sui tirocini*, Giuffrè, 2011; M. RUSCIANO, *Riflessioni sui contratti di apprendistato e di inserimento professionale nel decreto legislativo 276 del 2003*, in DLM, 2004, 257 ss.; S. FAGNONI – P.A. VARESI, *Apprendistato: il nuovo quadro normativo dopo il testo unico ed i più recenti interventi legislativi*, in DRI, 2015, 155 ss.; Id., *I contratti di apprendistato e la loro ulteriore differenziazione (artt. 41-47 d.lgs. 81/2015 e art. 32 d.lgs. 150/2015)*, in M. MAGNANI, A. PANDOLFO E P.A. VARESI (a cura di), *I contratti di lavoro*, Giappichelli, 2016, 185 ss.; M.A. CARBONE, L. CAROLLO, S. DONÀ, D. FARGNOLI, I. RYZHA, C. SERRAPICA, *Il contratto di apprendistato nel d.lgs. 81/2015*, in WP C.S.D.L.E. M. D'Antona.IT, 285/2015. Sia consentito rinviare anche a V. LUCIANI, *Apprendistato (voce)*, in ED, *Annali*, 2016.

<sup>790</sup> V. XV Rapporto ISFOL-INPS sull'apprendistato in Italia (2015), secondo cui, complessivamente gli assunti con tale contratto, nella fascia d'età 15/29 anni, sono pari al 15/16%; il modello professionalizzante è quello utilizzato nel 91% delle assunzioni con apprendistato. Occorre peraltro segnalare alcune virtuose eccezioni, tra le quali spicca l'attuazione dell'apprendistato del primo tipo nelle province autonome di Trento e Bolzano, in cui l'istituto si è effettivamente ed efficacemente innestato nel sistema pubblico di istruzione, come canale alternativo alla formazione professionale pubblica: sul punto C. CORDELLA, *Note in tema di profili formativi nel contratto di apprendistato*, in RGL, 2015, 162 ss.

<sup>791</sup> Secondo i dati INPS nel periodo gennaio-novembre 2015 c'è stata una flessione del 20%, rispetto al medesimo arco temporale del 2014: comunicato INPS del 19.1.2016, in [www.inps.it](http://www.inps.it). Per un confronto - impietoso - con alcuni stati europei nei quali l'apprendistato è il modello più utilizzato per l'assunzione dei giovani cfr. I. RYZHA, *L'apprendistato nell'Unione Europea*, in *Il contratto di apprendistato nel d.lgs. 81/15*, cit., spec. 8 ss.

<sup>792</sup> Si vedano in particolare le leggi che avevano introdotto correttivi al t.u. al fine di renderlo più conveniente per le imprese: la l. n. 92 del 2012 (art. 1, co. 1, lett. b) mirava a valorizzare «l'apprendistato come modalità prevalente di ingresso dei giovani nel mondo del lavoro»; anche il d. l. n. 76/2013 (primi interventi urgenti per la promozione dell'occupazione, in particolare giovanile, della coesione sociale, nonché in materia di IVA e altre misure finanziarie urgenti) conv. in l. 99/2013, all'art. 2, co. 2, si proponeva di attribuire all'apprendistato «il ruolo di modalità tipica di entrata dei giovani nel mercato del lavoro». La legge delega n. 183/2014 si prefigge,

mine e somministrazione, che continuano ad avere percentuali di utilizzo elevate, nonostante l'avvento del *catuc*<sup>793</sup>.

Una risposta condizionata dai dati quantitativi sarebbe tuttavia sbrigativa e superficiale: non terrebbe conto che i sostanziosi incentivi economici previsti per il *catuc* sono stati drasticamente ridotti a partire dal 2016<sup>794</sup> e soprattutto sarebbe viziata dall'errore di mettere in concorrenza l'apprendistato con contratto a tempo determinato e somministrazione: questi ultimi sono modelli che soddisfano esigenze temporanee, contingenti, di breve periodo, mentre si ricorre all'apprendistato in tutti i casi in cui il datore di lavoro intende organizzare la propria azienda con una prospettiva di lungo termine<sup>795</sup>.

Lo studio e la valorizzazione dell'apprendistato si apprezza nella misura in cui ci si accosti al modello con una tensione prospettica (sperando che non sia utopistica), auspicando che prima o poi si realizzeranno le condizioni che consentano alle imprese di progettare e operare sul lungo periodo. All'apprendistato occorre guardare come strumento mirato a soddisfare esigenze durature dell'impresa, che ritiene di poter investire anche sul piano della formazione di personale da impiegare stabilmente, accrescendo l'utilizzo di lavoro qualificato (specie nell'uso di tecnologie avanzate)<sup>796</sup>.

In questo quadro al giurista, pur in posizione ancillare, spetta un ruolo (tutt'altro che modesto) di sistemazione normativa del modello, avendo il delicato compito di ricostruire e ricondurre ad unità una disciplina speciale che si compone di apporti provenienti da molteplici soggetti investiti di un potere di regolazione e che interagisce di continuo con le norme generali dettate per la disciplina di specifici profili del rapporto.

## 2. Il rapporto con il contratto a tutele crescenti: questioni di diritto transitorio.

Partendo proprio dal dialogo tra regole dettate dagli artt. 41-47 del d.lgs. 81/15 e norme generali, un primo nodo da sciogliere all'indomani dell'entrata in vigore della "disciplina organica dei contratti di lavoro" (d.lgs. 81/15) è il rapporto con il *catuc*<sup>797</sup>.

È dato ormai acquisito che l'apprendista sia assunto con un contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, nel quale è inserito un patto formativo: in costanza del patto, il rapporto segue una speciale disciplina, dettata ora dagli artt. 41-47 del d. lg. 81/15<sup>798</sup>. Una volta adempiuta

---

anche con riferimento all'apprendistato, oltre al riordino, l'obiettivo di rafforzare le opportunità di ingresso nel mondo di lavoro da parte di coloro che sono in cerca di occupazione e il rafforzamento degli strumenti per favorire l'alternanza tra scuola e lavoro.

<sup>793</sup> Sempre l'INPS nel comunicato del 19.1.2016, per il periodo gennaio-novembre 2015, segnala un aumento del 1,5% dei contratti a termine.

<sup>794</sup> La legge di stabilità per il 2016, l. 208/2015, riduce gli incentivi, riconoscendo uno sconto contributivo pari al 40%, con tetto annuo fino a € 3.250,00 e per una durata massima di 24 mesi: art. 1, commi 178-181.

<sup>795</sup> Si veda sul punto E. SIGNORINI, *Diritto al lavoro. Crisi. Lavoro dei giovani*, Milano, 2013, che indica nella formazione «la chiave di volta del disegno dei nuovi regimi occupazionali perché influenza la qualità dell'occupazione e nel contempo anche la quantità della stessa».

<sup>796</sup> Per un'analisi dell'apprendistato nel confronto con il contratto a tutele crescenti v. L. ZOPPOLI, *Contratto a tutele crescenti e altre forme contrattuali*, in *DLM*, 2015, spec. 24-25.

<sup>797</sup> Il decreto abroga il t.u. del 2011 (il d.lgs. 167) e detta una disciplina dell'apprendistato, esaustiva peraltro solo per i profili affidati al legislatore.

<sup>798</sup> Cfr. S. FAGNONI e P.A. VARESI, *I contratti di apprendistato*, cit., 196-197; a tal proposito A. LOFFREDO, *La riforma dell'apprendistato*, cit., 38, evidenzia un *lapsus* dello stesso legislatore che, all'art. 42, co. 2, d.lgs. 81/15, stabilisce che «il contratto di apprendistato ha una durata minima non inferiore a 6 mesi».

l'obbligazione formativa, in assenza di un provvedimento di recesso, il rapporto «prosegue come ordinario rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato». Con l'entrata in vigore del d. lg. 23/15 e l'introduzione del *catuc* occorre definire la natura del contratto a tempo indeterminato che segue la fase formativa. Posto che la disciplina prevista dal d. lg. 23/15 si applica solo ai nuovi assunti (contratti di lavoro sottoscritti a decorrere dal 7 marzo 2015), va chiarito: a) se per gli apprendisti assunti nel vigore del d. lg. 23/15, alla scadenza del patto, il rapporto prosegue come contratto a tutele crescenti; b) se la disciplina contenuta nel d. lg. 23/15 trovi applicazione anche nei confronti degli apprendisti già assunti al momento della sua entrata in vigore.

a) La risposta al primo quesito è la più agevole: ancorché il termine *ordinario* impiegato nel d. lg. 81/15 potrebbe sollevare qualche dubbio, peraltro un'interpretazione sistematica del complessivo quadro normativo porta a ritenere che gli apprendisti assunti dopo il 7 marzo 2015, scaduto il patto formativo, divengano parti di un *catuc*. L'ampiezza del criterio con cui è individuato il campo di applicazione del d. lg. 23/15 (art. 1) ma, soprattutto, l'esigenza, sul piano di politica del diritto, di evitare soluzioni che possano determinare un definitivo affossamento del contratto di apprendistato, conducono a ritenere che il rapporto che prosegue, dopo la fase formativa, debba essere riconducibile al d. lg. 23/15.

b) Molto meno scontata è la risposta al secondo quesito (è il caso del lavoratore già titolare di un rapporto di apprendistato al momento di entrata in vigore del d. lg. 23/15): la disciplina dell'apprendistato contenuta negli artt. 41-47 del d. lg. 81/15 farebbe ritenere che l'apprendista assunto prima del 7 marzo 2015, dopo la conclusione della fase formativa, debba essere equiparato ai lavoratori già in organico alla suddetta data e quindi il rapporto debba essere qualificato come ordinario contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, sottratto dal campo di applicazione del d. lg. 23/15.

La conclusione non è così pacifica alla luce di quanto stabilito dall'art. 1, comma 2, d. lg. 23/15, secondo cui le disposizioni del «presente decreto si applicano anche nei casi di conversione, successiva all'entrata in vigore del presente decreto, di contratti a tempo determinato o di *apprendistato* in contratto a tempo indeterminato». A parte il rinvio improprio alla figura della conversione (almeno per quanto concerne l'apprendistato), visto che la legge lo definisce come *contratto di lavoro a tempo indeterminato* (non può convertirsi in qualcosa che già è), un'indicazione univoca, che depone in senso del tutto opposto dall'art. 1, comma 2, d. lg. 23/15, proviene dalla disposizione sull'apprendistato che regola il recesso, in cui è stabilito che «se nessuna delle parti recede il rapporto *prosegue* come ordinario rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato». Non rimarrebbe neppure spazio, per attribuire una residua rilevanza all'art. 1, comma 2, d. lg. 23/15 (con riferimento all'apprendistato) ai casi in cui si accerti, in sede giudiziale, la mancata ottemperanza agli obblighi formativi da parte del datore di lavoro: come segnalato, l'apprendistato fin dalla sua genesi, è un contratto di lavoro a tempo indeterminato, in cui s'inserisce un patto formativo che legittima l'applicazione di una speciale disciplina; l'inottemperanza agli obblighi di impartire il dovuto insegnamento fa venir meno la clausola formativa, rimanendo in piedi un normale contratto di lavoro a tempo indeterminato.

Al netto dell'imprecisione giuridica, se l'intenzione del legislatore era di imporre la figura del contratto a tutele crescenti ai rapporti di apprendistato, nei quali, successivamente all'entrata in vigore del d. lg. 23/15, si accerti la nullità del patto formativo, in ogni caso occorrerebbe fare i conti con un'evidente disparità di trattamento tra datore di lavoro inadempiente, che avrebbe la possibilità di continuare il rapporto con un contratto a tutele crescenti, e datore di lavoro rispettoso

degli obblighi formativi, il quale, nel caso decida di proseguire nella collaborazione, mantiene alle sue dipendenze un giovane titolare di un ordinario rapporto di lavoro a tempo indeterminato (non a tutele crescenti).

Se si accettasse questa ricostruzione, la disparità costituirebbe un irresistibile incentivo per il datore di lavoro di recedere dal contratto di apprendistato a conclusione della fase formativa e di stipulare un nuovo contratto, quest'ultimo sicuramente riconducibile alla disciplina ex d. lg. 23/15.

Provando a decifrare la volontà del legislatore, è ragionevole ritenere che con il d. lg. 23/15, si mirasse ad imporre la figura del *catuc* in tutti i casi in cui, cessato il patto formativo, il rapporto prosegue: tuttavia se questo obiettivo viene perseguito con l'art. 1, co. 2, d. lg. 23/15, la disposizione è palesemente inidonea allo scopo, in quanto in contrasto con la natura (a tempo indeterminato) del contratto di apprendistato, natura confermata e mantenuta nel d. lg. 81/15 (che è normativa cronologicamente successiva alla disciplina sul contratto a tutele crescenti).

Vi è un'ultima e definitiva argomentazione in grado di escludere che la disciplina contenuta nel d.lgs. 23/15 possa estendersi agli apprendisti assunti prima della sua entrata in vigore: la legge delega n. 183/14, che ha fissato i principi ai quali il legislatore delegato deve attenersi, ha previsto che la nuova normativa debba trovare applicazione «per le nuove assunzioni» (art. 1, co. 7, lett. c), l. 183/14). Gli apprendisti confermati dopo il periodo formativo, per espressa previsione di legge, non possono essere considerati *nuovi assunti*, pertanto un'interpretazione dell'art. 1, co. 2, del d.lgs. 23/15 che estenda il *catuc* agli apprendisti assunti prima del 7 marzo 2015 sarebbe illegittima anche per eccesso di delega<sup>799</sup>.

### 3. Segue: le conseguenze sanzionatorie in caso di recesso illegittimo.

Dall'incontro tra apprendistato e *catuc* scaturiscono molteplici e delicati nodi interpretativi anche in tema di recesso.

Nella tematica del licenziamento, così come per la costituzione del rapporto, ci troviamo al cospetto di questioni che presentano due diversi gradi di complessità.

In via generale occorre chiedersi quali ricadute si avranno in tema di recesso dal rapporto di apprendistato dal momento in cui, a partire da marzo 2015, la clausola formativa s'inserisce in un *catuc*, come disciplinato dal d.lgs. 23/15. L'unica regola che s'incarica di un minimo di coordinamento tra i due testi si trova nell'art. 42, co. 3 del d.lgs. 81/15, la quale peraltro si limita a prevedere che «durante l'apprendistato trovano applicazione le sanzioni previste dalla normativa vigente per il licenziamento illegittimo».

Per i (nuovi) contratti di apprendistato sorge un duplice quesito: occorre anzitutto stabilire quali sono le sanzioni per un licenziamento illegittimo adottato durante il periodo di formazione; in secondo luogo va individuata la sanzione da applicare al datore di lavoro che, alla fine del rapporto di apprendistato, abbia esercitato un recesso *ad nutum*, così come consentito dallo stesso art. 42, co. 4 del d.lgs. 81/15, impugnato dal lavoratore e dichiarato illegittimo in sede giudiziale per omissione o irregolare adempimento degli obblighi formativi.

<sup>799</sup> A tal proposito S. GIUBBONI, *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti*, in *WPCCSDLE "M. D'Antona".it*, n. 246/15, 15.

a) La risposta al primo quesito, pur apparendo scontata, presenta tuttavia inediti risvolti problematici. Per licenziare un apprendista nel corso del periodo di formazione devono ricorrere una giusta causa o un giustificato motivo (art. 42, co. 3, cit.); se tali ragioni non supportano il provvedimento di recesso si applicano le sanzioni previste dagli artt. 2 e 3 del d.lgs. 23/15: in caso di licenziamento discriminatorio ovvero nullo o ancora adottato in forma orale si applica la reintegrazione nel posto di lavoro, cui si aggiunge la condanna al risarcimento del danno pari ad un'indennità commisurata all'ultima retribuzione «*corrispondente al periodo dal giorno del licenziamento sino a quello di effettiva reintegra*» (cd. reintegrazione "piena"). La tutela reintegratoria viene estesa al licenziamento disciplinare (cui si aggiunge un risarcimento che non può andare oltre i 12 mesi, cd. reintegrazione "attenuata"), nell'ipotesi in cui si accerti «*l'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore*», mentre in tutti gli altri casi, la regola generale è che il Giudice, pur innanzi ad un provvedimento risolutivo illegittimo, dichiara estinto il rapporto alla data del licenziamento e condanna il datore di lavoro al pagamento di un'indennità commisurata all'anzianità del lavoratore (art. 3, co. 1, d.lgs. 23/15)<sup>800</sup>. In entrambe le varianti (applicazione della reintegra ovvero estinzione del rapporto con riconoscimento di un indennizzo) vengono irrogate, al datore di lavoro che licenzia illegittimamente un'apprendista, le sanzioni di tipo economico previste dall'art. 47, co. 1, del d.lgs. 81/15, ai sensi del quale il datore di lavoro deve versare «la differenza tra la contribuzione versata e quella dovuta con riferimento al livello di inquadramento contrattuale superiore che sarebbe stato raggiunto dal lavoratore al termine del periodo di apprendistato, maggiorata del 100%».

Ciò chiarito è doveroso chiedersi se un licenziamento *illegittimo* adottato durante il periodo di formazione ponga automaticamente il datore di lavoro nella posizione di chi è venuto meno agli obblighi formativi assunti con la stipulazione del contratto di apprendistato. In proposito non soccorre il d.lgs. 81/15, che si limita a prevedere, in caso di licenziamento senza giusta causa o giustificato motivo, l'applicazione delle «sanzioni previste dalla normativa vigente» (art. 42, co. 3, d.lgs. 81 cit.). In assenza di disposizioni della contrattazione collettiva, non vi sono argomenti per escludere che, una volta ripristinato il rapporto, possa riprendere il periodo di formazione, per cui la valutazione della legittimità della condotta datoriale, rispetto agli obblighi che scaturiscono dal contratto di apprendistato, va spostata all'esito del completamento del periodo formativo. La questione si complica se, concluso il giudizio avente ad oggetto il licenziamento dell'apprendista, il Giudice ritenga che la vicenda rientri tra le ipotesi cui si applica la tutela obbligatoria, che prevede il riconoscimento al lavoratore di un indennizzo ma non la reintegrazione. In queste ipotesi, che dovrebbero essere le più ricorrenti, la posizione del datore di lavoro, alleggerita sul piano delle sanzioni contro il licenziamento illegittimo, diviene più onerosa nell'ambito dell'apprendistato, in quanto l'illegittimità del licenziamento (adottato prima della conclusione del periodo formativo) rende inevitabilmente il datore di lavoro inadempiente rispetto agli obblighi formativi, aprendo la strada all'applicazione dell'intero sistema sanzionatorio: "stabilizzazione" definitiva del rapporto, versamento dei maggiori contributi e pagamento delle sanzioni amministrative. Il datore di lavoro potrebbe evitare tali pesanti conseguenze solo offrendo al lavoratore la possibilità di ripristinare il rapporto di lavoro, al fine di concludere il percorso formativo. È una possibilità

<sup>800</sup> La disposizione stabilisce che «il giudice dichiara estinto il rapporto di lavoro alla data del licenziamento e condanna il datore di lavoro al pagamento di un'indennità non assoggettata a contribuzione previdenziale di importo pari a due mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore a quattro e non superiore a ventiquattro mensilità».

che il lavoratore può rifiutare, anche perché il suo legittimo diniego – tra breve vedremo in che termini - gli consentirebbe di divenire titolare di un “ordinario” contratto a tempo indeterminato, che dopo il 7 marzo 2015 prende la forma di un *catuc*.

b) Ancora più complesse sono le questioni che solleva il secondo tipo di recesso, quello adottato, ai sensi dell'art. 2118 c.c., alla fine del periodo di formativo, poi impugnato dal lavoratore per inottemperanza del datore di lavoro agli impegni formativi assunti con il contratto di apprendistato ovvero per violazione dei vincoli formali e sostanziali posti della disciplina generale (forma scritta, durata).

È appena il caso di evidenziare che, nella tematica dell'apprendistato, si tratta della questione maggiormente affrontata dalla giurisprudenza che, condivisibilmente, punisce severamente le imprese che assumono apprendisti con l'unico obiettivo di impiegare manodopera a basso costo, obliterando agli obblighi formativi imposti dalla normativa<sup>801</sup>.

Il decreto n. 81 del 2015, in continuità con le scelte precedenti, in caso di inadempimento nell'erogazione della formazione, fissa la pesante sanzione economica prima indicata (art. 47, co. 1), ma non contempla la “stabilizzazione” quale conseguenza a carico del datore di lavoro. Pur in assenza di una specifica indicazione, la giurisprudenza, per l'*inottemperanza* degli obblighi formativi ritiene che ricorra, sulla base delle regole di diritto comune (art. 1419 c.c.), la nullità del patto formativo e la definitiva “stabilizzazione” del rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, che è lo schema contrattuale in cui il legislatore colloca l'apprendistato. I tentativi di limitare le conseguenze sanzionatorie, in ragione della specifica previsione, da parte del legislatore, di una sanzione *solo* economica (in caso di inottemperanza agli obblighi formativi) vengono travolti da un'insuperabile argomentazione, che ricorre costantemente nelle pronunce giurisprudenziali: in un apprendistato in cui manchi la formazione o la stessa sia gravemente carente, è nullo il patto formativo inserito nel contratto e viene meno la condizione che consente di applicare, in via eccezionale, la regola del recesso *ad nutum*<sup>802</sup>.

Nel nuovo quadro normativo, la necessità di fare riferimento all'apparato sanzionatorio del *catuc* solleva tuttavia ulteriori questioni. Infatti si pone il problema di come inquadrare il recesso *ad nutum* rilevatosi illegittimo per mancata ottemperanza degli obblighi formativi: prima dell'introduzione del *catuc* e prima ancora delle modifiche dell'art. 18 (ad opera della l. n. 92/2012), l'unica sanzione applicabile era la reintegrazione nel posto di lavoro, in quanto, una volta accertata l'illegittima apposizione del patto formativo, il recesso adottato dal datore di lavoro, andava non più letto attraverso la lente “liberale” dell'art. 2118 c.c., ma attraverso il filtro garantista dell'art. 18 della legge n. 300/70. Dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 23/2015, è lecito chiedersi in quale regime di invalidità vada collocato il recesso viziato per inottemperanza agli obblighi assunti con l'apprendistato. Per restringere il campo e posto che in tale ipotesi si tratterà di un recesso *im-motivato* in quanto il datore di lavoro ha ritenuto (erroneamente) di potersi avvalere della libera

<sup>801</sup> Tra le altre e più recenti Cass. 5 novembre 2015, n. 22624; Cass. 5 novembre 2014, n. 17603; Cass. 30 giugno 2014, n. 14754; Cass. 10 maggio 2013, n. 11265; Cass. 13 febbraio 2012, n. 2015.

<sup>802</sup> Non si può pertanto parlare di “conversione” in rapporto di lavoro a tempo indeterminato (in questo senso CAROLLO, *Il contratto di apprendistato professionalizzante o contratto di mestiere*, Milano, 2014, p. 171), proprio perché l'apprendistato si colloca fin dalla nascita nella cornice del rapporto di lavoro a tempo indeterminato; sul punto v. anche A. MURATORIO, *Il contratto di apprendistato nella ricomposizione di disciplina del Testo Unico, LG, 2011, 1209 ss.*

facoltà di recesso, occorre domandarsi se si tratterà di un licenziamento carente sul piano sostanziale (art. 3 del d.lgs. 23/15) ovvero affetto da un vizio meramente formale o procedurale (art. 4 d.lgs. 23/15). Come noto la differenza non è di poco momento, in quanto nel primo caso, si riconosce al lavoratore la possibilità di ottenere anche la reintegra nel posto di lavoro «per insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore», mentre per il licenziamento viziato sul piano formale o procedurale vi è solo un indennizzo, pari ad una mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio.

Deve subito osservarsi che non sembrano ricorrere i presupposti per applicare quest'ultima sanzione. La disposizione del *catuc* che punisce i vizi formali e procedurali mira a sanzionare le violazioni "minori", collegate essenzialmente a errori commessi dal datore di lavoro nel corso della procedura disciplinare o relative a imprecisioni delle comunicazioni (contestazione disciplinare e licenziamento)<sup>803</sup>.

Nessuna di queste ipotesi si verifica nel caso dell'impresa che adotta un recesso *ad nutum* al termine del contratto di apprendistato, dopo essersi resa responsabile di inadempimento degli obblighi formativi. Con tale contegno il datore di lavoro, impedendo al lavoratore di conseguire gli obiettivi professionali individuati dalla legge, pone in essere una condotta del tutto equiparabile ad un licenziamento per un "fatto insussistente": la rimozione del recesso e la "stabilizzazione" del rapporto si fondano sul presupposto che le parti stipulanti il contratto di apprendistato hanno scelto un modello negoziale in cui il profilo formativo si pone quale elemento essenziale, senza il quale (a causa di omissioni da parte dell'impresa) viene a mancare la condizione che legittima il datore di lavoro ad utilizzare un meccanismo risolutivo, il recesso *ad nutum*, normalmente escluso nei rapporti di lavoro a tempo indeterminato (anche nella versione del *catuc*)<sup>804</sup>.

Pertanto la sanzione da applicare deve essere la medesima di quella prevista per l'ipotesi in cui il datore di lavoro adotta un licenziamento soggettivo adducendo una ragione che si rivela del tutto *insussistente* (art. 2, co. 2, d.lgs. 23/15).

È evidente che in caso di licenziamento disciplinare o economico fittizi, la sanzione applicabile rimane quella prevista dall'art. 3, co. 1 del d.lgs. 23/15, in quanto il licenziamento assume la natura di provvedimento formalmente e sostanzialmente immotivato<sup>805</sup>.

#### 4. Il sistema delle fonti di regolazione dell'apprendistato dopo il d.lgs. 81/2015.

L'apprendistato, calato nel quadro normativo maturato dopo il *jobs act*, presenta rilevanti novità anche sul fronte delle fonti di regolazione.

<sup>803</sup> Sul punto C. CESTER, *I licenziamenti nel jobs act*, in *WPCSDLE "M. D'Antona".it*, 273/2015, spec. 80 ss.

<sup>804</sup> Cass. 4 agosto 2014, n. 17603; Cass. 10 maggio 2013, n. 11265; Cass. 13 febbraio 2012, n. 2015.

<sup>805</sup> C'è da attendersi che il datore di lavoro tenti di sottrarsi a questo regime adducendo, nel provvedimento di recesso, anche ragioni di tipo soggettivo (che ovviamente devono avere una minima rilevanza disciplinare, rimanendo "estranea ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento": art. 3, co. 3, d.lgs. 23/15) ovvero motivi «inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa» (art. 3 l. 604/66).

La svolta nella direzione di una decisa risistemazione è da ascrivere al testo unico del 2011, che ha svolto una lodevole opera di semplificazione, azzerando la normativa precedente<sup>806</sup>.

Da una ricognizione delle disposizioni del d.lgs. 81/2015 (articoli 41-47 del decreto) sembrerebbe che il legislatore del 2015 si sia limitato a fare propria la disciplina del testo unico, apportando alcune marginali correzioni.

In realtà si tratterebbe di un giudizio affrettato in quanto, fermo restando l'impianto di fondo, vi sono cambiamenti di non poco rilievo, anche di tipo sistematico, specie con riferimento alle fonti di regolazione e ai rapporti tra di esse.

Il primo elemento di novità è riscontrabile nella disposizione che detta la disciplina generale (art. 42): mentre l'omologa previsione del testo unico (art. 2) rimetteva *tutta* la regolamentazione agli accordi interconfederali o ai contratti collettivi, la disposizione del d. lg. 81/15 sottrae alcuni importanti ambiti alla fonte negoziale, vale a dire piano formativo, oggetto e durata; peraltro anche in questo contesto si mantiene un residuo spazio agli accordi, in quanto il piano formativo può essere definito sulla base di moduli e formulari stabiliti dalla contrattazione collettiva o dagli enti bilaterali.

L'arretramento più evidente della fonte contrattuale si realizza per i modelli di apprendistato regolati dagli articoli 43 e 45 del d.lgs. 81/15, vale a dire quelli che compongono il cosiddetto sistema duale o integrato istruzione-lavoro<sup>807</sup>.

Alle parti sociali viene sottratto qualsiasi ruolo con riferimento ai contenuti della formazione: la disciplina dell'apprendistato per la qualifica professionale (il diploma di istruzione secondaria superiore il certificato di specializzazione tecnica superiore) scaturisce dal concorso tra legge statale, legge regionale e regolamento ministeriale, mentre la disciplina della formazione è rimessa esclusivamente all'ente locale<sup>808</sup>.

Un residuo spazio rimane alle parti sociali nell'apprendistato di alta formazione per il quale si prevede che le regioni predispongano una regolamentazione della formazione in accordo con le associazioni territoriali dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentativi sul piano nazionale (art. 45, comma 4, d.lgs. 81/2015): si tratta di un tavolo di confronto molto allargato cui partecipano anche università, istituti tecnici superiori o altre istituzioni formative o di ricerca.

<sup>806</sup> Il d. lg. 14 settembre 2011, n. 167, in applicazione dell'art. 1, co. 30, della legge 24 dicembre 2007, n. 247. Con il t.u. del 2011 l'apprendistato subisce una netta cesura con il passato: l'art. 7 ha abrogato tutta la precedente disciplina (l. 25/55, art. 16 l. 196/97, e artt. 47-53 d. lg. 276/03), al contrario di quanto aveva fatto il d. lg. 276/03, che aveva lasciato in vita molte delle precedenti disposizioni.

<sup>807</sup> D. GAROFALO, *L'apprendistato nel decreto legislativo n. 81/2015 (artt. 41-47)*, in F. CARINCI (a cura di), *Commento al d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo jus variandi*, Adapt, e-book series n. 48, spec. 241, secondo cui il richiamo al "sistema duale" è foriero più di separazione che non di integrazione, aggiungendo: «*al di là di tale espressione, non v'è dubbio che la riforma del primo e del terzo tipo di apprendistato puntano alla integrazione tra mondo del lavoro e sistema di istruzione e formazione a tutti i livelli, in tal modo incanalandosi nel solco, già aperto dalla legge quadro n. 845/1978, e percorso successivamente dalla l. n. 196/1997 e l. n. 53/2000*».

<sup>808</sup> Mentre il t.u. all'art. 3, comma 2, lett. c), prevedeva un rinvio ai contratti collettivi per la determinazione della formazione aziendale.

Il rischio che tutto possa bloccarsi per l'inerzia delle regioni (rischio concreto se si guarda al passato) e per la partecipazione di tanti (troppi) soggetti, ha indotto il legislatore del 2015 ad individuare una strada di attivazione dei tipi *ex artt.* 43 e 45 che prescindano completamente sia dal contributo delle regioni sia dall'apporto degli altri soggetti coinvolti. E infatti: a) nell'apprendistato per la qualifica e il diploma si prevede che, in assenza della regolamentazione regionale, si proceda sulla base della disciplina contenuta nei decreti ministeriali; b) nell'apprendistato di alta formazione, in caso di inerzia dell'ente regionale, è possibile l'attivazione sulla base di apposite convenzioni stipulate dai singoli datori di lavoro o dalle loro associazioni, con l'università e le istituzioni formative e di ricerca (art. 45, co. 5)<sup>809</sup>.

L'ambito nel quale il contratto collettivo continua a svolgere un ruolo preponderante è l'apprendistato professionalizzante (art. 44), i cui contenuti formativi sono definiti in via esclusiva dalla fonte negoziale. Nel rapporto con la formazione regionale il decreto del 2015 fa propria la soluzione già introdotta dal decreto "Poletti"<sup>810</sup>: il legislatore, recependo integralmente quanto previsto dalla legge del 2014, consolida un meccanismo che, da un lato scongiura il rischio di stallo e, dall'altro, la mette al riparo dalla censura di incostituzionalità: si stabilisce infatti che la formazione "pubblica" (erogata dalla regione) venga imposta alle parti purché sia l'ente regionale ad attivarsi per offrire al datore di lavoro - che deve limitarsi a comunicare l'assunzione dell'apprendista<sup>811</sup> - i corsi di formazione coerenti con la qualifica che il lavoratore mira a conseguire.

Con la disciplina di riordino del 2015, la riforma ha ampliato il ruolo regolativo dello Stato, ponendo le basi per attuare tale proposito già nel preambolo del decreto n. 81 che, nell'individuare i riferimenti costituzionali, colloca l'intervento nell'ambito dell'"istruzione" e quindi lo riconduce all'art. 117, co. 3, Cost., nel quale sono elencate le materie oggetto di *potestà legislativa concorrente*; nel medesimo preambolo non v'è traccia dell'art. 117, co. 4, Cost., che individua (in via residuale) le materie - tra cui la "formazione professionale" - per le quali vi è una *potestà legislativa esclusiva* delle regioni<sup>812</sup>. In linea con questa - discutibile - scelta, il legislatore del 2015 sposta decisamente l'asse regolativo sulla fonte unilaterale secondaria, in particolare sul decreto del Ministero del Lavoro (già) adottato ai sensi dell'art. 46 d.lgs. 81/15: il regolamento<sup>813</sup> individua gli *standard* formativi degli apprendistati del primo e del terzo livello<sup>814</sup> e fissa le linee guida della formazione; il decreto s'impone altresì, sotto forma di schema, ai protocolli stipulati tra azienda

<sup>809</sup> In proposito, rispettivamente, per il primo tipo D. FARGNOLI, *L'apprendistato per la qualifica e diploma professionale, il diploma di istruzione secondaria superiore e il certificato di specializzazione tecnica superiore*, spec. 29 ss., e, per il secondo tipo, S. DONÀ, *Apprendistato di alta formazione e di ricerca*, 51, entrambi in *Il contratto di apprendistato nel d.lgs. 81/15*, cit.

<sup>810</sup> D.l. n. 34/2014, convertito in l. n. 78/2014.

<sup>811</sup> La comunicazione di assunzione s'intende effettuata ai sensi dell'art. 9 bis del d.l. 1 ottobre 1996, n. 510, convertito in l. n. 608/96 e successive modifiche.

<sup>812</sup> Sul punto A. TROISI, *Il diritto del lavoro tra Stato e Regioni. Assetto vigente, proposte di riforma costituzionale e intento anticipatorio del legislatore statale*, RGL, 2016, in corso di pubblicazione, la quale sottolinea l'evidente forzatura nell'applicazione dei principi costituzionali di ripartizione delle competenze tra Stato e Regioni, scelta che si pone in contrasto con i ripetuti interventi della corte costituzionale (viene citata per tutte la sentenza n. 176/2010) che hanno ricondotto la formazione da erogare nell'ambito dell'apprendistato tra le materie oggetto di competenza esclusiva delle regioni, appunto ai sensi dell'art. 117, co. 4, Cost.

<sup>813</sup> Decreto interministeriale 12 ottobre 2015, pubblicato in GU del 21 dicembre 2015, n. 296.

<sup>814</sup> Peraltro l'art. 46, co. 1, d.lgs. 81/15 chiede alla fonte regolamentare di individuare gli *standard* formativi anche per l'apprendistato *ex art.* 44: il citato decreto interministeriale li fissa solo per gli apprendisti assunti *ex artt.* 43 e 45, tra l'altro conformandosi a quanto previsto dall'abrogato t.u. che all'art. 6 stabiliva che il regolamento doveva fissare «gli standard formativi per la verifica dei percorsi formativi in apprendistato per la qualifica e il diploma professionale e in apprendistato di alta formazione».

che assume l'apprendista per l'alta formazione e le istituzioni formative, e detta, sempre in quest'ambito, principi e modalità di attribuzione dei crediti formativi.

Questo forte accentramento del sistema delle fonti viene debolmente temperato dall'obbligo del ministro del lavoro (di concerto con il ministro dell'istruzione e il ministro dell'economia) di adottare il decreto in sede di conferenza Stato regioni. Il coinvolgimento delle regioni, mediato dallo strumento dell'accordo nell'ambito di conferenza permanente, mette al riparo la legge da censure di incostituzionalità, ma lo spostamento del baricentro normativo, anche rispetto al testo unico, è evidente. Lo stesso decreto, deputato a fissare gli *standard* professionali formativi, è stato adottato all'esito di una procedura snella e centralizzata: nell'abrogato testo del 2011 (art. 6, co. 1) doveva essere oggetto di accordo con le singole regioni (e province autonome di Trento Bolzano) mentre in virtù della legge del 2015, l'intesa, che ha preceduto l'adozione del decreto, è stata stipulata a livello nazionale (appunto in sede di conferenza permanente).

Anche in questo passaggio, pur ammettendo che possano essere superati i dubbi di legittimità costituzionale – il coinvolgimento delle regioni probabilmente soddisfa il principio di leale collaborazione posto dalla Consulta<sup>815</sup> - non può sfuggire che il nuovo assetto delle fonti tradisce il senso dell'apporto degli enti regionali al tema della formazione (ancorchè nell'ambito di un contratto di lavoro)<sup>816</sup>. La competenza primaria delle regioni in materia formativa risponde(rebbe) all'esigenza di consentire all'ente regionale di progettare e attuare, in tale ambito, una politica coerente con le specificità dei territori e con le esigenze di differenziazione<sup>817</sup>. È pur vero che il tema della formazione costituisce una delle tessere di un sistema integrato (formazione-scuola-lavoro) per cui certamente spetta allo Stato fissare i livelli essenziali delle prestazioni (art. 46 d.lgs. 81/15), ma gli spazi che, quantomeno nell'apprendistato, residuano alle regioni per progettare e attuare una formazione calibrata sulle proprie specificità sono esigui e minimi.

D'altra parte è alquanto improbabile che gli interessi delle regioni e delle province autonome possano essere soddisfatti in sede di conferenza permanente: dai contenuti degli accordi si evince che essi sono congegnati per individuare soluzioni a valenza necessariamente generale, non essendo certo questa la sede in cui venti enti possono far valere le peculiarità territoriali.

Residuano ambiti di intervento del livello decentrato solo per gli apprendistati *ex artt.* 43 e 45, per i quali espressamente il decreto del 2015 stabilisce che i profili relativi alla formazione siano rimessi alle regioni (e le province autonome e Trento Bolzano). Il ruolo dell'ente regionale peraltro, anche in questo contesto, risulta limitato e marginalizzato per effetto:

a) degli *standard* formativi fissati a livello nazionale dal decreto ministeriale (*ex art.* 46);

<sup>815</sup> In proposito A. TROISI, *Le fonti del diritto del lavoro tra stato e regioni*, Giappichelli, 2013, p. 189, la quale evidenzia che la giurisprudenza costituzionale ha riconosciuto una funzione fondamentale alle intese come strumenti di attuazione del principio di "leale collaborazione": su tale profilo la Consulta si è pronunciata più volte: v. Corte Cost. n. 406/2006, *FI*, 2007, n. 2, 365; Corte Cost. n. 24/2007, *FI*, 2007, n. 4, 1035; Corte Cost. n. 425/2006 *FI*, 2007, n. 4, 1036 ed infine Corte Cost. n. 176/2010, *GC*, 2010, n. 9, 1812; Corte Cost. n. 334/2010, *GC*, 2010, n. 6, 4791.

<sup>816</sup> Sul punto B. CARUSO, *Occupabilità, formazione e "capability" nei modelli giuridici di regolazione dei mercati del lavoro*, in Atti del XV Congresso AIDLASS, *Formazione e mercato del lavoro in Italia e in Europa*, Giuffrè, spec. 209 ss.

<sup>817</sup> L. ZOPPOLI, *Il lavoro di Aracne: formazione e politiche attive dell'impiego nelle recenti dinamiche istituzionali*, *DLM*, 2003, 85 ss.; A. LOFFREDO, *Diritto alla formazione e lavoro. Realtà e retorica*, Cacucci, 2013, 81.

b) della facoltà, riconosciuta al datore di lavoro che assume apprendisti ex art. 43, di stipulare un protocollo con l'istituzione formativa nel quale sono stabiliti *contenuti e durata* degli obblighi formativi (art. 43, co. 6);

c) delle medesime facoltà riconosciute all'impresa che assume con apprendistato ex art. 45, di stipulare direttamente un protocollo con l'istituzione formativa in cui si fissano durata e modalità a carico del datore «secondo lo schema definito con decreto ai sensi dell'art. 46 comma uno» d.lgs. 81/15<sup>818</sup>.

Non si vuole censurare il legislatore del 2015 per le sue scelte sostanzialmente “punitive” nei confronti degli enti regionali, del tutto giustificate in considerazione della pessima prova in tema di politiche formative che, almeno alcune di esse, hanno fornito; si intende peraltro sottolineare l'elevato grado di disapplicazione, nell'ambito dei contratti formativi, del sistema di policentrismo ordinamentale previsto dalla carta costituzionale, di attribuzione alle regioni delle competenze amministrative e normative in materia di formazione professionale<sup>819</sup>.

### 5. Segue. Il ricorso all'apprendistato senza l'apporto delle regioni.

Le scelte del legislatore del 2015 legittimano più di un interrogativo sul piano sistematico, dovendoci chiedere in che misura è stato tradito il modello costituzionale, connotato dall'interscambio e dall'osmosi tra regolazione legislativa nazionale e regolazione decentrata.

L'analisi, funzionalizzata a questo obiettivo, va differenziata in relazione ai tre modelli di apprendistato.

Partendo dall'apprendistato professionalizzante (art. 44 del d.lgs. 81/15), le decisioni in tema di percorsi formativi vengono sostanzialmente affidate alle scelte datoriali, ancorché vincolate dalle direttive provenienti dalla contrattazione collettiva. Come già evidenziato, l'apporto della formazione regionale, nell'apprendistato professionalizzante, è del tutto eventuale e strettamente collegato alla capacità propositiva dell'ente locale.

Condivisa l'opportunità della scelta, ribadita la sua correttezza alla luce del principio di “leale collaborazione”, non v'è dubbio che il meccanismo, che impone all'ente locale di predisporre e proporre tempestivamente un programma completo dell'offerta formativa pubblica, compatibile con i contenuti professionali oggetto del contratto di apprendistato<sup>820</sup>, anche per i tempi stringenti e perentori, crea i presupposti per lasciare di fatto le regioni fuori dal modello professionalizzante.

<sup>818</sup> Nello stesso decreto, nel predisporre lo schema di protocollo, è stabilito che lo stesso fissi «il numero dei crediti formativi riconoscibili a ciascuno studente per la formazione a carico del datore di lavoro in ragione del numero di ore di formazione svolte in azienda, anche in deroga al limite di cui all'articolo 2, comma 147, del decreto-legge 3 ottobre 2006, n. 262, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 novembre 2006, n. 286. I principi e le modalità di attribuzione dei crediti formativi sono definiti con il decreto di cui all'articolo 46, comma 1. La formazione esterna all'azienda è svolta nell'istituzione formativa a cui lo studente è iscritto e nei percorsi di istruzione tecnica superiore e non può, di norma, essere superiore al 60 per cento dell'orario ordinamentale».

<sup>819</sup> A. TROISI, *Le fonti del diritto del lavoro*, cit., spec. 124 ss.

<sup>820</sup> Secondo l'art. 44, co. 3, ultima parte «la regione comunica al datore di lavoro, entro quarantacinque giorni dalla comunicazione dell'instaurazione del rapporto, effettuata ai sensi dell'articolo 9-bis del decreto-legge 1° ottobre 1996, n. 510, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 novembre 1996, n. 608, le modalità di svolgimento dell'offerta formativa pubblica, anche con riferimento alle sedi e al calendario delle attività previste, avvalendosi anche dei datori di lavoro e delle loro associazioni che si siano dichiarate disponibili, ai sensi delle linee guida adottate dalla Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e Bolzano in data 20 febbraio 2014».

Il discorso è più articolato per gli altri due tipi: qui il contratto di apprendistato rappresenta uno dei tasselli che consente al giovane di conseguire una qualifica o un titolo di studio<sup>821</sup>. Come evidenziato, in questo ambito delimitato da paletti posti dalle fonti statali primarie (vale a dire il medesimo d.lgs. 81/2015)<sup>822</sup> e secondarie (regolamento adottato ai sensi dell'art. 46 d.lgs. 81/15), il compito di determinare i contenuti della formazione è affidato al legislatore regionale. Peraltro gli spazi, non già presidiati, che residuano alla fonte regionale, sono alquanto limitati: anzitutto è lo stesso d.lgs. 81/15 che detta alcune regole direttamente vincolanti, altre mediate dall'intervento della contrattazione collettiva. Forma, modalità di predisposizione del piano formativo, durata, regole del recesso, contingentamento e stabilizzazione sono stabilite dall'articolo 42, commi 1-4 e 6-8, del d.lgs. 81/15; la disciplina in tema di retribuzione, inquadramento, *tutor*, finanziamento della formazione con fondi interprofessionali, riconoscimento delle qualificazioni professionali ai fini contrattuali, registrazione della formazione sul libretto formativo del cittadino, prolungamento in caso di sospensione per malattia, è assegnata alla contrattazione collettiva, nell'ambito dei principi fissati dal legislatore. Gli spazi di intervento che rimangono sono ulteriormente ridotti alla luce dei vincoli posti dal decreto ministeriale *ex art.* 46 co. 1 d.lgs. 81/15, incaricato di fissare gli *standard* formativi dell'apprendistato che costituiscono prestazioni essenziali ai sensi dell'articolo 16 del decreto legislativo 226/05<sup>823</sup>. Negli ambiti di competenza delle regioni, limitati ai soli profili strettamente formativi, in entrambi i modelli del cosiddetto sistema "duale", vi sono ulteriori condizionamenti derivanti dalla fonte negoziale: nell'apprendistato *ex art.* 43 la contrattazione collettiva può intervenire in materia di retribuzione per regolamentare l'ipotesi in cui il modello venga utilizzato per attività stagionale. Le competenze del legislatore regionale vengono ulteriormente erose dalle altre fonti (unilaterali e negoziali) anche nell'apprendistato *ex art.* 45 d.lgs. 81/15: oltre gli ambiti già sottratti dall'art. 42, anche durata e modalità della formazione sono definiti dal protocollo stipulato tra azienda ed ente formativo sulla base dello schema definito con il DM *ex art.* 46. È vero che l'art. 45 non entra nel merito della formazione, ma pone stringenti vincoli, stabilendo il tetto massimo di formazione esterna all'azienda nonché i criteri quantitativi per determinare l'ammontare della retribuzione dell'apprendista durante la formazione a carico del datore di lavoro.

La stessa disciplina della formazione non è totalmente demandata all'ente regionale in quanto è necessario che la regolamentazione regionale venga adottata previo «accordo con le associazioni territoriali del datore di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, l'università, istituti tecnici superiori e le altre istituzioni formative o di ricerca» (art. 45, co. 4).

Infine, la riforma del 2015, - confermando l'impostazione del t.u. - con una logica propulsiva/sanzionatoria, consente alle aziende e alle istituzioni formative di procedere autonomamente *in assenza* delle regolamentazioni regionali: nell'apprendistato *ex art.* 43, le parti, sciolte dai vincoli della normativa regionale, devono attenersi alla disciplina contenuta nel decreto adottato in base al comma 3 del medesimo articolo; nell'apprendistato da stipulare ai sensi dell'art. 45, si può procedere direttamente, definendo i contenuti della formazione nella convenzione da sottoscrivere tra azienda e istituzione formativa.

<sup>821</sup> In tal senso M. D'ONGHIA, *L'ennesimo (inutile) intervento del legislatore sul contratto di apprendistato*, RGL, 2015, 753.

<sup>822</sup> Per l'apprendistato *ex art.* 43, il d.lgs. 226/2005.

<sup>823</sup> D.i. 12 ottobre 2015 cit.

In sintesi, all'indomani del d.lgs. 81/15, il modello multilivello che la carta costituzionale impone in tema di formazione, alla luce del quadro normativo vigente, nell'ambito del contratto di apprendistato, trova applicazione solo in via parziale ed eventuale: in caso di inerzia dell'ente locale e a certe condizioni si può addirittura prescindere totalmente dalla formazione pubblica/regionale; *id est* il sistema ammette che il contratto di apprendistato venga impiegato, in tutte e tre le versioni, prescindendo totalmente dall'apporto e quindi dalle scelte delle regioni in materia di politiche della formazione. I vantaggi in termini di razionalizzazione e semplificazione nell'utilizzo dello strumento sono innegabili, tuttavia i costi "istituzionali" del conseguimento di tali obiettivi sono molto elevati.

## 6. Il baricentro "dinamico" nella regolazione della formazione.

Alle origini di questo assetto, così sbilanciato a favore di fonti centralizzate (normative e negoziali), vi è la profonda e pluriennale insoddisfazione del mondo delle imprese nei confronti della formazione pubblica/regionale. Il dato positivo della recente legislazione è che viene predisposto un sistema a geometria variabile, al quale partecipano le autonomie locali in funzione delle capacità progettuali e propositive degli enti. Nello stesso apprendistato professionalizzante, congegnato come modello tendenzialmente autosufficiente, le regioni ben possono ricavarsi un proprio spazio se dispongono di strumenti per assumere un ruolo finalmente attivo, rinunciando a coltivare per inerzia tradizioni formative del tutto avulse dalle trasformazioni che caratterizzano da tempo gli apparati produttivi e slegate dalle specifiche esigenze di aziende e lavoratori.

Le prospettive per una radicale svolta riguardano soprattutto i tipi di apprendistato del cosiddetto modello "duale": il legislatore del 2015 predispone un assetto caratterizzato da una costante connessione tra istruzione, formazione lavoro, puntando su una formazione pubblica che si liberi finalmente da evanescenti obiettivi di una generica crescita culturale dei cittadini, per dar vita ad un vero sistema integrato (scuola-formazione-lavoro)<sup>824</sup>.

Il *jobs act* punta a tale cambiamento spostando decisamente verso l'alto l'asse regolativo delle politiche formative: i molteplici e articolati intrecci tra principi normativi e competenze istituzionali nonché la situazione di stallo che per anni ha paralizzato l'impiego dei modelli del sistema "duale" lo hanno indotto a sacrificare le spinte al decentramento e alle differenziazioni, per puntare a realizzare una migliore e più fluida cooperazione istituzionale, specie nell'impiego degli apprendisti ex artt. 43 e 45. Della regolazione vengono investiti diversi soggetti: ministero, conferenza Stato regione-autonomie locali, regioni, scuole, università, soggetti sindacali. Il legislatore del 2015, in questo scenario, ha optato per un sistema di gestione interistituzionale, che evolve in senso gerarchico/centralistico in caso di inerzia dell'ente regionale. È un sistema quindi con baricentro mutevole e dinamico, nel quale la regione gioca un ruolo cruciale di soggetto propulsore e responsabile della formazione professionale nella misura in cui sia in grado di svolgere effettivamente tale compito: in caso contrario l'anello "locale" della catena salta e viene assicurato un "ponte" regolativo che dagli organi centrali (in particolare ministero e conferenza Stato regioni-autonomie locali) arriva direttamente alle imprese.

<sup>824</sup> D. GAROFALO, *Riforma del mercato del lavoro e apprendistato: un intervento inevitabile*, LG, 2015, spec. 1158 ss.

## Solidarietà e codatorialità negli appalti\*

Giovanni Costa

1. Un sistema a geometria variabile nel tempo e nello spazio.	327
2. L'evoluzione normativa in tema di utilizzazione indiretta del lavoro.	327
3. La disciplina della responsabilità solidale negli appalti: il restyling infinito.	329
A) D.LGS. n. 276/2003	329
B) D.LGS. n. 81/2008	334
4. Il sistema delle tutele nell'appalto non genuino.	337
5. La qualificazione delle obbligazioni solidali negli appalti.	340
6. Codatorialità e appalti.	341
7. Qualche considerazione conclusiva.	345

---

\* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 302/2016

## 1. Un sistema a geometria variabile nel tempo e nello spazio.

L'utilizzazione indiretta del lavoro negli appalti è un tema in continua evoluzione, nutrito di una pluralità di intrecci come pochi altri nel diritto del lavoro. Ciò spiega perché l'attenzione degli attori istituzionali e degli operatori del diritto non si sofferma più, esclusivamente, sulla distinzione tra fattispecie "patologica" e fattispecie "fisiologica" dei fenomeni di esternalizzazione che si realizzano tramite appalto, ma si dirige nell'ottica delle politiche di competitività dell'impresa. E cioè, a me pare che, in questo ambito, il diritto del lavoro, più che in altri, compia uno sforzo maggiore sul piano del suo auspicato intrinseco rinnovamento<sup>825</sup>, non svolgendo più esclusivamente la tradizionale e, ad esso connaturata, funzione di tutela dei lavoratori e delle condizioni di lavoro, quanto, interessandosi anche all'altro soggetto del contratto di lavoro - spesso posto in secondo piano<sup>826</sup> - giungendo così a definire tecniche di regolazione della competitività tra le imprese.

La disciplina della responsabilità solidale negli appalti, infatti, contrastando le forme più palesi di concorrenza sleale tra le imprese, comporta la graduale, ma, ineludibile, estromissione di tutti quei soggetti che non risultino in grado di garantire gli standard normativi ed economici in tema di organizzazione, sicurezza sul lavoro, qualificazione professionale, regolarità previdenziale e contributiva previsti dalla legge, aspetti che tutti incidono necessariamente sulle politiche di competitività e sulla concorrenza delle imprese, consentendo, pertanto, una migliore regolazione del mercato degli appalti.

## 2. L'evoluzione normativa in tema di utilizzazione indiretta del lavoro.

L'atteggiamento del legislatore nei confronti di tale fenomeno non è stato sempre promozionale, anzi.

Già l'art. 2127 c.c. vietava all'imprenditore di «*affidare a propri dipendenti lavoro a cottimo da eseguirsi da prestatori di lavoro assunti e retribuiti direttamente dai dipendenti medesimi*». Si trattava, in realtà, di un caso del tutto peculiare di interposizione che determinava la responsabilità dell'imprenditore per i crediti dei lavoratori assunti dal proprio dipendente.

Come ben noto, la successiva l. 23 ottobre 1960, n. 1369 introduceva, invece, una disciplina completa e rigorosissima del fenomeno interpositorio che assorbiva la disposizione codicistica. Tale legge, infatti, non si limitava a porre un divieto di interposizione nel cottimo realizzata mediante qualsiasi intermediario, ma vietava l'esecuzione di mere prestazioni di lavoro mediante l'impiego di manodopera assunta e retribuita dall'appaltatore o dall'intermediario, ponendo, inoltre, una presunzione assoluta di legge a favore dell'illegittimità dell'appalto per il caso in cui esso fosse eseguito con utilizzazione di mezzi, capitali e macchinari di provenienza dell'appaltante, quand'anche per il loro utilizzo venisse corrisposto a questi un compenso. Ne conseguiva che, anche un appalto d'opera o servizio eseguito dall'appaltatore con organizzazione e gestione propria, nonché con assunzione del rischio d'impresa, rientrava nel divieto in esame, nell'evenienza di impiego di mezzi, capitali e macchinari forniti dal committente, anche se a titolo oneroso<sup>827</sup>.

<sup>825</sup> TREU T., *Prolusione*, Atti del Convegno "La solidarietà da riscoprire", organizzato dal Centro Europeo di Diritto del lavoro e di Relazioni industriali dell'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano e tenutosi in data 12 marzo 2007, Milano, 81.

<sup>826</sup> BARBERA M., *Trasformazione della figura del datore di lavoro e flessibilizzazione delle regole del diritto del lavoro*, in Atti del XVI Congresso Nazionale AIDLAs, Catania 21-23 maggio 2009, Milano, 2009, 7.

<sup>827</sup> Cfr. MAZZOTTA O., *Rapporti interpositori e contratto di lavoro*, Milano, 1979, 23-25.

Un primo varco al divieto di interposizione di manodopera venne aperto dalla giurisprudenza a partire dagli anni '70 del Novecento. I giudici<sup>828</sup>, infatti, nonostante le perplessità illustrate da parte della dottrina<sup>829</sup> cominciavano a ritenere conforme alla legge il c. d. distacco che, seppur lontano dall'essere considerato un istituto di generale applicazione configurava lecito, per la prima volta, il decentramento dell'attività di lavoro, profilando un modello alternativo di organizzazione dell'impresa.

Una seconda deroga al divieto di interposizione di manodopera era stata poi prevista con l'introduzione del lavoro temporaneo tramite agenzia<sup>830</sup>. Esso, tuttavia, costituiva solo un'eccezione rispetto al generale divieto di interposizione che continuava ad applicarsi in ogni caso di fuoriuscita dalla fattispecie<sup>831</sup>. In realtà, il divieto di interposizione veniva da più parti considerato in contrasto con l'ordinamento comunitario in presenza di un monopolio pubblico del servizio di collocamento non in grado di soddisfare, per tutti i tipi di attività, la domanda esistente sul mercato del lavoro; l'abolizione del suddetto monopolio, tuttavia, aveva eliminato il contrasto, sicché il divieto di interposizione era potuto rimanere tranquillamente in vigore.

Parallelamente al diffondersi delle tecniche di *outsourcing*, poi, le forme organizzative<sup>832</sup> del lavoro che si affacciavano sul finire del Novecento, imponevano un ripensamento delle tradizionali tecniche di tutela dei lavoratori, poiché «*il lavoro stesso si declina al plurale e la nozione di subordinazione perde la sua attitudine selettiva*»<sup>833</sup>, non rappresentando più l'unico modo di prestare lavoro o di utilizzare la manodopera da parte del datore<sup>834</sup>. La presunzione di cui all'art. 1 co. 3, l. n. 1369/1960, infatti, veniva ad essere svalutata<sup>835</sup> e la proprietà dei mezzi di produzione, specialmente nei casi di appalto ad alta intensità di lavoro<sup>836</sup>, iniziava ad essere valutata dalla giurispru-

<sup>828</sup> Le pronunce richiedevano alcuni specifici requisiti: a) che il distacco fosse temporaneo, senza con ciò implicare una durata più o meno lunga del distacco, nè la predeterminazione della stessa; b) che il distacco mirasse a soddisfare un interesse organizzativo del distaccante che doveva permanere per tutta la sua durata. Su tutte cfr. Cass. Civ., sez. lav., n. 9517/1992, in *Not. Giur. Lav.*, 1993, 42; Cass. Civ., sez. lav., n. 1325/1988, in *Mass. Giust. Civ.*, 1988, 648.

<sup>829</sup> CARINCI M.T., *Il divieto di interposizione: novità e continuità dopo la legittimazione del lavoro temporaneo*, in *Quad. Dir. Lav. Rel. Ind.*, n. 22/1999, 184; DEL PUNTA R., *Appalto di manodopera e subordinazione*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1995, 646; LORIGA G., *La disciplina giuridica del lavoro in appalto*, Milano, 1975, 111.

<sup>830</sup> Artt. 1-11, l. n. 196/1997.

<sup>831</sup> In questo senso v., in dottrina, BONARDI O., *L'utilizzazione indiretta dei lavoratori*, Milano, 2001, 52; in giurisprudenza, *ex multis*, v. Cass. Civ., sez. lav., n. 16146/2004, in *Foro It.*, 2004, I, 2994.

<sup>832</sup> V. MUTTI A., *Sociologia economica: il lavoro fuori e dentro l'impresa*, Bologna, 2002; SIMITIS S., *Il diritto del lavoro ha ancora un futuro?*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1997, 609 ss.; BOLOGNA S.–FUMAGALLI A. (a cura di), *Il lavoro autonomo di seconda generazione. Scenari del postfordismo in Italia*, Bologna, Feltrinelli, 1997; CARABELLI U., *Organizzazione del lavoro e professionalità: una riflessione su contratto di lavoro e posttaylorismo*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2004, 1 ss.

<sup>833</sup> CORAZZA L., *La nuova nozione di appalto nel sistema delle tecniche di tutela del lavoratore*, in W.P. C.S.D.L.E., "Massimo D'Antona" 93/2009, 25.

<sup>834</sup> NAPOLI M., *Impresa, mercati, regole*, Milano, 2009, 35.

<sup>835</sup> Cfr. Cass. Civ., sez. lav., n. 2852/2004 in *RIDL*, 2005, 116; Cass. Civ., sez. lav., n. Civ., sez. lav., n. 17574/2003; Cass. Civ., sez. lav., n. 6128/1999, in *Mass. Giust. Civ.*, 1999, 1430. In dottrina, v. DEL PUNTA R., *Appalto di manodopera e subordinazione*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. ind.*, 1995, 628.

<sup>836</sup> BONARDI O., *L'utilizzazione indiretta...op. cit.*, 96; DEL PUNTA R., *Problemi attuali e prospettive in tema di interposizione di manodopera*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2002, 289.

Gli appalti *labour intensive* sono caratteristici del terziario: appalti di pulizia, giardinaggio, facchinaggio, gli appalti del settore informatico, *engineering*, gestione amministrativa del personale.

denza della Corte di Cassazione in modo flessibile e circostanziato<sup>837</sup> ai singoli rapporti di lavoro al punto che «*la soglia minima di imprenditorialità dell'appaltatore può consistere anche solo nell'esercizio del potere direttivo e la genuinità dell'appalto viene accertata con indici che coincidono con quelli utilizzati nella qualificazione del lavoro subordinato*»<sup>838</sup>.

Occorre poi evidenziare come in quegli stessi anni, dai più, veniva rilevata una possibile sovrapposizione tra la fattispecie di cui all'art. 1, co. 3, l. n. 1369/1960 e quella del trasferimento del ramo di azienda<sup>839</sup>. La questione si poneva con riferimento a tutte quelle ipotesi in cui al procedimento di esternalizzazione di alcune attività aziendali tramite il trasferimento di una parte dell'attività ad un soggetto terzo seguiva la c.d. internalizzazione: attraverso un contratto di appalto la stessa attività prima svolta dai dipendenti del cedente-appaltante veniva svolta dagli stessi lavoratori e con gli stessi mezzi produttivi a favore del cessionario-appaltatore<sup>840</sup>. Una lettura molto rigida del terzo comma dell'art. 1, l. 1369/1960, avrebbe imposto di considerare illecito il contratto di appalto; tuttavia la sempre maggiore diffusione di operazioni economiche di questo genere induceva la dottrina e la giurisprudenza a considerare la fattispecie in questione alla stregua di lecite ipotesi di appalto di servizi.

Si rendeva, dunque, manifesto come fosse necessario un intervento riformatore del legislatore che riorganizzasse e riconducesse ad unità la materia.

### 3. La disciplina della responsabilità solidale negli appalti: il restyling infinito.

#### A) D.LGS. n. 276/2003

I confini dell'appalto genuino sono stati ridisegnati dal legislatore del d.lgs. n. 276/2003. L'art. 29 del suddetto decreto<sup>841</sup>, infatti, al primo comma, ha introdotto una definizione degli elementi costitutivi dell'appalto diretta a precisare la fattispecie di cui all'art. 1655 c.c., alla luce del rischio di impresa, del requisito dell'organizzazione dei mezzi necessari da parte dell'appaltatore, che può, così, risultare, in relazione alle specifiche esigenze dell'opera o del servizio dedotti nel contratto, dall'esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati

<sup>837</sup> *Ex plurimis*, Cass. Civ., S.U. n. 10183/1990, in Foro It., 1992, I, 524, con nota di Scarpelli F. In questa pronuncia le Sezioni Unite attribuiscono ai beni immateriali e al *know-how* dell'impresa un valore aggiunto rispetto alla mera prestazione di lavoro, sicché l'apporto di tali fattori esclude l'illiceità della fornitura di manodopera e si ritiene sufficiente a qualificare come genuino l'appalto, pur in presenza dell'utilizzazione dei mezzi materiali del committente da parte dell'appaltatore.

<sup>838</sup> Così CARINCI M.T., *La fornitura di lavoro altrui*, in Il Codice Civile. Commentario diretto da Schlesinger P., Milano, 2000, 86 ss.

<sup>839</sup> Cfr. DE LUCA TAMAJO R., SALIMBENI M.T., *Il trasferimento d'azienda*, in Brollo M. (a cura di), *Il mercato del lavoro*, Trattato di diritto del lavoro diretto da M. Persiani e F. Carinci, Padova, 2012, 1460.

<sup>840</sup> Caso emblematico è stato quello della Ansaldo Trasporti s.p.a., che prima ha costituito un autonomo reparto dei servizi di manutenzione e poi lo ha trasferito ad un'altra società alla quale ha appaltato i medesimi servizi. Si vedano, in particolare, le sentenze Pret. Milano, 16 settembre 1998 e Pret. Genova 22 ottobre 1998, in RIDL, 1999, II, 416, con nota di Corazza L. In argomento anche ICHINO P., *Il diritto del lavoro e i confini dell'impresa*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1999, 203 ss e Romei R., *Cessione di ramo d'azienda ed appalto*, relazione per le giornate di studio dell'AIDLASS, su *Diritto del lavoro e nuove forme di decentramento produttivo*, Trento, 4-5 giugno 1999, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1999, 325 e 364 ss.

<sup>841</sup> Si tenga, altresì, presente che con l'art. 32, d.lgs. n. 276/2003 il legislatore è intervenuto con la riformulazione dell'art. 2112 c.c., legittimando le operazioni di c.d. internalizzazione a seguito di trasferimento di ramo d'azienda e delineando tra gli imprenditori coinvolti un regime di solidarietà di cui all'art. 29, comma secondo, d.lgs. n. 276/2003. Sul punto Cfr. DE LUCA TAMAJO R., SALIMBENI M.T., *Il trasferimento d'azienda*, op. cit., 1462; SPEZIALE V., *Appalti e trasferimento d'azienda*, in W.P. C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" 41/2006.

nell'appalto<sup>842</sup>, secondo quanto già in precedenza accolto dalla giurisprudenza di merito e di legittimità<sup>843</sup>. Il secondo comma dell'art. 29, invece, prevede che il committente sia obbligato in solido con l'appaltatore e gli eventuali subappaltatori per i trattamenti retributivi e contributivi previsti in favore dei lavoratori occupati nell'ambito dell'appalto, entro il limite di due anni dalla data di cessazione dello stesso. Il suddetto vincolo solidale è derogabile dalla contrattazione collettiva nazionale a condizione di prevedere metodi e procedure di controllo e verifica della regolarità degli appalti. Si prevede, inoltre, che l'obbligato in solido possa opporre il beneficio della preventiva escussione del patrimonio del debitore principale e degli eventuali subappaltatori. Rispetto alla disciplina di cui alla l. 1369/1960, dunque, la vera novità si registra non sul piano dell'introduzione di una nuova fattispecie, quanto semmai, sul piano delle tecniche di tutela predisposte dal legislatore: difatti essa opera a prescindere dall'esame concreto della tipologia delle prestazioni effettuate e dalle caratteristiche dell'organizzazione dell'appaltatore, di talché, il committente risponde comunque per il pagamento delle retribuzioni dei dipendenti dell'impresa appaltatrice anche qualora non vi siano dubbi sulla sussistenza della genuinità dell'appalto<sup>844</sup>.

Di grande impatto è il coinvolgimento dell'intera filiera contrattuale: rispondono in solido per il pagamento delle retribuzioni, dei contributi e dei premi assicurativi non soltanto il committente e l'appaltatore, ma ogni singolo imprenditore impegnato in un subappalto.

Un altro elemento di rottura rispetto al passato è stata la facoltà concessa alla contrattazione collettiva nazionale di categoria di prevedere la possibilità di deroga alla disciplina ora descritta<sup>845</sup>. Sul punto sorgono problemi di coordinamento con il disposto dell'art. 8, d.l. n.138/2011, convertito in l. n. 148/2011, atteso che, secondo un primo orientamento, quest'ultimo risulterebbe incompatibile con la disciplina dell'art. 29, secondo comma, sia sul piano soggettivo che oggettivo, e dovrebbe, dunque, intendersi tacitamente abrogato; secondo un diverso orientamento, invece, le due norme coesisterebbero dando vita a una duplice possibilità derogatoria a livello nazionale e a livello aziendale e territoriale<sup>846</sup>.

Anche la l. n. 92/2012 è intervenuta sul regime della solidarietà.

In particolare, è stata eliminata la possibilità per il lavoratore dipendente dell'appaltatore di convenire in giudizio il solo committente e, conseguentemente, è stato eliminato il doppio regime

<sup>842</sup> La sussistenza di entrambi i requisiti traccia la linea di demarcazione tra appalto genuino e somministrazione autorizzata di lavoro e la mancanza degli stessi si traduce nella sanzione civilistica della costituzione del rapporto di lavoro alle dipendenze dell'utilizzatore effettivo e nelle previsioni di cui agli artt. 18 e 19 del d.lgs. 276/2003.

<sup>843</sup>Cfr. Cass. Civ., sez. lav., n. 13015/1993; Cass. Civ., sez. lav., n. 4585/1994; Cass. Civ., S.U. n. 10183/1990; Peraltro, autorevole dottrina evidenzia come la riforma dell'art. 29, comma secondo, si concreti in un adeguamento del dato normativo al dato empirico, da cui risulta inequivocabilmente come l'esternalizzazione di attività e di fasi del processo produttivo al di fuori dell'azienda per il tramite del contratto d'appalto risponda alle nuove esigenze di organizzazione dell'impresa. Cfr. CARINCI M. T., *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro*, Milano, 2013; 132; ALBI P., *Il contratto di appalto*, in Brollo M. (a cura di), *Il mercato del lavoro*, Trattato di diritto del lavoro diretto da Persiani M. e Carinci F., Padova, 2012, 1607;

<sup>844</sup> Cfr. FERRANTE V., BRICCHI M., *Solidarietà e responsabilità del committente nella disciplina dell'appalto alla luce della più recente giurisprudenza*, op. cit., 473; IZZI D., *Appalti e responsabilità solidale*, in Aimo M., IZZI I (a cura di), *Esternalizzazioni e tutela dei lavoratori*, Torino, 2014, 72.

<sup>845</sup> Sebbene, essa sia stata poi abrogata dalla l. n. 296/2006 per essere reintrodotta nel 2011 con il d.l. n. 138, poi convertito in l. n. 148/2011 e dalla l. n. 92/2012.

<sup>846</sup>Cfr. MUTARELLI M.M., *Contrattazione collettiva e tutela dell'occupazione negli appalti*, in Ferraro G., Cinelli M. (a cura di), *Redditi e occupazione nelle crisi d'impresa: tutele legali e convenzionali nell'ordinamento italiano e dell'Unione europea*, 2014, 88 e gli autori ivi citati.

introdotto con l. n. 35/2012 che stabiliva due distinte discipline a seconda che il committente fosse convenuto in giudizio da solo o congiuntamente all'appaltatore<sup>847</sup>.

La modifica è da salutare con favore in quanto il committente rispetto al rapporto di lavoro è pur sempre un terzo estraneo, per cui qualora fosse stato convenuto in giudizio da solo avrebbe avuto scarse possibilità di improntare un'adeguata difesa, limitandosi a invocare la non applicabilità della responsabilità solidale, non conoscendo le vicende relative al regolamento contrattuale e alle concrete modalità di espletamento della prestazione lavorativa<sup>848</sup>.

La nuova formulazione ha, inoltre, portato chiarezza relativamente alla questione dell'operatività del beneficio di escussione preventiva nei confronti degli enti previdenziali con riferimento alle azioni da questi intraprese nei confronti del committente per il recupero dei contributi previdenziali e assicurativi, in quanto nel testo precedente il riferimento alla necessità di indicare i beni del patrimonio dell'appaltatore sui quali il lavoratore può agevolmente soddisfarsi poteva far ritenere l'esclusione del suddetto beneficio nei confronti degli Enti suddetti<sup>849</sup>.

Riguardo all'interpretazione da attribuire alla locuzione «*il committente imprenditore o datore di lavoro può eccepire, nella prima difesa, il beneficio della preventiva escussione del patrimonio dell'appaltatore medesimo e degli eventuali subappaltatori*» deve ravvisarsi l'opinione contrastante della dottrina<sup>850</sup>. Da una parte si sostiene che la genericità del rinvio alla prima difesa, e non alla memoria difensiva o al termine di costituzione, comporta che il beneficio possa essere sempre eccipito in qualsiasi primo atto difensivo e, dunque, anche oltre il termine di cui all'art. 416 c.p.c.<sup>851</sup>.

Dall'altra, la non rilevabilità d'ufficio dell'eccezione non sembra consentire lo scavalco del termine di costituzione del convenuto che, a norma dell'art. 416 c. p. c., deve proporre nella memoria costitutiva le «*eccezioni processuali e di merito che non siano rilevabili d'ufficio*».

In tale ottica, il richiamo alla prima difesa può interpretarsi come riferito al tempestivo deposito della memoria di costituzione nel giudizio di primo grado, con la conseguenza che la decadenza non va riferita al termine di costituzione, ma al compimento dell'atto: ove il beneficio dell'escussione preventiva non sia stato eccipito nella memoria di costituzione tempestivamente depositata la parte resistente non potrà sollevare tale eccezione successivamente, nonostante il termine

<sup>847</sup> CORAZZA L., *Somministrazione di lavoro e appalti*, in Santoro Passarelli G., *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, Torino, 2014, 1679; DE LUCA TAMAJO R.-MAZZOTTA O., *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, Padova, 2013, 2091; in giurisprudenza v. Trib. Como, sez. lav., 15 gennaio 2015 (ord.); Trib. Terni, sez. lav., 25 febbraio 2013.

<sup>848</sup> V. MIMMO G., *Nuovo intervento ravvicinato sull'appalto di opere o servizi*, in La riforma del lavoro, Il Sole 24 Ore, Guida normativa, 2012, 83, secondo il quale «*il committente avrebbe avuto difficoltà a rilevare eccezioni di fatto riservate al datore di lavoro come ad esempio l'eccezione di pagamento, ovvero contestare nel merito una richiesta come i compensi per prestazione di lavoro straordinario*»; Idem, *La responsabilità solidale del committente*, in Sordi P., Papetti C., Fedele I., Palladini A., (a cura di), *La riforma del lavoro. Primi orientamenti giurisprudenziali dopo la Legge Fornero*, Milano, 2013, 653.

<sup>849</sup> IZZI D., *Appalti e responsabilità solidale*, op. cit., 77.

<sup>850</sup> A tal proposito, MUTARELLI M., *La solidarietà negli appalti per i crediti dei lavoratori*, in Cinelli M., Ferraro G., Mazzotta O (a cura di) *Il nuovo mercato del lavoro: dalla riforma Fornero alla l. di stabilità 2013*, Torino, 2013, 720 ritiene che si tratti di forma anomala di *beneficium excussionis*, che opera normalmente nella fase esecutiva e non in sede di cognizione ordinaria. L'anticipazione, prevista dalla norma, dell'eccezione di escussione preventiva alla fase cognitiva del giudizio risponderebbe, con ogni probabilità, al fine di rendere più agevole la successiva esecuzione limitandone le opposizioni. Diversamente, ritengono si tratti non di regime speciale, ma piuttosto di applicazione delle norme in tema di fidejussione secondo la disciplina civilistica FERRANTE V., BRICCHI M., *Solidarietà e responsabilità del committente nella disciplina dell'appalto alla luce della più recente giurisprudenza*, op. cit., 479; CARINCI M.T., *Utilizzazione e acquisizione indiretta...* op.cit., 124.

<sup>851</sup> In questi termini MIMMO G., *Il regime di solidarietà...*, op. cit., 536; MUTARELLI M., *La solidarietà negli appalti per i crediti dei lavoratori*, op.cit., 721.

di costituzione non sia ancora scaduto, analogamente a quanto previsto dall'art. 428 c. p. c. in relazione all'eccezione di incompetenza<sup>852</sup>.

Autorevole dottrina<sup>853</sup> ha osservato che in considerazione del tenore letterale della norma «*Il giudice accerta la responsabilità solidale di tutti gli obbligati*», la sentenza emessa in tale giudizio dovrebbe avere natura di pronuncia di mero accertamento nei confronti del committente. Secondo tale opinione ciò deriverebbe dalla *ratio* di evitare azioni separate nei confronti del committente, nonché indebite procedure a suo carico che darebbero luogo ad una proliferazione irragionevole del contenzioso prima dell'escussione negativa del patrimonio dell'appaltatore e del subappaltatore.

In realtà, appare preferibile una diversa impostazione, secondo la quale, la necessità del litisconsorzio tra appaltatore e committente e la previsione che il committente è convenuto in giudizio unitamente ad appaltatore e subappaltatore «*per il pagamento*» postula la natura di condanna dell'azione esercitata e della relativa sentenza che ne definisce il giudizio<sup>854</sup>.

Ulteriori argomenti a sostegno possono desumersi dal fatto che tutte le sentenze di condanna contengono di per sé una pronuncia sull'accertamento del diritto che si intende far valere e che, non potendosi mettere in esecuzione una sentenza di mero accertamento vi sarebbe la necessità di formare un titolo esecutivo separato nei confronti del committente.

A parere di chi scrive, dunque, la sentenza che definisce il giudizio nei confronti del committente ha natura di sentenza condizionata di condanna, la cui efficacia verso il committente è condizionata al verificarsi di un evento futuro e incerto, ovvero al compimento di un determinato adempimento, che non richiede un altro accertamento di merito in un apposito giudizio di cognizione, ma può semplicemente essere fatto valere in sede di esecuzione<sup>855</sup>.

Sul tema della responsabilità solidale negli appalti è intervenuto, altresì, il d. l. n. 76/2013, convertito in l. n. 99/2013.

Con quest'ultimo intervento il legislatore, più che modificare la disciplina della responsabilità solidale negli appalti, ha inteso fornire un'interpretazione autentica rispetto alla sua applicazione. Il comma 1 dell'art. 9 del decreto in commento, infatti, specifica ulteriormente il contenuto dell'art. 29, secondo comma, del d. lgs. n. 276/2003.

La norma limita, anzitutto, l'efficacia della clausola di riserva introdotta dalla legge n. 92/2012 circa la derogabilità della responsabilità solidale da parte della contrattazione collettiva di settore alla sola parte retributiva, escludendo gli aspetti previdenziali e assicurativi che, invece, rimangono regolati da norme inderogabili di legge<sup>856</sup>.

<sup>852</sup> V. CASSAR S., *La responsabilità solidale negli appalti alla luce delle recenti modifiche legislative*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2012, 834 ss..

<sup>853</sup> TOSI P., *Appalto di opere o di servizi e solidarietà dopo la Legge n. 92/2012*, in *Il Lavoro nella giurisprudenza*, 2012, 162.

<sup>854</sup> CASSAR S., *La responsabilità solidale negli appalti...*, op. cit., 840; LOZITO M., *Tutele e sottotutele del lavoro negli appalti privati*, op. cit., 66; IZZI D., *Appalti e responsabilità solidale*, op. cit., 89.

<sup>855</sup> In tale tipologia di provvedimenti, infatti, la condizione opera sul terreno strettamente processuale, pur non mancando ipotesi in cui è la legge stessa a stabilire espressamente la subordinazione dell'efficacia esecutiva di una sentenza ad un adempimento determinato, come nel caso della sentenza di rilascio di immobile non locato per uso non abitativo, la cui esecuzione è condizionata alla corresponsione dell'indennità per perdita dell'avviamento ex art. 34, co 3, l. n. 392/1978. Cfr. MANDRIOLI C., *Diritto processuale civile*, I, XXIV ed., Torino, 2015, 76.

Per approfondimenti sulle sentenze condizionate v. ZUFFI B., *Sull'incerto operare del fenomeno condizionale nelle sentenze di accertamento e di condanna*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, 991 ss. ed i riferimenti bibliografici ivi contenuti.

<sup>856</sup> Il Ministero del Lavoro in risposta all'interpello n. 9 del 17 aprile 2015, specifica che «*queste eventuali eccezioni previste dai contratti collettivi di lavoro possono riguardare metodi e procedure di controllo e di verifica della regolarità complessiva degli appalti adeguati*

Si ridefinisce, inoltre, l'ambito soggettivo di applicazione della responsabilità solidale sancendo l'immunità delle Pubbliche Amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2 del d. lgs. n. 165/2001, committenti di un contratto d'appalto, stante il dibattito che ha visto a lungo impegnate la dottrina e la giurisprudenza e che era giunto, per orientamento prevalente, a conclusioni latamente opposte<sup>857</sup>.

La responsabilità dell'Ente pubblico, dunque, viene limitata, per inequivoca<sup>858</sup> disposizione di legge, a quanto previsto dall'art. 1676 c.c. Tale atteggiamento del legislatore, dettato certamente da esigenze di finanza pubblica, potrebbe, tuttavia, incorrere in profili di illegittimità per violazione del principio di razionalità ex art. 3 Cost., inteso come coerenza e non contraddittorietà dell'ordinamento giuridico<sup>859</sup>, che impone l'eliminazione della norma che viola l'unità del sistema. Non si comprende, infatti, perché il committente privato soggiaccia al regime di responsabilità solidale, mentre la Pubblica Amministrazione committente di un'opera o di un servizio ne rimanga del tutto immune.

Ulteriori margini di perplessità, poi, provengono dal fatto che la lettera della norma non specifica se l'esclusione dal regime di solidarietà riguardi solo la Pubblica Amministrazione committente o anche gli affidatari privati che subappaltino ad esecutori privati una parte delle attività. In altre parole, è controverso se la presenza della Pubblica Amministrazione provochi come effetto l'esclusione della responsabilità solidale per tutti coloro che vengono coinvolti nell'appalto o, se tra i privati, si applichi regolarmente la disciplina ex art. 29, secondo comma, del d.lgs. n. 276/2003<sup>860</sup>.

Occorrerà attendere le prime pronunce della giurisprudenza per avere qualche indicazione al riguardo.

---

*a garantire l'assolvimento degli obblighi da parte dell'appaltatore solo con riferimento alla retribuzione dei lavoratori impiegati nell'appalto o nel subappalto, mentre deve ritenersi escluso qualsiasi effetto in relazione ai contributi previdenziali e assicurativi».*

<sup>857</sup>Cfr. Trib. Torino, sez. lav., 17 maggio 2011, secondo cui «la esclusione dell'applicazione di questa regola quando committente sia una pubblica Amministrazione è priva di qualsiasi ragionevolezza. La cosa altro non verrebbe a creare se non una ingiustificata discriminazione fra i dipendenti di una stessa impresa di servizi insolvente a seconda che essi vengano impiegati presso committenti privati o presso committenti pubblici. La natura del committente nulla giustifica in relazione alla situazione dei lavoratori da proteggere». Nello stesso senso Trib. Milano, sez. lav., 13 dicembre 2012, in *Giur. merito*, 2012; 1889 con nota di Mimmo G.; Cass. Civ., sez. lav., n. 5806/2012; Trib. Novara, sez. lav., 3 marzo 2011, in *D.L.- Riv. Crit. Dir. lav.* 2011, 1, 483; C. App. Genova, sez. lav., 7 ottobre 2011; Trib. Ivrea, sez. lav., 30 giugno 2011; Trib. Torino, sez. lav. 17 maggio 2011; Trib. Milano, sez. lav., n. 317/2010, in *Riv. it. dir. lav.*, 4, II, 888, 2010; Trib. Lamezia Terme, sez. lav., 21 ottobre 2009; Trib. Milano, sez. lav., n. 4859/2008, in *D.L. Riv. Crit. Dir. lav.*, 2009, 1, 226. *Contra*: C. App. Torino, sez. lav., 9 maggio 2012 e C. App. Torino, sez. lav., 26 settembre 2011.

<sup>858</sup>Sull'art. 1, comma 2, d. lgs. n. 276/2003 e sul contrastato dibattito in dottrina cfr. IMBERTI L., *Responsabilità solidali negli appalti e subappalti dopo il d.l. n. 9772008: una disciplina in continuo movimento*, in *Lavoro nella giurisprudenza*, 2008, 665, secondo il quale «Il chiaro tenore letterale dell'art. 1, comma 2 ... porta ad escludere gli appalti pubblici dal campo di applicazione della responsabilità solidale ex art. 29». Analogamente CHIECO P., *Lavoro e responsabilità solidale*, in *Lavoro nella giurisprudenza*, 2007, 471; BORLE GIOPPI A., *La responsabilità solidale nell'appalto*, in *Lavoro e previdenza oggi*, 2008, 1625. Di contrario avviso ALVINO I., *Il regime delle responsabilità negli appalti*, in *Giornale di diritto del lavoro e relazioni industriali*, 2007, 534, secondo cui «Il decreto delegato deve essere interpretato nel senso di precludere alle pubbliche amministrazioni esclusivamente l'accesso ai nuovi istituti contrattuali introdotti dalla riforma». Concordi PIOVESANA G., SPOLVERATO E., *Disciplina degli appalti nella P.A.*, in *Diritto e pratica del lavoro*, 2007, 1998 e MEZZACAPO S., *Disposizioni generali*, in De Luca Tamajo R., Santoro Passarelli G. (a cura di) *Il nuovo mercato del lavoro*, Padova, 2007, 17.

<sup>859</sup>V. CARTABIA M., *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in *Atti della Conferenza trilaterale delle Corti Costituzionali italiana, portoghese e spagnola tenutasi a Roma, Palazzo della Consulta, 24-26 ottobre 2013*, 16; SCACCIA G., *Controllo di ragionevolezza delle leggi e applicazione della Costituzione*, in *Nova juris interpretatio*, Roma 2007, 302;

<sup>860</sup>Cfr. SFERRAZZA M., VENDITTI V., *Responsabilità solidale negli appalti: la nuova disciplina*, in *Diritto e pratica del lavoro*, n. 6/2014, 322.

La precisazione più importante attuata con il d. l. n. 76/2013, però, è quella costituita dall'estensione del regime della solidarietà per i profili retributivi, previdenziali ed assicurativi nei confronti dei lavoratori con contratto di natura autonoma, superando le obiezioni di quanti<sup>861</sup> ritenevano inapplicabile ai rapporti di lavoro autonomo l'art. 29, secondo comma del decreto legislativo n. 276/2003.

Anche in questa ipotesi, tuttavia, sorgono diversi dubbi. Se la previsione dei lavoratori parasubordinati appare conferire certezza normativa ad indirizzi interpretativi già diramati dal Ministero del lavoro e delle Politiche sociali<sup>862</sup>, quella relativa ai lavoratori autonomi può risultare incoerente con la disciplina assicurativo-contributiva che presiede alla regolamentazione del rapporto di lavoro autonomo. Infatti, se tale estensione non provoca problemi relativamente ai crediti imputabili come compensi, perplessità sorgono in ordine agli obblighi di natura previdenziale ed assicurativa. Tali obblighi, come noto, non sussistono in caso di prestazioni autonome occasionali di lavoro rese da soggetti non titolari di partita IVA entro la soglia dei cinquemila euro di compenso. Occorre muovere, allora, dalla *ratio* del regime della responsabilità solidale, ovvero quella di ottenere la maggior tutela del credito dei lavoratori. La previsione che consente al lavoratore di convenire in giudizio per il pagamento tutti i soggetti coinvolti nella filiera dell'appalto appare logica e coerente con l'impianto complessivo della materia nelle ipotesi in cui il proprio datore di lavoro-sostituto d'imposta non versi i contributi ed i premi assicurativo-previdenziali cui è tenuto. Invece, per il caso del lavoratore autonomo che è chiamato a versare personalmente i propri contributi, non rinvenendosi alcun sostituto d'imposta, non vi è alcun fondamento. Dunque, l'unica interpretazione coerente con la disciplina positiva ad oggi in vigore appare essere quella che il committente risponda in solido con l'appaltatore e gli eventuali subappaltatori in relazione ai contratti a progetto, nonché alle prestazioni di lavoro occasionale e alle prestazioni d'opera professionale, sebbene in queste ipotesi il vincolo di solidarietà si avrà limitatamente al pagamento del compenso stesso<sup>863</sup>.

#### B) D.LGS. n. 81/2008

Nell'ambito degli appalti la responsabilità solidale in tema di salute e sicurezza svolge la funzione di garantire una tutela rafforzata ai lavoratori che prestano la loro opera nei cantieri attraverso il riconoscimento di un'obbligazione risarcitoria in capo al committente, appaltatore e subappaltatori e, al contempo, di diffondere *best practices* per l'osservanza della normativa antinfortunistica, posto che, da un inadempimento degli operatori economici derivano le conseguenze risarcitorie anzidette.

Il comma 4 dell'art. 26, d. lgs. n. 81/2008 stabilisce che «*Ferme restando le disposizioni di legge vigenti in materia di responsabilità solidale per il mancato pagamento delle retribuzioni e dei contributi previdenziali e assicurativi, l'imprenditore committente risponde in solido con l'appaltatore, nonché con ciascuno degli eventuali subappaltatori, per tutti i danni per i quali il lavoratore, dipendente dall'appaltatore o dal subappaltatore, non risulti indennizzato ad opera dell'Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro (INAIL) o dell'Istituto di previdenza per il*

<sup>861</sup>CARINCI M. T., *Tutela e sicurezza del lavoro negli appalti privati e pubblici. Inquadramento giuridico ed effettività*, Torino, 2013, 20; IMBERTI L., *La disciplina ...*, op. cit., 34; BURRAGATO G., *La disciplina giuslavoristica degli appalti...*, op. cit., 5.

<sup>862</sup> Al riguardo Cfr. il *Vademecum* del Ministero del Lavoro e delle Politiche sociali del 22 aprile 2013.

<sup>863</sup> GAMBERINI G., *Responsabilità solidale negli appalti: va dove ti porta il Ministero*, in Tiraboschi M. (a cura di), *Commento al decreto legge 28 giugno 2013 n. 76 "Interventi urgenti per la promozione dell'occupazione, in particolare giovanile e della coesione sociale"*, Adapt University Press, 2013, 244.

settore marittimo (IPSEMA). Le disposizioni del presente comma non si applicano ai danni conseguenza dei rischi specifici propri dell'attività delle imprese appaltatrici o subappaltatrici.

La prima annotazione da muovere è, indubbiamente, che il riferimento ai danni non indennizzati dall'INAIL e dall'IPSEMA ha fin da subito destato numerose perplessità. Appare alquanto difficile, infatti, individuare casi di infortuni sul lavoro non indennizzati dagli enti di previdenza pubblica, sia perché l'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro copre la quasi totalità dei lavoratori, sia perché in forza del principio di automaticità delle prestazioni assicurative il lavoratore ha comunque il diritto a ricevere l'indennità previdenziale a prescindere dall'effettivo versamento dei premi-contributi.

Il significato da attribuire alla norma è, dunque, che l'esclusione operi con riferimento alle voci di danno non coperte dall'assicurazione, vale a dire i danni differenziali e i danni complementari ed all'ipotesi di infortunio di lavoratori che svolgano attività non protette perché non considerate a rischio ai sensi degli artt. 1 e 4 D.P.R. n. 1124/1965<sup>864</sup>.

La responsabilità solidale del committente, inoltre, non riguarda i danni consequenziali ai rischi specifici dell'attività delle imprese appaltatrici e subappaltatrici.

Sono da considerarsi specifici quei rischi propri di ogni singola attività svolta nell'esecuzione dell'appalto e, dunque, propri di ciascun datore di lavoro.

In ultima analisi sono rischi specifici quelli che derivano dalle caratteristiche proprie di ogni singola attività imprenditoriale che «non riguardano le generiche precauzioni da adottarsi negli ambienti di lavoro, ma le regole che richiedono una specifica competenza tecnica e settoriale nella conoscenza delle procedure da adottare nelle singole lavorazioni o nell'utilizzazione di speciali tecniche o nell'uso di determinate macchine»<sup>865</sup>.

I rischi specifici si contrappongono ai cc. dd. rischi da interferenza che derivano dalla sovrapposizione di attività molteplici, svolte da operatori diversi, sullo stesso luogo di lavoro.

Tale sovrapposizione comporta rischi aggiuntivi rispetto a quelli intrinseci di ogni attività appaltata e si originano, per l'appunto, dall'interferenza tra le varie realtà organizzative di committente, appaltatore ed eventuali subappaltatori<sup>866</sup>.

<sup>864</sup> Si intendono danni differenziali quei danni che eccedono la copertura ex art. 13 d.lgs. n. 38/2000: danno morale, danno esistenziale, danno biologico per inabilità temporanea, danno biologico permanente non superiore al 5%, danno patrimoniale per lesioni all'integrità psicofisica non superiore al 15%. Va rammentato che, a seguito della Cass. Civ., S. U., n. 26972/2008, le espressioni danno morale, biologico ed esistenziale vengono usate soltanto per comodità descrittiva, atteso che la Suprema Corte ha negato autonomia dogmatica alla sottocategoria del danno esistenziale e ha riportato le altre due componenti di danno (biologico e morale) al polo unitario del danno non patrimoniale.

<sup>865</sup> Così, Cass. Pen., Sez. IV, n. 12348/2008, la quale ha escluso che potesse «considerarsi rischio specifico quello derivante dalla generica necessità di impedire cadute da parte di chi operi in altezza, essendo questo pericolo riconoscibile da chiunque indipendentemente dalle specifiche conoscenze». Nello stesso senso, v. pure Cass. Pen., Sez. IV, n. 36857/2009 e Cass. Pen., Sez. IV, n. 32204/2009.

<sup>866</sup> Per una dettagliata definizione dei rischi da interferenza, TULLINI P., Art. 26, in Montuschi L. (a cura di), *La nuova sicurezza sul lavoro. D.lgs. 9 aprile 2008, n. 81 e successive modifiche*, vol. I., I principi comuni (a cura di) ZOLI, C. Bologna, 2010, 278. Sul punto, tuttavia, è opportuno considerare gli ultimi approdi della giurisprudenza di legittimità che, in ossequio al principio di effettività, afferma l'esclusiva responsabilità del committente (esonero, dunque, la l'appaltatore dalla responsabilità in solido di cui all'art. 26 comma 4, d.lgs. n. 81/2008) allorché il contratto di appalto non abbia ricevuto un principio di esecuzione. Cfr. Cass. Civ., sez. lav., n. 3056/2015, in *Mass. Giur. Lav.*, 11/2015, 784, con nota di Fontana A.; conformi Cass. Civ., sez. lav., n. 36398/2013 (ove è tracciato un quadro sintetico, ma preciso, di come il pensiero della Suprema Corte in materia si è venuto sviluppando dal 1994 in avanti), in *Riv. Inf. Mal. Prof.*, 2013, II, 111; Cass. Civ., sez. lav., n. 41993/2011, *ibidem*, 2012, II, 28.

L'esclusione esplicita della responsabilità solidale per i danni derivanti dai rischi propri dell'appaltatore ha generato un dibattito circa la sussistenza di un'unica *ratio* o l'autonoma rilevanza giuridica di ogni singola scelta operata dal legislatore.

Due sono le letture proposte dai commentatori: la prima ritiene che la responsabilità solidale del committente sia la conseguenza dell'attribuzione a quest'ultimo dei nuovi compiti di cooperazione e coordinamento contenuti nella prima parte dell'art. 26; la seconda considera che la responsabilità solidale e gli obblighi di sicurezza siano diretti ad una migliore selezione dei soggetti operanti nella filiera produttiva. L'interpretazione che si accoglie non si riduce ad una mera disquisizione teoretica, ma ha delicati risvolti pratici: infatti, se si accede alla prima tesi il comma 4 si applica a tutti i datori di lavoro compresi nell'ambito applicativo dell'art. 26; se invece si segue la seconda opinione si deve concludere che la norma si applica a tutti gli appalti indipendentemente dai limiti di cui all'art. 26.

A sostegno della prima interpretazione si può argomentare la collocazione sistematica della norma, inserita subito dopo i commi 1-3 *ter* e l'esplicita esclusione nel comma 4 della responsabilità per i rischi derivanti da altri fattori<sup>867</sup>.

La seconda interpretazione, invece, è sostenuta facendo riferimento alla mancanza di collegamento tra le disposizioni di cui al comma 4 e quelle precedenti<sup>868</sup>, la correlazione tra le misure in questione e quelle introdotte contemporaneamente per il contrasto al lavoro irregolare<sup>869</sup>.

Dunque, l'ambito di operatività della responsabilità solidale in materia di salute e sicurezza è molto limitato, soprattutto in considerazione del fatto che nel sistema precedente la tutela si estendeva a tutti i danni non indennizzati dall'INAIL, senza distinzione tra i rischi specifici e rischi da interferenza<sup>870</sup>.

Tuttavia, bisogna apprezzare che tale forma di responsabilità solidale opera con riferimento a qualsiasi tipologia di appalto<sup>871</sup>, interno o esterno all'azienda e a prescindere dalla disponibilità giuridica dei luoghi di lavoro da parte del committente<sup>872</sup>.

Per quel che riguarda l'ambito di applicazione soggettivo esso riguarda, dal lato attivo, i lavoratori subordinati dell'appaltatore e del subappaltatore, mentre, dal lato passivo, i committenti, gli appaltatori e i subappaltatori che possiedano la qualifica di imprenditori.

Inoltre, occorre rilevare che la disposizione in commento apre alla possibilità di azione diretta contro il committente per il risarcimento del danno biologico differenziale<sup>873</sup> quale differenza tra

<sup>867</sup> MONTUSCHI L., *Dai principi al sistema della sicurezza sul lavoro*, in Montuschi L. (a cura di), *La nuova sicurezza sul lavoro*, op. cit., I, 15; ALBI P., *Adempimento dell'obbligo di sicurezza e tutela della persona*, Milano, 2008, 89; PASQUARELLA V., *Appalto e sicurezza sul lavoro: tutele legislative e rimedi giurisdizionali*, in *Rass. Giur. Lav.*, 2, 2007, 89.

<sup>868</sup> TREMOLADA M., *Responsabilità solidale e sicurezza del lavoro negli appalti*, in Carinci, M. T., C., Cester C., Mattarolo M.G., Scarpelli F. (a cura di), *Tutela e sicurezza del lavoro negli appalti privati e pubblici*, Torino, 2013, 182.

<sup>869</sup> LAI M., *Flessibilità, emersione e regolarizzazione, in diritto e pratica del lavoro*, 2007, n. 7, 456; BACCHINI F., *Commentario alla sicurezza del lavoro*, op. cit., 71.

<sup>870</sup> Art. 7, c. 3-bis, d. lgs. n. 626/1994 3-bis. «L'imprenditore committente risponde in solido con l'appaltatore, nonché con ciascuno degli eventuali ulteriori subappaltatori, per tutti i danni per i quali il lavoratore, dipendente dall'appaltatore o dal subappaltatore, non risulti indennizzato ad opera dell'Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro».

<sup>871</sup> Così CARINCI M. T., *Utilizzazione e acquisizione*, ...op. cit., 132, la quale afferma che «In assenza di una specifica previsione legislativa deve ritenersi che l'art. 26, c. 4, abbia una propria autonomia e non vada letto in connessione con la restante parte della norma, dotata di un campo di applicazione ad hoc (art. 26, c. 1)».

<sup>872</sup> LUDOVICO G., *Sui limiti e contenuti della responsabilità solidale negli appalti*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2011, 567.

<sup>873</sup> V. Circolare Min. Lav. n. 5/2011.

quanto percepito dal lavoratore a titolo di indennità sociale ex art. 38 Cost. e quanto gli spetta *uti civis* come vittima di un danno alla salute ex art. 32 Cost.

#### 4. Il sistema delle tutele nell'appalto non genuino.

Secondo una tesi ampiamente condivisa in dottrina<sup>874</sup>, la conclusione di un contratto di appalto non genuino prevede l'applicazione di conseguenze sanzionatorie parallele rispetto a quelle previste per il ricorso illecito alla somministrazione di lavoro.

Ai sensi dell'art. 29, comma 3 *bis*, d.lgs. n. 276/2003, infatti, il lavoratore interessato può richiedere la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze del soggetto che ne ha utilizzato la prestazione qualora il contratto di appalto sia stato stipulato in violazione di quanto disposto dal comma 1 del medesimo art. 29, d.lgs. n. 276/2003.

Come si evince, il contenuto dell'art. 29, comma 3 *bis* riproduce quanto previsto dall'art. 27, comma 1, d. lgs. n. 276/2003 in tema di somministrazione irregolare - con l'unica differenza di non considerare l'efficacia retroattiva della costituzione del rapporto di lavoro - per il resto rinviando alla disposizione di cui al comma secondo del medesimo articolo 27, che fa salvi i pagamenti e gli atti compiuti dal somministratore nel periodo in cui la somministrazione ha avuto luogo, i quali, rispettivamente, valgono a liberare e si intendono compiuti dal soggetto che ha effettivamente utilizzato la prestazione.

Da qui la considerazione per la quale l'art. 27 è la norma sanzionatoria cardine all'interno della disciplina dell'interposizione delineata dal d.lgs. n. 276/2003, idonea a governare gli «*ampi territori dell'interposizione vietata*»<sup>875</sup> e ad assorbire tutte le «*patologie esterne*»<sup>876</sup> alla somministrazione lecita ed autorizzata, nonché a ricondurre ad unità tutte le ipotesi di interposizione illecita, attraverso la determinazione di effetti uniformi in conseguenza dell'applicazione della sanzione<sup>877</sup>.

Venendo ad esaminare le concrete modalità operative della sanzione<sup>878</sup>, va detto che, ad una prima lettura, l'art. 27, comma 1, d.lgs. n. 276/2003, sembra riproporre il vecchio meccanismo sanzionatorio previsto dalla l. n. 1369/1960: il lavoratore, infatti, ha facoltà di chiedere, ex art. 414 c.p.c. la «*costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze*» del soggetto che ne ha utilizzato la prestazione, con «*effetto dall'inizio della somministrazione*».

<sup>874</sup> CARINCI M.T.-IMBERTI L., *La tutela dei lavoratori negli appalti dopo il d.lgs. n. 251/2004*, cit., 91; ALVINO I., *Il confine fra appalto e interposizione nel D. Lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, in *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, 2005, 1048-1049. Nello stesso senso v. pure DEL PUNTA R., *Le molte vite del divieto di interposizione nel rapporto di lavoro*, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2008, 129 ss..

<sup>875</sup> BASENGHI F., *La somministrazione irregolare e fraudolenta*, in Galantino L. (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro*, Torino, 2004, 311 ss.

<sup>876</sup> SCARPELLI F., *Art. 27. Somministrazione irregolare*, in Gragnoli E., Perulli A. (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, Padova, 2004, 418.

<sup>877</sup> Attorno a questo nucleo centrale di disciplina gravitano le sanzioni amministrative e penali di cui agli artt. 18 e 19 d.lgs. n. 276/2003. Per una panoramica più dettagliata del sistema sanzionatorio amministrativo e penale si rinvia a RAUSEI P., *Profili sanzionatori: penale, amministrativo, previdenziale*, in AA.VV., *Come cambia il mercato del lavoro...cit.*, 103; PEDRAZZOLI M., *Regime sanzionatorio*, in Pedrazzoli M. (coordinato da), *Il nuovo mercato del lavoro...op. cit.*, 246 ss.; VERGARI S., *L'apparato sanzionatorio nella riforma del mercato del lavoro*, in Magnani M., Varesi P.A. (a cura di), *Organizzazione del mercato del lavoro e tipologie contrattuali*, Torino, 2005, 270 ss.

<sup>878</sup> Atteso che l'art. 27, co 1, assorbe in sé tutte le ipotesi di appalto non genuino e che la sanzione che opera ex art. 29, co 3-*bis* è la stessa che opera ex art. 27, comma 1, per comodità espositiva si farà riferimento a tale ultima norma.

In realtà, tra le due norme vi è una differenza fondamentale: mentre l'art. 27, comma primo, richiede per l'operatività della sanzione una domanda giudiziale del lavoratore, l'art. 1, comma quinto, l. n. 1369/1960 lasciava intendere un automatismo nell'applicazione del meccanismo sanzionatorio, senza la necessità di apposito ricorso giudiziale da parte dei lavoratori interessati<sup>879</sup>.

La differente formulazione delle due norme è stata, in un primo momento, giustificata con il rilievo che «*il rapporto interpositorio irregolare rimane pur sempre un contratto di somministrazione di lavoro, che come tale produrrà gli effetti voluti da utilizzatore e somministratore, ma questo solo se - e fino a quando - il prestatore di lavoro non ne richieda la conversione*»<sup>880</sup>.

In seguito, però, si è evidenziato come la nuova impostazione rimetta al soggetto più debole della «*triade che occupa la scena*»<sup>881</sup> l'effettività del funzionamento di un sistema sanzionatorio che coinvolge, inevitabilmente, anche interessi pubblicistici.

La facoltà rimessa al lavoratore, si è sostenuto, non può ritenersi idonea a pregiudicare la riconduzione della somministrazione irregolare alla nullità originaria, che potrà essere fatta valere, al fine di accertare l'illegittimità *tout court* della somministrazione, da tutti gli interessati<sup>882</sup>.

Invero, l'art. 27, comma 1, d. lgs. n. 276/2003, parlando di «*costituzione con effetto retroattivo*» del rapporto di lavoro tra utilizzatore e lavoratore potrebbe far ipotizzare la nullità, oltre che del contratto di somministrazione, anche del contratto di lavoro, al quale si sostituirebbe *ex lege* e *ab origine*, su domanda del lavoratore, un diverso contratto di lavoro.

La dottrina maggioritaria, tuttavia, basandosi sul secondo comma dell'art. 27 ha respinto tale soluzione, in quanto, sarebbe la legge stessa a fare salvi i pagamenti effettuati dal somministratore irregolare imputandoli all'utilizzatore, nonché gli atti compiuti dal somministratore irregolare per la costituzione e gestione del rapporto, i quali, «*si intendono come compiuti dal soggetto che ne ha effettivamente utilizzato le prestazioni*».

L'utilizzatore, dunque, subentrerebbe nei rapporti così come voluti e gestiti dal somministratore irregolare, integrati con le disposizioni inderogabili di legge che si applicano all'utilizzatore, nuovo datore di lavoro, ricorrendo un'ipotesi di surrogazione soggettiva legale nel rapporto di lavoro<sup>883</sup>.

<sup>879</sup> In questo senso, ALBI P., *Il contratto di appalto*, op.cit., 1614.

<sup>880</sup> TIRABOSCHI M., *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco*, in Tiraboschi M. (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro. Commentario allo schema di decreto attuativo della legge delega sul mercato del lavoro*, in Guida al Diritto, 2003, n. 4, 75.

<sup>881</sup> CHIECO P., *Somministrazione, comando, appalto. Le nuove forme di prestazione di lavoro a favore del terzo*, in W.P. C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". IT-10/2004, 56.

<sup>882</sup> Oltre agli Enti pubblici, sopra citati, anche, a determinate condizioni, i dipendenti ordinari dell'utilizzatore e le associazioni sindacali, in tutte quelle ipotesi in cui l'impresa utilizzatrice ricorra al lavoro esterno (anche per non soggiacere alla disciplina limitativa dei licenziamenti: v., in tal senso, SCARPELLI F., *Art. 27. Somministrazione irregolare...* op. cit., 429-430; BASENGHI F., *La somministrazione irregolare e fraudolenta...* cit., 310. Restano, in ogni caso, da determinare le modalità attraverso le quali potrebbe operare tale accertamento, posto che, fino a quando il lavoratore non agisce in giudizio, il rapporto di lavoro è costituito formalmente in capo all'appaltatore e, dunque, fino a quel momento, anche se i terzi agissero per far accertare l'irregolarità della somministrazione, nulla potrebbero pretendere dal committente, il quale non è ancora datore di lavoro.

<sup>883</sup> Sulla surrogazione soggettiva, v. per tutti, BETTIE., *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1953, 61 ss. Sull'operatività dell'effetto surrogatorio nella somministrazione irregolare v. per tutti CARINCI M.T., *La somministrazione irregolare, anzi illecita...* op. cit., 162 ss.; *Ead. Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro...* op. cit., 81, nt. 116, ove l'A. sostiene che in caso di violazione delle regole dettate per il contratto di lavoro operano solo i normali rimedi previsti per i contratti in generale, «*i due contratti sono infatti, in linea di principio autonomi ed impermeabili fra di loro. È solo la legge che determina quando e in quali limiti irregolarità del contratto di*

Occorre, poi, considerare se la responsabilità solidale possa estendersi all'appaltatore interposto in tutti i casi di appalto non genuino.

Secondo un primo orientamento giurisprudenziale<sup>884</sup> il fatto che i lavoratori siano da intendersi a tutti gli effetti alle dipendenze dell'imprenditore che ne abbia utilizzato le prestazioni non varrebbe a liberare l'appaltatore interposto dagli obblighi che ne nascono in relazione alla prestazioni lavorative rese.

La nullità del rapporto di intermediazione di manodopera, infatti, non si tradurrebbe nell'esonerazione del soggetto interposto dalla responsabilità per gli obblighi retributivi ed assicurativo-contributivi nascenti dal contratto di lavoro.

Secondo altra prospettazione, invece, il nuovo rapporto si sostituirebbe a quello con l'appaltatore interposto che, per l'effetto, rimarrebbe privo dei poteri e degli obblighi discendenti dal contratto di lavoro<sup>885</sup>.

Sul punto è intervenuta la Corte di Cassazione a Sezioni Unite, la quale ha affermato che « non è possibile ammettere la coesistenza nel medesimo tempo di due rapporti di lavoro subordinato; solo sull'appaltante (o interponente) gravano gli obblighi in materia di trattamento economico e normativo, nonché gli obblighi in materia di assicurazioni sociali, non potendosi configurare una responsabilità solidale dell'appaltatore (o interposto) in virtù dell'apparenza del diritto e dell'apparente titolarità del rapporto di lavoro, stante la specificità del suddetto rapporto e la rilevanza sociale degli interessi ad esso sottesi»<sup>886</sup>.

La soluzione adottata dalla Corte appare condivisibile, ma solo laddove individua l'effettivo datore di lavoro. Non merita, invece, convinta adesione, la conseguenza che dal predetto assunto se ne fa discendere di inconfigurabilità di una concorrente responsabilità dell'interposto<sup>887</sup>.

La responsabilità solidale negli appalti, infatti, non è certo volta a garantire l'intermediario nei confronti del committente.

Né la previsione di una autonoma e concorrente responsabilità dell'appaltatore interposto si traduce necessariamente in una deroga al principio dell'infungibilità del soggetto obbligato dall'adempimento delle obbligazioni contributive<sup>888</sup>. A parere di chi scrive, infine, non si individua una logica coerente ed unitaria con la disciplina complessiva dettata in tema di appalti non comprendendosi le ragioni per cui un imprenditore che abbia illecitamente impiegato manodopera

somministrazione – e solo quelle - hanno riflessi (non sulla validità o sulla funzionalità ma) sull'imputazione soggettiva del valido ed efficace contratto di lavoro».

Tra le ricostruzioni elaborate nella vigenza della legge n. 1369/60 propendeva per la surrogazione BENEDETTI G., *Profili civilistici dell'interposizione nel rapporto di lavoro subordinato*...op. cit., 1538-1540.

<sup>884</sup> Cfr. Cass. Civ., sez. lav., n. 6144/2004, in *Mass. Giust. Civ.*, 2004, 3; Cass. Civ., sez. lav., n. 6649/2004, in *Mass. Giust. Civ.*, 2004, 4; Cass. Civ., sez. lav., n. 1355/1993, in *RFI*, 1994, 5, 486.

<sup>885</sup> Cass. Civ., sez. lav., n. 5901/1999, in *Mass. Giust. Civ.*, 1999, 1383.

<sup>886</sup> Così Cass. Civ., S.U., n. 2517/1997, in *FI*, 1997, I, 3318.

<sup>887</sup> ZILIO GRANDI G. - SFERRAZZA M., *Solidarietà e tutele nell'intermediazione del lavoro*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, n. 1/2012, I, 129; *Contra v. DEL PUNTA R.*, *Appalto di manodopera e subordinazione* op. cit., 159.

<sup>888</sup> IMBERTI L., *La tutela del lavoro negli appalti attraverso i regimi di responsabilità solidale*, in Carinci M.T., Cester C., Mattarolo M.G., Scarpelli F., (a cura di), *Tutela e sicurezza del lavoro negli appalti privati e pubblici. Inquadramento giuridico ed effettività*, Torino, 2013, 94.

debba andare esente da responsabilità diretta nei confronti dei lavoratori utilizzati allorché venga giudizialmente accertata la natura non genuina dell'appalto<sup>889</sup>.

### 5. La qualificazione delle obbligazioni solidali negli appalti.

Sin dalla vigenza della l. n. 1369/1960 la dottrina si è mostrata sensibile alla questione della qualificazione delle obbligazioni solidali negli appalti senza, tuttavia, riuscire ad elaborare ricostruzioni perfettamente coerenti con i principi positivi che regolano la materia.

In particolare, tre sono le opinioni proposte per cercare di trovare una soluzione alla problematica sopra emarginata<sup>890</sup>.

Secondo la prima, l'obbligazione solidale del committente e dell'appaltatore per i crediti retributivi e previdenziali rappresenterebbe un'ipotesi di accollo *ex lege*<sup>891</sup>; in forza di una seconda opinione, invece, si tratterebbe di un'ipotesi di fideiussione *ex lege*<sup>892</sup>; per una terza opinione<sup>893</sup>, infine, ricorrerebbe un'ipotesi di obbligazione solidale "pura", nella forma di obbligazione soggettivamente complessa disciplinata dagli artt. 1292-1313 c.c.

La teoria che colloca le obbligazioni solidali in materia di appalti all'interno della categoria delle obbligazioni solidali ad interesse unisoggettivo, sebbene appaia ancor più plausibile all'indomani dell'introduzione del litisconsorzio necessario e del beneficio di preventiva escussione ad opera della l. n. 92/2012, può apparire riduttiva, se si ha riguardo alle funzioni che le obbligazioni solidali esplicano nell'ambito degli appalti<sup>894</sup>, funzioni che, travalicano la mera tutela del credito dei soggetti interessati.

Dall'altro lato, l'inquadramento delle obbligazioni solidali in materia di appalti nella categoria delle obbligazioni solidali soggettivamente complesse deve prima passare attraverso la verifica della sussistenza dei presupposti necessari ai fini dell'esistenza della solidarietà: pluralità di debitori, identità del debito e unicità del fatto generatore dell'obbligazione.

<sup>889</sup> Se la *ratio* della solidarietà negli appalti è, infatti, la maggior tutela dei lavoratori attraverso la responsabilizzazione delle imprese, appare del tutto contrario a tale logica esonerare l'interposto da ogni conseguenza giuridica ed economica, privando i lavoratori delle tutele legali, e depotenziando l'intero sistema normativo in materia di responsabilità solidale negli appalti.

<sup>890</sup> Le diverse teorie sono state elaborate nella vigenza dell'art. 3, l. n. 1369/1960, ma sono oggi perfettamente riferibili anche all'art. 29, comma 2, d.lgs. n. 276/2003, nonché all'art. 26, comma 4, d.lgs. n. 81/2008.

<sup>891</sup> ASQUINI A., *Somministrazioni di prestazioni di lavoro da parte di intermediari e appalto di servizi*, in *Mass. Giur. Lav.*, 1962, 278 ss.; PROSPERETTI U., *Il lavoro subordinato*, Milano, 1964, 89; BRANCA G., *Osservazioni sulla solidarietà del committente per le obbligazioni di cui all'art. 3 della legge 23 ottobre 1960, n. 1369*, in *Boll. Sc. Perf. Univ. Trieste*, 1964, 13 e ss., anche se BRANCA G., *Le prestazioni di lavoro in società collegate*, in *Pubbl. Econ. Comm. Univ. Roma, Milano*, 1965, 163 ss., ha successivamente sostenuto che si tratta di una forma di vera e propria obbligazione solidale particolarmente intensa; GRANDI M., *Le modificazioni del rapporto di lavoro, I, Le modificazioni soggettive*, Milano, 1972, 229.

<sup>892</sup> LORIGA E., *La disciplina giuridica del lavoro in appalto*, Milano, 1965, 207 ss.; ALVINO I., *Il regime...cit.*, 520 ss.; IMBERTI L., *La disciplina...cit.*, 29; come detto, CARINCI M.T., *Utilizzazione e acquisizione...op. cit.*, 126 ss.

<sup>893</sup> RUDAN M., *L'interposizione nelle prestazioni di lavoro e la nuova disciplina degli appalti di opere e servizi*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1961, II, 870 ss.; FRANCO M. - SCACCIA E., *La fornitura di mano d'opera e la disciplina degli appalti nella legge 23 ottobre 1960, n. 1369*, in *Dir. Lav.*, 1962, 124 ss. V., in seguito, MAIONE C., *Natura e contenuto dell'obbligazione solidale ex art. 3 l. 23 ottobre 1960, n. 1369*, in *Riv. Giur. Enel*, 1973, 96 ss.; GUAGLIONE L., *La disciplina degli appalti introaziendali e il contenuto dell'obbligazione solidale*, in Mazzotta O. (a cura di), *Nuove tecnologie e rapporti tra imprese*, Milano, 1990, 142 ss.; CORAZZA L., *Obbligazioni solidali...cit.*, 77 ss.

<sup>894</sup> CORAZZA L., *Contractual integration...op. cit.*, 54.

Quanto al primo presupposto non si pongono particolari problemi, dato che è la legge stessa a riconoscere, sia nell'art. 29, comma 2, d.lgs. n. 276/2003, sia nell'art. 26, comma 4, d.lgs. n. 81/2008, in capo all'appaltatore e al committente, la sussistenza di un debito verso il lavoratore, loro comune creditore.

Per quanto riguarda il presupposto della "*eadem res debita*", nessuna questione si pone in ordine alle ipotesi di responsabilità solidale di cui agli artt. 29, comma secondo, d.lgs. n. 276/2003 e 26, comma 4, d.lgs. n. 81/2008. Nel primo caso, infatti, committente, appaltatore ed eventuali subappaltatori sono responsabili in solido per un'identica prestazione: i crediti retributivi e contributivi dei lavoratori utilizzati nell'appalto e nel subappalto. Nel secondo caso, l'identità della prestazione si rinviene nella delimitazione della responsabilità solidale di committente, appaltatore ed eventuali subappaltatori ai danni «interferenziali» riportati dai lavoratori nell'esecuzione dell'appalto e non indennizzati dall'INAIL<sup>895</sup>.

Per quanto riguarda, infine, il presupposto della "*eadem causa obligandi*", nelle obbligazioni solidali in materia di appalti, ricorre un'ipotesi tipica di obbligazione solidale derivante da titoli diversi (contratto di appalto, da un lato, e contratto di lavoro, dall'altro), ma «*collegati con nessi tali che valgono a farli considerare come un complesso unitario all'effetto del vincolo che ne deriva*»<sup>896</sup>.

Come noto, nelle obbligazioni soggettivamente complesse può ricorrere solidarietà nel debito anche in presenza di diverse fonti della stessa, purché sia riscontrabile una pluralità di fatti collegati: in tali casi, la solidarietà deve essere «*espressamente prevista dalla legge*»<sup>897</sup>, circostanza che si verifica nel caso *de quo*.

La legge, pertanto, nel valutare l'operazione economica complessa che si realizza con il contratto di appalto e che coinvolge i contratti di lavoro riconoscerebbe la sussistenza di un interesse comune in capo al committente e all'appaltatore che si sostanzia nell'interesse a ricevere, l'appaltatore direttamente, il committente indirettamente, la controprestazione del lavoratore, e proprio tale interesse giustificerebbe l'operare della solidarietà.

## 6. Codatorialità e appalti.

Da tempo, la ricerca del datore di lavoro nell'impresa integrata impegna la dottrina e la giurisprudenza nell'ottica di stabilire la corretta distribuzione delle responsabilità nei fenomeni di decentramento produttivo.

Con le riforme dell'ultimo decennio il legislatore ha introdotto nuovi istituti normativi che influenzano nettamente il problema dell'individuazione del datore di lavoro.

In dottrina, come in giurisprudenza, allora, ci si è chiesti se l'art. 2094 c.c. consenta la possibile configurazione di più datori di lavoro nei confronti del medesimo lavoratore.

L'interpretazione classica dell'art. 2094 c.c. individua nel potere direttivo e nel dovere di collaborazione i caratteri fondanti della fattispecie<sup>898</sup>, definendo, il primo, quale potere di organizzare

<sup>895</sup> Il problema della sussistenza di tale presupposto può essere risolto in senso positivo anche nell'ipotesi di responsabilità solidale di cui all'art. 1676 c.c., v. CORAZZA L., *Obbligazioni solidali...*cit., 87.

<sup>896</sup> CHIECO P., *Lavoro e responsabilità...*op. cit., 9.

<sup>897</sup> CARINCI M.T., *Utilizzazione e acquisizione...*op. cit., 138.

<sup>898</sup> FERRANTE V., *Potere e autotutela nel contratto di lavoro subordinato: eccezione di inadempimento, rifiuto di obbedienza, azione diretta individuale*, Torino, 2004, 87.

l'attività produttiva per il raggiungimento delle finalità prescelte da parte del datore di lavoro (che impartisce, pertanto, direttive, nonché irroga sanzioni disciplinari in caso di violazioni degli obblighi contrattuali), mentre, il secondo, quale dovere da parte del lavoratore subordinato di effettuare la propria prestazione lavorativa in maniera utilizzabile, e cioè, protesa al conseguimento di un risultato utile per il datore di lavoro.

Taluni<sup>899</sup> ritengono che le suddette caratteristiche siano inidonee a definire un modello generale ed onnicomprensivo di subordinazione, altri, che esse non presuppongono necessariamente un solo datore di lavoro<sup>900</sup>, altri ancora, basandosi su un approccio di tipo funzionalista, individuano il datore di lavoro come il soggetto nell'interesse del quale la prestazione è resa, riconoscendo ipotesi di codatorialità nel caso in cui l'interesse all'esecuzione della prestazione sia condiviso da più soggetti<sup>901</sup>.

Il d.l. n. 76/2013 convertito in l. n. 99/2013 genera un "fatto nuovo" e dirompente nel sistema lavoristico italiano<sup>902</sup> introducendo il comma 4 *ter* dell'art. 30 e i commi 3 *bis*, 3 *ter*, 3 *quater* e 3 *quinquies* dell'art. 31, all'interno del d.lgs. n. 276/2003. Tali istituti hanno suscitato e continuano

<sup>899</sup> SPEZIALE V., *Il datore di lavoro nell'impresa integrata*, in *Giornale di diritto del lavoro e relazioni industriali*, 2010, 3.

<sup>900</sup> RAIMONDI E., *Il datore di lavoro nei gruppi imprenditoriali*, in *Giornale di diritto del lavoro e relazioni industriali*, 2012, 298; MELIADÒ G., *Esternalizzazione dei processi produttivi e imprese a struttura complessa*, in *Il Lavoro nella giurisprudenza. Gli speciali. Innovazione tecnologica, esternalizzazione di servizi, e professionalità*, 2011, 11.

<sup>901</sup> Cfr. PERULLI A., *Gruppi di imprese, reti di imprese e codatorialità: una prospettiva comparata*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2013, I, 86 ss., che parla di flessibilizzazione del concetto di impresa e di datore di lavoro; BARBERA M., *Trasformazioni della figura del datore di lavoro e flessibilizzazione delle regole del diritto*, in *Giornale di diritto del lavoro e relazioni industriali*, 2010, 203; DE SIMONE G., *Titolarità dei rapporti di lavoro e regole di trasparenza: interposizione, imprese di gruppo e lavoro interinale*, Milano, 1995.

<sup>902</sup> In verità, l'attenzione della dottrina giuslavoristica alla relazione fra lavoratore e co-datore è risalente già al fenomeno dei gruppi di impresa. Cfr. i contributi recentemente ospitati dalla Rivista Giuridica del Lavoro e della previdenza sociale (2013, I): SPEZIALE V., *Gruppi di imprese e codatorialità: introduzione a un dibattito*, 3 ss.; MAZZOTTA O., *Gruppi di imprese, codatorialità e subordinazione*, 19 ss.; RAZZOLINI O., *Impresa di gruppo, interesse di gruppo e codatorialità nell'era della flexicurity*, 29 ss.; PINTO V., *Profili critici della teoria della codatorialità nei rapporti di lavoro*, 55 ss.; PERULLI A., *Gruppi di imprese e codatorialità: una prospettiva comparata*, 83 ss.; GRECO M.G., *La ricerca del datore di lavoro nell'impresa di gruppo: la codatorialità al vaglio della giurisprudenza*, 117 ss. L'introduzione del contratto di rete ad opera dei commi 4 *ter*, *quater* e *quinquies* dell'art. 3, d. l. 10 febbraio 2009, n. 5, convertito in legge dall'art. 1, comma 1, l. 9 aprile 2009, n. 33, ha, poi, ampliato il dibattito in materia. Ai sensi dell'art. 3, comma 4 *ter*, d.l. n. 5/2009, infatti, il contratto di rete è quel contratto attraverso il quale «più imprenditori perseguono lo scopo di accrescere, individualmente e collettivamente, la propria capacità innovativa e la propria competitività sul mercato e a tal fine si obbligano, sulla base di un programma comune di rete, a collaborare in forme e in ambiti predeterminati attinenti all'esercizio delle proprie imprese ovvero a scambiarsi informazioni o prestazioni di natura industriale, commerciale, tecnica o tecnologica ovvero ancora ad esercitare in comune una o più attività rientranti nell'oggetto della propria impresa». La disciplina del contratto di rete è stata successivamente modificata dalla l. 23 luglio 2009, n. 99, dal d.l. 31 maggio 2010, n. 78 e, da ultimo, dall'art. 45, comma 1, d.l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito con modifiche in l. 7 agosto 2012, n. 134. Tra i vari commentatori c'è chi ha posto in dubbio che il contratto di rete costituisca un vero tipo negoziale ipotizzando che esso configuri piuttosto una fattispecie o una figura *trans-tipica*, la cui disciplina deriverebbe dalla combinazione di diverse tipologie contrattuali. In questo senso v. CAMARDI C., *I contratti di distribuzione come contratti di "rete"*, in *Le reti di imprese e i contratti di rete*, a cura di Iamiceli P., 2009, 259; MACARIO F., *Reti di imprese, "contratto di rete" e individuazione delle tutele. Appunti per una riflessione metodologica*, in *Le reti di imprese e i contratti di rete*, cit., 275; CAFAGGI F. - IAMICELI P., *Contratto di rete. Inizia una nuova stagione di riforme?, Obb. e Contratti*, 2009, 595. Stando ai dati del Ministero dello Sviluppo economico, in [www.mise.gov.it](http://www.mise.gov.it), al 1° marzo 2015, si registrano 1.962 contratti di rete che coinvolgono oltre 10.300 imprese distribuite su tutto il territorio italiano. È bene, comunque, notare che il successo di tale fattispecie contrattuale è in buona parte dovuto ai benefici di carattere fiscale previsti per i "retisti", ritenuti pienamente compatibili dalla Commissione Europea con la disciplina degli aiuti di Stato, trattandosi di misure "non settoriali, destinate a trovare applicazione a tutte le imprese, sia grandi sia piccole, a prescindere dal loro ambito di attività": cfr. C(2010)8939 del 26.1.2011. Infatti, per come previsto dall'art. 42, d.l. n. 78/2010, convertito in l. n. 122/2010 una quota degli utili destinata dalle imprese partecipanti alla realizzazione del programma della rete può essere accantonata in un'apposita riserva e dunque esclusa dal calcolo del reddito imponibile per tutta la durata del contratto.

a suscitare un ampio dibattito tra gli operatori del diritto, anche alla luce di quanto sostenuto dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione nella celebre sentenza 26 ottobre 2006, n. 22910.

Difatti, alcuni Autori<sup>903</sup> ritengono che la struttura del contratto di lavoro non debba necessariamente essere bilaterale, ma possa essere anche plurilaterale. In tale prospettiva, la codatorialità costituirebbe un'adeguata risposta dell'ordinamento al fenomeno delle esternalizzazioni *intra moenia*, «il cui effetto è quello di far lavorare in stretta contiguità spaziale lavoratori dipendenti da datori di lavoro giuridicamente differenti, con quanto ne consegue in termini di difficoltà di discernere dove iniziano e dove finiscono le organizzazioni dell'uno e dell'altro datore<sup>904</sup>».

La codatorialità potrebbe, allora, risolvere tali difficoltà in termini organizzativi e di responsabilità giuridica, rappresentando l'impresa fornitrice, un "terminale organizzativo" dell'impresa committente<sup>905</sup>.

In particolare, con riferimento al contratto d'appalto, si individua ipotesi di codatorialità qualora l'appaltatore si impegni a realizzare un'opera o un servizio nel rispetto di una dettagliata serie di obblighi che condizionano in modo penetrante la sua attività e il committente imponga prescrizioni assai puntuali che riguardano le varie fasi produttive. Più specificamente, si riconosce la codatorialità tra committente ed appaltatore, nei confronti dei dipendenti di questi, qualora l'appaltatore sia tenuto a seguire le specifiche tecniche della scheda<sup>906</sup> fornitagli per ogni singola fase della produzione, al fine di essere coerente con gli standard qualitativi ed il campione di riferimento approvato dall'impresa committente e, questa, si riservi di dare ulteriori istruzioni specificamente impartite in seguito alle verifiche effettuate negli stabilimenti e/o laboratori del fornitore, esercitando controlli sui prodotti finiti e, interrompendo l'avanzamento della produzione, qualora vi fossero difficoltà in ordine all'esecuzione delle singole fasi di lavorazione.

Ulteriori elementi che farebbero scattare l'ipotesi della codatorialità sono la subordinazione dell'affidamento della fornitura alla verifica della idoneità dei macchinari a soddisfare gli standard qualitativi richiesti dall'appaltante ed, in caso negativo, l'adeguamento delle linee di produzione con l'acquisto di nuove attrezzature o con la modifica di quelle esistenti, nonché la possibilità di trasmettere istruzioni e di controllare le varie fasi della produzione tramite collegamento informatico con l'appaltatore. Ultimo presupposto è quello della *contemplatio domini*, e cioè, la esteriorizzazione al terzo lavoratore che il potere direttivo è esercitato anche in nome e per conto

<sup>903</sup> CARABELLI U., *La responsabilità del datore di lavoro nelle organizzazioni di impresa complesse*, in *Diritto del lavoro e relazioni industriali*, 2009, 93; RAZZOLINI O., *Continuità del rapporto di lavoro nel gruppo caratterizzato da unicità del di impresa*, in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 2009, 263; SPEZIALE V., *Il datore di lavoro nell'impresa integrata*, in W.P. C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", n. 94/2010, 41; BARBERA M., *Trasformazione della figura del datore di lavoro e flessibilizzazione delle regole del diritto*, in AA.VV., *La figura del datore di lavoro. Articolazioni e trasformazioni*, Milano, 2010, 31; RAIMONDI E., *Gruppi imprenditoriali e codatorialità*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2012, II, 297; GRECO M.G., *La ricerca del datore di lavoro nell'impresa di gruppo: la codatorialità al vaglio della giurisprudenza*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 1/2013, II, 117.

<sup>904</sup> CARABELLI U., *Organizzazione del lavoro e professionalità: una riflessione sul contratto di lavoro e post-taylorismo*, in GDLRI, 2004, 78.

<sup>905</sup> SPEZIALE V., *Il datore di lavoro nell'impresa integrata*, in W.P. C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", n. 94/2010, 41.

<sup>906</sup> La «scheda» contiene una minuziosa descrizione delle operazioni che debbono essere compiute, delle caratteristiche necessarie per essere coerenti con il modello e dei risultati tecnici e qualitativi che vanno conseguiti.

dell'impresa principale, che «può desumersi anche da fatti univoci e concludenti tramite comportamenti significativi<sup>907</sup>».

Qualora i suddetti requisiti siano tutti presenti si realizzerà una “*contractual integration*” con carattere stabile e duraturo e si verificherà la codatorialità; qualora, invece, queste condizioni mancheranno, la disciplina rimarrebbe quella prevista dall'art. 29, d.lgs. 276/2003<sup>908</sup>.

Numerosi sono, però, gli interrogativi cui la teoria della codatorialità non sembra riuscire a dare una risposta.

In primo luogo, occorre soffermarsi sul problema delle catene di appalti.

Come ben noto, in tali ipotesi è presente una pluralità di imprese appaltanti e subappaltanti. Ci si chiede, ad esempio, di chi sarebbero dipendenti i lavoratori dei subappaltanti, se cioè tali lavoratori siano dipendenti di tutti gli imprenditori coinvolti o solo di alcuni o, ancora, quali sarebbero le conseguenze nel caso che un'impresa coinvolta nel processo di “*contractual integration*” non soddisfacesse più, improvvisamente, i requisiti di integrazione contrattuale. In particolare, ci si interroga se la mancanza dei suddetti requisiti sia in grado di determinare la rottura del nesso funzionale tra tutte le organizzazioni o solo tra alcune di esse<sup>909</sup>.

Altra criticità è quella dell'identificazione della codatorialità quando la “*contractual integration*” si realizzi tra imprese non collocate in Italia e, comunque, in più Stati.

Residuano, infine, perplessità in ordine all'individuazione del contratto collettivo da applicarsi qualora gli operatori economici facciano riferimento a C.C.N.L. differenti<sup>910</sup> ed alla titolarità della posizione contributiva ed assicurativa da parte dei codatori presso gli istituti di previdenza pubblici<sup>911</sup>. Vi è inoltre, chi ha evidenziato come la codatorialità sia del tutto incompatibile con il nostro ordinamento lavoristico, atteso che esso è imperniato sulla struttura bilaterale del contratto di lavoro<sup>912</sup>.

Senza contare che, secondo autorevole dottrina, la «*codatorialità mostra ...il suo carattere (giuridicamente) eversivo, costituendo una tecnica antitetica alla tecnica della subordinazione, cioè alla sequenza o circolo virtuoso che dalla subordinazione va al divieto di interposizione e poi vi ritorna*<sup>913</sup>».

<sup>907</sup> Così SPEZIALE V., *Il datore di lavoro nell'impresa integrata*, op. cit., 69.

<sup>908</sup> Analoghe conclusioni possono essere raggiunte per altri contratti commerciali idonei a realizzare forme di integrazione produttiva e per i quali manca una espressa regolamentazione lavoristica. Cfr. BIASI M., *Dal divieto di interposizione alla codatorialità. Le trasformazioni dell'impresa e le risposte dell'ordinamento*, in Zilio Grandi G., Biasi M. (a cura di), *Contratto di rete e diritto del lavoro*, Padova, 2014, 17; CORAZZA L., *Contractual integration e rapporti di lavoro. Uno studio sulle tecniche di tutela dei lavoratori*, op. cit., 75.

<sup>909</sup> CIUCCIOVINO S., *Il rapporto di lavoro nel mercato: la frattura del rapporto binario lavoratore/datore di lavoro*, in Corazza L., Romei R., *Diritto del lavoro in trasformazione*, Bologna, 2014, 170.

<sup>910</sup> ZILIO GRANDI G., relazione al Convegno “*Reti di imprese e nuovi modelli di gestione dei rapporti di lavoro*”, tenutosi presso l'Università Bocconi di Milano, in data 3 dicembre 2014.

<sup>911</sup> MARESCA A., relazione al Convegno *Appalto, somministrazione, codatorialità: alla ricerca del datore di lavoro*, tenutosi presso l'Aula Europa della Corte di Appello di Roma, in data 12 giugno 2013; PINTO V., *Profili critici della teoria della codatorialità nei rapporti di lavoro*, in *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza sociale*, n.1/ 2013, 69.

<sup>912</sup> PINTO V., *Profili critici della teoria della codatorialità nei rapporti di lavoro*, cit. 74.

<sup>913</sup> Così MAZZOTTA O., *Gruppi di imprese, codatorialità e subordinazione*, in *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza sociale*, n.1/ 2013, 25.

Nella situazione attuale la codatorialità renderebbe ancor più opaca la distinzione tra appalto lecito ed interposizione illecita, facendo conseguire a forme di integrazione orizzontale del ciclo produttivo, riconducibili a veri e propri appalti, le conseguenze sanzionatorie proprie dell'interposizione vietata.

In tale prospettiva, dunque, si genererebbe un'insanabile contraddizione tra codatorialità, subordinazione ed interposizione<sup>914</sup>.

## 7. Qualche considerazione conclusiva.

Sin dalla promulgazione del Codice civile il legislatore ha rivolto la propria attenzione ai lavoratori utilizzati negli appalti riconoscendo ai dipendenti dell'appaltatore la possibilità di agire ex art. 1676 c.c. direttamente nei confronti del committente.

A questa prima forma di responsabilità l'art. 3 della l. n. 1369/1960 ha affiancato l'obbligo dell'imprenditore appaltante di garantire ai lavoratori dipendenti dell'appaltatore, in solido con questi, un trattamento minimo inderogabile retributivo e un trattamento minimo non inferiori a quelli spettanti ai dipendenti del committente, oltre che all'adempimento di tutti gli obblighi derivanti dalle leggi di previdenza ed assistenza<sup>915</sup>.

Il d. lgs. n. 276/2003, poi, ha ampiamente modificato il sistema di tutele rappresentato dalle norme citate, abrogando integralmente la l. n. 1369/1960 e introducendo uno specifico regime solidale fra committente e appaltatore.

Con il d. lgs. n. 223/2006, inoltre, è stata prevista la responsabilità solidale in materia fiscale e tributaria, introducendo un meccanismo di controllo a catena esteso all'intera filiera produttiva<sup>916</sup>, salvo poi essere definitivamente soppressa dall'art. 28 del d. lgs. n. 175/2014, mentre l'art. 26, d.lgs. n. 81/2008 ha esteso alla salute e alla sicurezza dei lavoratori impiegati negli appalti la responsabilità solidale di appaltatore e committente (ed eventuali subappaltatori) «*per tutti i danni per i quali il lavoratore non risulti indennizzato ad opera dell'Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni (INAIL)...*».

Come può agevolmente ricavarsi l'ambito di applicazione della responsabilità solidale si è notevolmente dilatato, venendo ad incidere su settori in precedenza privi di una tutela così pregnante per i lavoratori, tanto da fare sostenere l'esistenza di un principio generale della solidarietà nell'ordinamento lavoristico<sup>917</sup>.

In realtà, un'affermazione di tal genere non pare essere condivisibile: la solidarietà negli appalti è e rimane una regola speciale del nostro ordinamento, tanto più che ad una prima fase in cui il

<sup>914</sup> In questo senso MAZZOTTA O., *Gruppi di imprese, codatorialità e subordinazione*, cit., 26.

<sup>915</sup> Come noto, tale strumento di protezione era limitato agli appalti da realizzarsi "nell'interno delle aziende" del committente. Sulla nozione di appalti interni v. Cass. Civ., sez. lav., n. 5296/2000 in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2001, 33, con nota di Lazzeroni P.; Cass. Civ., sez. lav., n. 14302/2002, in *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, 2003, 660, con nota di Girardi G.; Cass. Civ., sez. lav., n. 15337/2002, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2003, 536, con nota di Albi P.

<sup>916</sup> Con la possibilità per committenti e sub-committenti di mettersi al riparo dalla responsabilità per gli inadempimenti di appaltatori e subappaltatori esercitando una diligente vigilanza preventiva. Cfr. IZZI D., *Appalti e responsabilità solidale*, op. cit., 102.

<sup>917</sup> SCARPELLI F., relazione al Convegno "Appalto, somministrazione, codatorialità: alla ricerca del datore di lavoro", tenutosi presso l'Aula Europa della Corte di Appello di Roma, in data 12 giugno 2013.

suo operare veniva esteso sempre più ne sta seguendo una nuova in cui essa viene via via restringendosi.

In particolare, il legislatore del 2012 con l'introduzione del meccanismo della preventiva escusione del patrimonio dell'appaltatore e del litisconsorzio necessario tra committente ed appaltatore, nonché con il ripristino della derogabilità della solidarietà in favore della contrattazione collettiva ne depotenzia gli effetti. Senza dimenticare, poi, che il d.l. n. 76/2013 ne circoscrive l'ambito di applicazione ai soli appalti tra privati<sup>918</sup>.

Il che appare, rispetto alla prima fase, un vero e proprio attacco alla solidarietà.

Una preminente questione di carattere teorico rimasta ancora insoluta nell'ambito dell'utilizzazione indiretta del lavoro negli appalti è quella della qualificazione della responsabilità solidale nell'alveo delle obbligazioni solidali ad interesse unisoggettivo o, piuttosto, in quella delle obbligazioni solidali soggettivamente complesse.

Come accennato, le posizioni in dottrina non sono affatto pacifiche, anche perché, i continui interventi del legislatore, spesso in direzioni opposte, non hanno di certo agevolato l'interpretazione. Tuttavia, l'inquadramento che pare essere il più convincente è quello che colloca la responsabilità solidale negli appalti nell'ambito delle obbligazioni soggettivamente complesse, in quanto, è proprio questo che può tenere adeguatamente in conto tutte le funzioni che tale istituto svolge nel nostro ordinamento.

Infatti, in forza della considerazione per cui nelle obbligazioni solidali contratte nell'interesse esclusivo del debitore principale il debitore privo di interesse (fideiussore-committente) che abbia adempiuto l'intera prestazione nei confronti del creditore (lavoratore) ha azione di regresso per l'intero nei confronti del debitore principale (appaltatore) finisce con lo snaturare quella che è stata definita la funzione di «*coazione economica indiretta*»<sup>919</sup> delle obbligazioni solidali negli appalti. Tale funzione verrebbe svilita poiché il committente non sarebbe «coartato» nella scelta dei suoi *partners* contrattuali avendo sempre e comunque la sicurezza di potersi rifare per l'intero sul loro patrimonio.

La responsabilità solidale, infatti, oltre ad esplicare la funzione di tutela del credito dei lavoratori e degli enti previdenziali esercita inevitabilmente una «coazione» sui committenti per la selezione di *partners* contrattuali seri ed affidabili da un punto di vista economico ed organizzativo, ed in questo senso, regola anche la competitività tra le imprese, posto che, in caso di violazione della legislazione lavoristica derivano conseguenze giuridiche ed economiche di grande rilievo.

Tali conseguenze si sostanziano nella produzione di «*effetti passivi pari a quelli che, in virtù del contratto di lavoro, si producono in capo al datore di lavoro*»<sup>920</sup>, tanto da potersi parlare di «*una efficacia legale riflessa del contratto di lavoro*»<sup>921</sup>, nel senso che si verifica l'assunzione *ex lege*, da parte del committente, di un'obbligazione di contenuto identico a quello che caratterizza l'obbligazione fondamentale del datore di lavoro.

<sup>918</sup> E l'abrogazione della responsabilità solidale fiscale da ultimo approvata ne è la riprova.

<sup>919</sup> CORAZZA L., *Contractual Integration*...op. cit. 252; SPEZIALE V., *IL datore di lavoro nell'impresa integrata*, op. cit., 21.

<sup>920</sup> GRANDI M., *Le modificazioni del rapporto*...op. cit., 231.

<sup>921</sup> Sull'efficacia riflessa del contratto di lavoro, v. SANTORO PASSARELLI F., *Nozioni di diritto del lavoro*, Napoli, 1971, 151.

Il committente, dunque, pur rimanendo terzo rispetto al contratto di lavoro tra appaltatore e lavoratore può diventare diretto debitore del lavoratore e i due vengono uniti da un rapporto giuridico distinto e autonomo rispetto a quello che lega il lavoratore all'appaltatore.

La responsabilità solidale tra committente e appaltatore permette, dunque, l'emersione a livello giuridico di un legame che, altrimenti, avrebbe un rilievo soltanto economico<sup>922</sup>.

Ciò non significa che il meccanismo della solidarietà operi perfettamente in questo senso, ma il fatto che nella Raccomandazione del 26 marzo 2009 il Parlamento europeo<sup>923</sup> plaudesse alla circostanza che otto paesi membri avessero introdotto strumenti di responsabilizzazione delle imprese coinvolte nella filiera degli appalti (e non di semplice tutela giuridica dei lavoratori impiegati negli appalti), invitando gli altri Stati a seguire tale esempio, e soprattutto che si parlasse di strumenti idonei a diffondere pratiche di buona imprenditorialità tra gli operatori economici, sembra far prediligere l'inquadramento della responsabilità solidale tra le obbligazioni soggettivamente complesse, proprio per la precipuità di queste a svolgere una funzione non esclusiva di tutela del credito.

In questa direzione, dunque, non appare affatto condivisibile l'assunto verso cui la dottrina e la giurisprudenza sembrano orientate in tema di responsabilità dell'appaltatore interposto<sup>924</sup>: l'esclusione della responsabilità solidale in questa ipotesi, infatti, non fa altro che ingenerare un effetto distorsivo del principio solidaristico finendo con il minare il fondamento stesso della solidarietà<sup>925</sup>.

Nel dibattito scientifico, poi, ci si chiede se l'integrazione contrattuale tra le imprese e la responsabilità solidale negli appalti possano comportare la duplicazione del datore di lavoro.

Invero, la prospettiva della codatorialità, appare alquanto suggestiva.

La principale obiezione che fino al d. l. n. 76/2013 poteva opporsi è ora venuta meno<sup>926</sup> e i novellati artt. 30 e 31, d.lgs. n. 276/2003, impongono una nuova riflessione sul tema.

A parere di chi scrive, tuttavia, l'intervento del legislatore del 2013 non è di per sé sufficiente a far ritenere l'emersione di un principio nuovo di generale applicazione nell'ordinamento. Tanto

<sup>922</sup> Va rilevato che il contratto di lavoro tra appaltatore e lavoratore non è stipulato per l'esercizio dell'attività del committente, ma esclusivamente per l'esercizio dell'attività dell'appaltatore. Il fatto, poi, che la prestazione lavorativa sia strumentale all'organizzazione produttiva del committente non vuol dire che il contratto di lavoro non sia, in *primis*, idoneo, in quanto atto di organizzazione dell'impresa appaltatrice, a soddisfare l'interesse e le esigenze produttive del titolare del contratto. Solo che, nell'interesse e nelle esigenze produttive dell'appaltatore, vi è anche di mettere a disposizione del committente, attraverso il contratto di appalto, la prestazione di lavoro. Cfr. GUAGLIONE L., *La disciplina degli appalti introaziendali e il contenuto dell'obbligazione solidale*, in Mazzotta O. (a cura di), *Nuove tecnologie e rapporti tra imprese*, Milano, 1990, 142.

<sup>923</sup> Raccomandazione (UE) 2009/2160.

<sup>924</sup> In giurisprudenza, v. su tutte Cass. Civ. S.U., n. 2517/1997, cit.; in dottrina v. ALBI P., *Il contratto di appalto*, op. cit., 1631; CARINCI M.T. *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro*, op. cit., 156.

<sup>925</sup> Di questo avviso ZILIO GRANDI G. - SFERRAZZA M., *Solidarietà e tutele nell'intermediazione del lavoro*, op. cit., 134. Un'utile indicazione per future riforme può giungere da altri ordinamenti e, segnatamente, dalla legislazione spagnola. L'art. 43 dell'*Estatuto de los Trabajadores* prevede, infatti, che entrambi i soggetti che pongono in essere l'appalto non genuino siano solidalmente responsabili per quanto riguarda gli obblighi nei confronti dei lavoratori e in materia di previdenza sociale e tale responsabilità si estende a qualsiasi obbligo derivante dal rapporto di lavoro. Il comma 4 dell'art. 43, poi, prevede che i lavoratori debbano essere assunti a tempo indeterminato presso l'azienda dell'interponente o - a loro scelta - dell'interposto, rimanendo, ad ogni modo, uno solo il datore di lavoro.

<sup>926</sup> Ovvero l'assoluta mancanza di una previsione normativa in tal senso.

più che le ipotesi anzidette riguardano il contratto di rete ai sensi del d. l. n. 5/2009 ed i gruppi d'impresa nel settore agricolo. Appare, dunque, difficile, se non impossibile, riconoscere al di fuori delle stesse l'insorgere della codatorialità. Potrà, al massimo, parlarsi di nominazione della fattispecie, che, secondo autorevole dottrina, è cosa ben diversa dalla tipizzazione<sup>927</sup>. La codatorialità è allora un'eccezione, rigorosamente circoscritta, al principio dell'unicità del datore di lavoro<sup>928</sup>.

Come abbiamo visto, nel sistema degli appalti, dall'operare della solidarietà discende la responsabilità per i crediti retributivi e contributivi. Ma da tale operazione giuridica non si origina alcuna modificazione soggettiva del rapporto contrattuale, né tantomeno l'integrazione contrattuale tra le imprese che può verificarsi nell'odierno tessuto industriale può essere ritenuta tale da far riconoscere ipotesi di codatorialità nel caso di appalti d'opera o servizi, atteso che è datore di lavoro *«solo colui su cui in concreto fa carico il rischio economico dell'impresa, nonché l'organizzazione produttiva nella quale è di fatto inserito con carattere di subordinazione il lavoratore...»*<sup>929</sup>, conseguendo un interesse soddisfatto in concreto dalle prestazioni di quest'ultimo<sup>930</sup>.

Appare, dunque, manifesto come nella disciplina della solidarietà negli appalti si intravedano ancora numerosi chiaroscuri che fanno auspicare ad un intervento definitivamente risolutore delle troppe problematiche rimaste ad oggi prive di una risposta coerente nell'ordinamento positivo, consentendo finalmente la compiuta realizzazione di quella forma di convivenza equilibrata tra diritto del lavoro ed economia che oggi più di ieri appare sempre più necessaria ed ineludibile.

---

<sup>927</sup> Secondo MESSINEO F., voce *Contratto innominato*, in *Enciclopedia del diritto*, 10, Milano, 1962, 95 e ss *«avere un nome nel sistema della legge non è sufficiente ai fini della tipizzazione»*.

<sup>928</sup> ALVINO I., relazione al Convegno "Reti di imprese e nuovi modelli di gestione dei rapporti di lavoro", tenutosi presso l'Università Bocconi di Milano, in data 3 dicembre 2014.

<sup>929</sup> Cass. civ. SS. UU., 26 ottobre 2006, n. 22910, cit..

<sup>930</sup> MAZZOTTA O., *Gruppi di imprese, codatorialità e subordinazione*, op. cit., 27.

## Brevi riflessioni sulla categoria dirigenziale all'indomani del *Jobs Act*\*

Marco Biasi

1. Introduzione.	350
2. L'inattesa decisione della Corte di Giustizia sull'esclusione dei dirigenti dalla procedura del licenziamento collettivo in Italia.	353
3. Il dirigente nell'ultima fase della legislazione italiana.	354
3.1 L'ingresso dei dirigenti nella procedura del licenziamento collettivo.	354
3.2. Le disposizioni ablativo e speciali per la categoria dirigenziale nel Jobs Act.	355
4. Annotazioni comparative: l'esclusione funzionale dei supervisors dal Wagner Act statunitense e i suoi effetti nel tempo.	357
5. Il lavoro organizzato del (e dal) dirigente in Italia.	360
6. Note conclusive.	365

---

\* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 303/2016

## 1. Introduzione.

Ad un primo sguardo non parrebbe che la figura dirigenziale, un tempo – e, nell'immaginario collettivo, ancora oggi – l'“alter ego” del datore di lavoro<sup>931</sup>, si collochi al centro della fase di rivisitazione del diritto del lavoro in corso, né tanto meno che essa costituisca oggetto (o, se si vuole, “bersaglio”) della compulsiva *vis regolativa* del legislatore. Al contrario, si potrebbe addirittura sostenere che l'esclusione dei dirigenti dal campo di applicazione della nuova disciplina del contratto a tutele crescenti, unita alla conferma delle precedenti disposizioni ablativo in materia di lavoro a termine, di orario di lavoro ecc., autorizzi ad indicare i dirigenti come i grandi esclusi – se non, con una certa malizia, i veri beneficiari – del percorso riformatore noto come *Jobs Act*<sup>932</sup>.

Coerentemente con l'andamento a fisarmonica da sempre caratteristico dell'atteggiarsi dei rapporti tra i dirigenti e gli “altri” lavoratori subordinati, la categoria era però stata poco prima oggetto di un importante intervento, reso necessario dalla discussa decisione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea<sup>933</sup> che, censurando l'esclusione dei dirigenti dalla procedura del licenziamento collettivo in Italia, aveva a sorpresa travolto, più che un'espressa previsione<sup>934</sup>, una consolidata prassi avallata dalla Cassazione, dalla dottrina prevalente<sup>935</sup> e, indirettamente, dalla Corte Costituzionale<sup>936</sup>.

<sup>931</sup> La dottrina più risalente individuava nel dirigente il “*primo e più elevato collaboratore*” (L. De Litala, *Il contratto di lavoro dei dirigenti di azienda*, in *DE*, 1955, 1, 15), posto in un rapporto di “*collaborazione immediata con il datore di lavoro per il coordinamento dell'attività*” (G. Petraccone, voce *Dirigente d'azienda*, in *Nuovo DI*, 1938, XVI, 852); ancora, della categoria dirigenziale come uno “*stato maggiore*” al fianco del capo dell'impresa ha parlato F. Pergolesi, *Dirigente*, in *ENCDIR*, 1964, XII, 614, cui adde S. Pieri, *Definizione del dirigente di azienda e sua distinzione da impiegato*, in *DE*, 1959, 1, 570; già Lodovico Barassi ammetteva che, in conseguenza dei “*bisogni febbrili di una vita quotidiana febbrile che hanno insinuato elementi perturbatori della semplicità del tipo*”, il concetto di dipendenza proprio della locazione d'opera assumesse caratteristiche peculiari allorché, come nel caso del direttore di una società commerciale di rilevanza internazionale, il debitore del lavoro occupasse “*una posizione quasi indipendente in quanto ha una somma di cognizioni proprie, un'esperienza fattasi in lunghi anni di lavoro*”: L. Barassi, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano* (1901), ristampa a cura di M. Napoli, Milano, 2003, 30.

<sup>932</sup> Ciò, peraltro, non significa che il *Jobs Act* non abbia avuto un impatto sul rapporto di lavoro dirigenziale, anche avendo riguardo alla disciplina del licenziamento: guardando infatti alla tutela convenzionale ed in particolare all'indennità supplementare nell'ultimo CCNL Dirigenti Industria, pare proprio che la contrattazione collettiva, nel ridurre gli importi e nel modularli in misura crescente con l'anzianità di servizio, si sia posta in linea con il *trend* indicato dalla l. 10 dicembre 2014, n. 183 e impresso dal d.lgs. 23/2015 per i casi di licenziamento ingiustificato degli operai, degli impiegati e dei quadri: cfr. V. Picarelli, *Il rinnovo del Ccnl Dirigenti Industria: più peso alla premialità e al plusvalore manageriale*, in *Boll. ADAPT*, 21 gennaio 2015.

<sup>933</sup> C. Giust. 13 febbraio 2014, C-596/12, in *GI*, 2014, 5, 1154, con nota di P. Tosi, *Il licenziamento collettivo dei dirigenti*; in *LG*, 2014, 3, 233, con nota di M. Miscione, *I dirigenti per la Corte Europea equiparati ad operai ed impiegati solo per i licenziamenti collettivi*; in *RIDL*, 2015, II, 366, con nota di A. Donini, *Estensione della procedura di licenziamento collettivo ai dirigenti un vuoto di tutela colmato?*; in *CORRGIUR*, 2014, 8-9, 1053, con nota di G. Di Garbo, G. Iorio Fiorelli, *L'Italia colta in infrazione dalla Corte di giustizia in materia di licenziamento collettivo dei dirigenti. Spunti sulle conseguenze concrete della sentenza*; in *MGL*, 2014, 3, 137, con nota di G. Della Rocca, *Il licenziamento collettivo dei dirigenti*; in *RGL*, 2014, II, 581, con nota di M. A. Carbone, *Il licenziamento collettivo dei dirigenti*; in *GLAV*, 2013, 24, 19, con nota di M. Mariani, *Licenziamenti collettivi, anche il dirigente deve essere tutelato dalla procedura*.

<sup>934</sup> V. art. 4, comma 9 l. 223/1991, ove si prevede che, raggiunto l'accordo o esaurita la procedura, l'impresa abbia facoltà di collocare in mobilità “*gli impiegati, gli operai e i quadri eccedenti*”.

<sup>935</sup> Per tutti, A. Zoppoli, *Effetti della crisi d'impresa sul lavoro dirigenziale*, in *DRI*, 1993, 2, 153 ss.; avuto riguardo ai diritti sindacali dei dirigenti, G. Pera, *Dirigenti d'azienda, disciplina limitativa dei licenziamenti e statuto dei lavoratori*, in *OGL*, 1972, 447, contrario ad una formalistica equiparazione dei dirigenti, “*la cui funzione si immedesima irrimediabilmente con la proprietà*”, e i lavoratori “*comuni*”. *Contra*, però, già L. Spagnuolo Vigorita, L. Guaglione, F. Scarpelli, *Art. 24*, in M. Persiani (a cura di), *Commentario della legge 23 luglio 1991, n. 223*, in *NLCC*, 1994, 1109-1112, sulla base della specialità tra la disciplina del licenziamento collettivo rispetto a quello individuale e, soprattutto, della *ratio* della normativa comunitaria di promuovere strumenti alternativi al licenziamento, che potevano interessare i dirigenti al pari degli altri lavoratori subordinati.

<sup>936</sup> C. Cost. 18 luglio 1997, n. 258, in *NGL*, 1997, 415, che ha ritenuto manifestamente inammissibile la questione di costituzionalità dell'art. 24 l. 23 luglio 1991, n. 223, in riferimento all'art. 3 Cost., sollevata da Pret. Sassari 3 dicembre 1996, in *LG*, 1997, 8, 667, con

All'indomani del pronunciamento del Giudice europeo, basato sull'equiparazione del dirigente agli altri lavoratori subordinati ai fini del riconoscimento delle tutele procedurali previste dalla dir. 98/59/CE, pareva essersi realizzato un netto cambio di rotta rispetto ai tempi in cui l'art. 10 l. 604/1966, nell'escludere indirettamente (o "in negativo"<sup>937</sup>) i dirigenti dal campo di applicazione della legge limitativa del recesso datoriale, aveva al contrario valorizzato la specialità e/o il carattere fiduciario<sup>938</sup> del rapporto di lavoro di chi "occupa il posto più elevato nella scala gerarchica dei prestatori di lavoro subordinato...una posizione che trova nel potere direttivo la sua vera qualificazione"<sup>939</sup>. Così, secondo alcuni interpreti, sarebbe stata ulteriormente "ridotta la forbice tra la disciplina del rapporto di lavoro dirigenziale e quella generale del rapporto di lavoro subordinato"<sup>940</sup>, già costretta dal "recupero ad unità" della stessa categoria<sup>941</sup> e dal definitivo superamento di quel vero e proprio *topos*<sup>942</sup> del dirigente *alter ego* dell'imprenditore, che era divenuto già da tempo inattuale<sup>943</sup> a seguito del consolidarsi degli assetti delle (grandi) imprese secondo una pluralità di dirigenti di diverso livello<sup>944</sup>. Del resto, ulteriori segnali in questa direzione si po-

---

nota di G. Zilio Grandi, *Licenziamento collettivo del dirigente e dei funzionari: questioni di costituzionalità?*, nella parte in cui la disposizione escludeva dalla procedura dei licenziamenti collettivi i funzionari del settore bancario e creditizio. In tale occasione, la Corte Costituzionale si limita a rilevare come il Giudice rimettente non avesse "esplicitato l'assunto...di una piena equiparazione della categoria dei funzionari a quella dei dirigenti" (anche a fronte della distinzione del personale direttivo in dirigenti e funzionari nella contrattazione collettiva), senza soffermarsi sulle interessanti osservazioni del Pretore di Sassari circa una rilettura dell'art. 24 l. 223/1991 che tenesse conto dell'allargamento della figura del dirigente – non solo nel settore bancario – verso lavoratori non al vertice dell'impresa o di un suo ramo e del conseguente affievolimento dell'elemento della fiducia nel rapporto di lavoro dirigenziale.

<sup>937</sup> F. Carinci, *Simbologia e realtà di un gemellaggio: il dirigente privato ed il dirigente pubblico privatizzato*, in *QDLRI*, 2009, 31, 7; P. Lambertucci, *Il dirigente d'azienda tra orientamenti giurisprudenziali, assetti contrattuali e discipline legali: l'occasione per un bilancio*, in *RIDL*, 2012, III, 157.

<sup>938</sup> G. Pellacani, *I licenziamenti individuali e collettivi*, in G. Pellacani (a cura di), *I licenziamenti individuali e collettivi*, Torino, 2013, 548; C. Russo, S. Bosco, *Il licenziamento del dirigente nell'impiego privato*, in C. Russo (a cura di), *Il licenziamento nel rapporto di lavoro pubblico e privato*, Torino, 2011, 472; M. Berruti, *Il rapporto di lavoro del dirigente*, Padova, 2005, 21; N. De Marinis, *Il licenziamento del dirigente tra specialità del rapporto ed omologazione delle tutele*, in *ADL*, 1997, 201 ss.; F. Basenghi, *Il licenziamento del dirigente*, Milano, 1991, 59 ss.; G. Gramiccia, *Il dirigente d'azienda, responsabilità, licenziamento*, in *OGL*, 1997, 73.

<sup>939</sup> C. Cost. 6 luglio 1972, n. 121, in *MGL*, 1972, 274, con nota di L. Riva Sanseverino, *Sulla posizione professionale del dirigente*; C. Cost. 26 ottobre 1992, n. 404, in *OGL*, 1992, II, 1003; C. Cost. 8 giugno 1994, n. 225, *RIDL*, 1995, II, 30.

<sup>940</sup> S. Carrà, *Riflessioni sull'attuale processo di destrutturazione del rapporto di lavoro dirigenziale*, in *ADL*, 2015, 1, 123; A. Donini, *op. cit.*, 377.

<sup>941</sup> G. Pellacani, *Il licenziamento del dirigente. Riflessioni sulla coerenza ordinamentale di un microsistema eterotipico e prospettive di rimodulazione del paradigma protettivo*, in *ADL*, 2009, 4/5, 1005.

<sup>942</sup> M. Dell'Olio, *I soggetti e l'oggetto del rapporto di lavoro (Commento agli artt. 2094, 2095, 2099-2102, 2103 c. c.)*, in M. Rescigno (diretto da), *Trattato di diritto privato*, Torino, 1986, 39.

<sup>943</sup> Non mancano però alcuni – tratlatici – riferimenti al ruolo dirigente *alter ego* in alcune recenti decisioni: *ex multis*, Cass. 16 settembre 2015, n. 18165, in *CORRGIUR*, 2015, 11, 1462; Cass. 22 dicembre 2006, n. 27464, in *RIDL*, 2007, II, 641, con nota di A. Zoppoli, nonché le altre pronunce menzionate da D. Casale, *Il rapporto di lavoro del dirigente d'impresa nella giurisprudenza*, in *QDLRI*, 2009, 31, 286 ss.

<sup>944</sup> A. Garilli, *Dirigente d'azienda*, in *DDPComm*, 1987, 284-286; *Id.*, *Le categorie dei prestatori di lavoro*, Napoli, 1988, 191 ss., M. Sala Chiri, *Le categorie dei lavoratori. Dalla tripartizione tradizionale al riconoscimento legislativo dei quadri intermedi*, Milano, 1986, 95 e 104, e, da ultimo, P. Dui, *Il lavoro dirigenziale*, Milano, 2010, 3, in termini di "mutazione genetica" dall'originario *alter ego* alla dirigenza di vari livelli; v. G. Pera, *Dirigente d'impresa a azienda*, in *NDI*, Appendice, II, 1981, 1097, ove si dà l'immagine di una giurisprudenza che affannosamente "arranchi, con sforzi e contorcimenti, nel seguire la ben più complessa realtà degli organigrammi aziendali e degli assetti contrattuali collettivi"; A.R. Tinti, *Il dirigente d'azienda nell'ultimo decennio: profili evolutivi*, in *RTDPC*, 1979, 1127, la quale correttamente osserva come il richiamo all'*alter ego* sia improprio pure sul piano lessicale in presenza di una pluralità di dirigenti nella stessa azienda; più di recente, di uno "spazio vuoto di diritto" e colmo di interventi giurisprudenziali, anche per effetto delle "laconiche previsioni dell'art. 2095 c.c.", ha parlato E. Gragnoli, *La categoria dei dirigenti nel lavoro privato ed i presupposti per la sua attribuzione*, in *QDLRI*, 2009, 31, 22.

tevano trarre pure dall'estensione a *tutti* i dirigenti della tutela procedurale in ipotesi di licenziamento disciplinare<sup>945</sup> (proprio sulla scorta – si legge nella nota pronuncia della Cassazione n. 7880/2007 – della “*proliferazione della categoria dirigenziale, correlata alla ramificazione dell'organizzazione imprenditoriale ed al progresso tecnologico*”) e del regime di decadenze per l'impugnazione del licenziamento ex art. 32, comma 2 l. 183/2010<sup>946</sup>.

Il presente contributo si pone l'obiettivo di ripercorrere le trame della decisione della Corte di Giustizia ed offrire una panoramica sulla categoria dirigenziale all'indomani del *Jobs Act*, al fine di comprendere se quest'ultima stia oggi attraversando una fase di crisi di identità o se, invece, il cuore del problema sia, così come in altri ordinamenti (v. *infra* l'esempio statunitense), quello dell'individuazione dei caratteri distintivi delle figure e delle posizioni professionali alla stessa riconducibili. A tal fine, si cercherà di tracciare un *fil rouge* guardando unitamente ai profili collettivi, all'origine dell'autonomia della figura dirigenziale nel nostro ordinamento<sup>947</sup>, in seguito valorizzati dall'art. 2095 c.c.<sup>948</sup> e da ultimo esaltati – ma per certi versi quasi incidentalmente – dalla Corte di Giustizia, e a quelli individuali, centrali nel *Jobs Act* e nella conferma della legislazione speciale per la categoria dirigenziale, nel tentativo di individuare i tratti distintivi di quest'ultima nel nuovo equilibrio dei poteri all'interno delle imprese risultante dalla più recente riforma del mercato del lavoro italiano.

<sup>945</sup> Cass. S.U. 30 marzo 2007, n. 7880, in *LG*, 2007, 9, 889, con nota di L. Menghini, *Il licenziamento dei dirigenti: applicabilità della reintegra ai pubblici e delle tutele procedurali ai privati*, ove, come già in Cass. 3 aprile 2003, n. 5213, in *DL*, 2003, II, 163, si esclude ogni rilevanza alla distinzione tra pseudo-dirigenti e dirigenti convenzionali ai fini dell'esperimento della procedura ex art. 7 Stat. Lav. in ipotesi di licenziamento disciplinare (ivi ricomprendente, non solo il “*comportamento negligente*”, ma anche qualsiasi condotta “*suscettibile di far venire meno la fiducia*”: sul punto, v. le considerazioni critiche di M. Persiani, *Il licenziamento del dirigente tra perdita di fiducia e inadempimento*, in AA.VV., *Studi in onore di Edoardo Ghera*, 2008, II, 879 ss., spec. 883); conf., di recente, Cass. 10 febbraio 2015, n. 2553, in *GI*, 2015, 7, 1671, con nota di C. Carchio, *La Suprema Corte conferma l'applicabilità dell'art. 7 St. lav. al licenziamento disciplinare del dirigente*, e in *RIDL*, 2015, II, 690, con nota di P. Puliatti, *Il dirigente privato e le sue tutele: un rapporto difficile (forse giunto a composizione)*, in cui viene precisato che la procedura di contestazione si applica doverosamente “*a prescindere dalla collocazione del dirigente nell'impresa*”. Sembra dunque superato l'orientamento giurisprudenziale consolidatosi attorno alla presa di posizione – per quanto “*di facciata*”: così P. Tosi, *Il licenziamento del dirigente: profili legali*, in *RIDL*, 1996, I, 388 – da parte di Cass. S.U. 29 maggio 1995, n. 6041, in *GCIV*, 1995, I, 1749, con nota di G. Pera, *Non esiste il licenziamento c.d. disciplinare del dirigente?*, secondo cui l'esercizio del potere disciplinare sarebbe precluso nei confronti del dirigente apicale o *alter ego*, mentre la tutela legale (sostanziale e procedurale) nei confronti del licenziamento andrebbe riconosciuta agli pseudo-dirigenti (conf. Cass. 22 dicembre 2006, n. 27464, in *RCDL*, 2007, I, 207, con nota di A. Moro; Cass. 9 aprile 2003, n. 5526, in *NGL*, 2003, 470). Per una completa rassegna della giurisprudenza sull'applicabilità dell'art. 7 Stat. Lav. ai dirigenti, v. A. Bollani, *Licenziamento del dirigente e regimi di tutela*, in *QDLRI*, 2009, 31, 39 ss.

<sup>946</sup> Cass. 5 novembre 2015, n. 22627, in [www.ilgiuslavorista.it](http://www.ilgiuslavorista.it); Trib. Velletri 22 gennaio 2015, in *ADL*, 2015, 3, 666, con nota di F. Ferraro, *L'impugnazione del licenziamento del dirigente dopo il “Collegato Lavoro”* e, in precedenza, Trib. Milano 9 luglio 2013, in *RIDL*, 2014, II, 275, con note di R. Pettinelli e di A. Rota.

<sup>947</sup> R.D. 1 luglio 1926, n. 1130, che prevedeva l'obbligo per i “*direttori tecnici ed amministrativi e gli altri capi di ufficio, di servizi con funzioni analoghe, gli institori in generale e gli impiegati muniti di procura*” di far parte di associazioni sindacali autonome, distinte da quelle degli altri lavoratori “*intellettuali e manuali*” (art. 6) e, quel che più rileva, aderenti alle confederazioni dei datori di lavoro (art. 34): cfr. C. Zoli, *Dirigente*, in P. Lambertucci (a cura di), *Diritto del lavoro*, in N. Irti (Promossi da), *Dizionari del Diritto Privato*, Milano, 2010, 155 ss.; P. Lambertucci, *op. cit.*, 158; P. Ichino, *Il contratto di lavoro*, Milano, 2000, I, 638; G. Giugni, *Il dirigente di azienda nel diritto*, in AA.VV., *Il dirigente di azienda nella evoluzione della società*, 1973, 304; sulla genesi della disposizione richiamata, F. Pergolesi, *Il contratto di dirigenza aziendale*, Roma, 1948, 10 ss.; sul superamento del precedente R.D.L. 13 novembre 1924, n. 1825, che collocava i dirigenti all'interno degli impiegati di più alto grado, per tutti, G. F. Mancini, *Le categorie dei prestatori di lavoro nell'ordinamento italiano*, in *RTDPC*, 1966, 896.

<sup>948</sup> Cfr. P. Tosi, *Il dirigente d'azienda*, in M. Martone (a cura di), *Contratto di lavoro e organizzazione*, IV, I, *Contratto e rapporto di lavoro*, in M. Persiani, F. Carinci (diretto da), *Trattato di Diritto del Lavoro*, Padova, 2012, 428; Id., *Il dirigente d'azienda. Tipologia e disciplina del rapporto di lavoro*, Milano, 1974, 17 ss.; F. Liso, *Categorie e qualifiche del lavoratore*, in *EGT*, 1988, 6 ss.; A. Vallebona, *Sui criteri per la identificazione del dirigente*, in *DL*, 1983, 191; V. Simi, *La figura giuridica del dirigente di azienda*, in *DL*, 1958, I, 169.

## 2. L'inattesa decisione della Corte di Giustizia sull'esclusione dei dirigenti dalla procedura del licenziamento collettivo in Italia.

Come ampiamente noto, all'esito della procedura di infrazione n. 2007/4652, avviata dalla Commissione Europea nel (lontano) 2007, nel febbraio del 2014 la Corte di Giustizia Europea condannava l'Italia per la mancata inclusione dei dirigenti nel campo di applicazione della dir. 98/59/CE del 20 luglio 1998 ed in particolare per la loro esclusione dalla tutela procedurale, basata sul coinvolgimento sindacale, prevista in ipotesi di licenziamento collettivo.

Nel ripercorrere brevemente le trame del ragionamento dei Giudici del Lussemburgo, ad una prima lettura sembrerebbe che il giudizio si basi su un argomento di carattere eminentemente testuale, fondato sul canone "*ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*"<sup>949</sup>: riferendosi la direttiva ad una generica nozione di lavoratore subordinato ed ammettendo, all'art. 1, par. 2, una serie di eccezioni (lavoratori a termine, pubblico impiego, equipaggi delle navi) tra le quali non figuravano i dirigenti, questi ultimi non potevano che rientrare nella nozione di "lavoratore" valida ai fini dell'applicazione della direttiva, da ciò discendendo la contrarietà alla normativa europea dell'art. 4, comma 9 l. 223/1991, che, siccome interpretato a livello nazionale, riservava la procedura ai soli impiegati, operai e quadri eccedenti.

Non può tuttavia essere trascurata la valenza del passaggio in cui la Corte insiste sull'autonoma rilevanza di una nozione di lavoratore subordinato di "*portata comunitaria*", da definirsi secondo "*criteri oggettivi*", avendo in particolare riguardo alla caratteristica essenziale per cui "*una persona fornisca, per un certo periodo di tempo, a favore di un altro soggetto e sotto la direzione di quest'ultimo, prestazioni in contropartita delle quali percepisce una retribuzione*". A fronte del richiamo ad una simile definizione di lavoratore subordinato "*di derivazione europea*"<sup>950</sup>, ma conosciuta sostanzialmente a partire dalle disposizioni (e dai precedenti della Corte stessa) in materia di libertà di circolazione e – quel che più rileva – fondata sull'esercizio del potere direttivo<sup>951</sup>, non sorprende che la Corte abbia seccamente respinto la difesa del Governo italiano, la quale poggiava sulla specialità del lavoro del dirigente che, quale "*vero e proprio alter ego del datore di lavoro*", godrebbe di "*un'autonomia decisionale talmente estesa da poter influenzare le scelte strategiche dell'impresa, compresa quella di licenziare i lavoratori*", sì da rendere "*priva di senso*" la predisposizione nei suoi confronti delle garanzie procedurali in ipotesi di licenziamento collettivo<sup>952</sup>.

<sup>949</sup> G. Di Garbo, G. Iorio Fiorelli, *op. cit.*, 1055.

<sup>950</sup> S. Borrelli, *Lavoratore (definizione eurunitaria)*, in M. Pedrazzoli (ordinato da), *Lessico Giuslavoristico*, Bologna, 2011, 3, 123 ss.; L. Nogler, *The concept of «subordination» in European and Comparative Law*, Trento, 2009, 1-20; S. Giubboni, *La nozione comunitaria di lavoratore subordinato*, in S. Sciarra, B. Caruso (a cura di), *Il lavoro subordinato*, Torino, 2009, 35 ss.; M. Magnani, *Il diritto del lavoro e le sue categorie. Valori e tecniche nel diritto del lavoro*, Padova, 2006, 84-87.

<sup>951</sup> Nella decisione in parola la Corte di Giustizia richiama il precedente C. Giust. 11 novembre 2010, C-232/2009, Danosa, in *RIDL*, 2011, II, 969; v. anche C. Giust. 3 luglio 1986, C-66/85, Lawrie-Blum, ove si legge che "*la caratteristica essenziale del rapporto di lavoro è la circostanza che una persona fornisca, per un certo periodo di tempo, a favore di un'altra e sotto la direzione di quest'ultima, prestazioni in contropartita delle quali riceve una retribuzione*". Sull'ambito di applicazione della dir. 98/58/CE, v. anche C. Giust. 18 gennaio 2007, C-385-05, *Cgt*, in *DRI*, 2007, 3, 891, con commento di R. Cosio, *I licenziamenti collettivi e il diritto europeo*; C. Giust. 27 gennaio 2005, C-188/03, *Junk*, in *OGL*, 2005, II, 11. Sull'illegittima esclusione da parte della legislazione spagnola dei dirigenti dalle tutele a favore dei lavoratori in ipotesi di insolvenza del datore di lavoro previste dalla dir. 80/987/CEE, v. C. Giust. 16 dicembre 1993, C-334/92, *Wagner Miret*, in *Racc.*, I-6911.

<sup>952</sup> Cfr. il carteggio tra la Commissione europea ed il Governo italiano nell'ambito della Procedura di Infrazione n. 2007/4652, in *XVII Legislatura – Disegni di Legge e Relazioni – Documenti – Doc. LXXIII*, n. 3, 135.

Pur senza riprendere sul punto la replica della Commissione, che aveva sollevato il problema dell'ingiustificata estromissione dalla procedura, da parte della normativa italiana, non solo dei dirigenti apicali, ma anche degli "pseudo-dirigenti" (ossia quelli, a parere della Commissione, "dotati di autonomia ristretta e sottomessi gerarchicamente" ai primi), la Corte sembra guardare pressoché esclusivamente al profilo individuale del rapporto di lavoro e, sulla scorta della richiamata nozione europea di lavoratore subordinato, nota sinteticamente come risulti "indiscusso" che la categoria dei dirigenti rientri senza distinzioni di sorta tra quelle inserite in un rapporto di lavoro subordinato e, dunque, nel campo di applicazione della direttiva.

Il ragionamento dei Giudici del Lussemburgo muove poi assai (o sin troppo) agilmente dal piano individuale ai profili collettivi, respingendo altresì l'argomento per cui i dirigenti italiani, attraverso la contrattazione collettiva, sarebbero addirittura maggiormente tutelati sul piano economico rispetto agli altri lavoratori subordinati, segnalando come l'oggetto del riavvicinamento fosse una protezione di carattere non meramente patrimoniale, bensì procedurale, ed in particolare l'obbligo di procedere a consultazioni con i rappresentanti dei lavoratori con riguardo alle "possibilità di evitare o ridurre i licenziamenti collettivi previsti...a prescindere dalle misure sociali di accompagnamento che siano previste per attenuare le conseguenze di un licenziamento collettivo".

Se si può senz'altro convenire che una maggiore garanzia sul piano economico/individuale (oltre tutto eventuale, dipendendo pur sempre dalla contrattazione collettiva) non sia di per sé idonea a compensare la carenza di una tutela collettivo/procedurale, la questione non affrontata nella sentenza in commento, eppure chiave per comprendere quali spazi riconoscere a favore dei dirigenti nell'ambito della procedura in parola, riguarda(va) la natura dell'interesse collettivo dei dirigenti e la sua complessa collocazione tra i due "poli opposti" dell'interesse datoriale e della restante parte della forza lavoro, stante la loro peculiare posizione nella gerarchia dell'impresa.

### 3. Il dirigente nell'ultima fase della legislazione italiana.

#### 3.1 L'ingresso dei dirigenti nella procedura del licenziamento collettivo.

La decisione della Corte di Giustizia, sorprendente anche per la tardività<sup>953</sup> della censura, avvenuta nel 2014, e ancor prima della (procedura di) "contestazione", avviata nel 2007, per il mancato rispetto dei dettami di una direttiva del 1998 da parte di una normativa (e della relativa prassi applicativa) nazionale risalente al 1991, non poteva che richiedere un pronto adeguamento in via legislativa da parte del legislatore italiano.

In ottemperanza alla decisione dei Giudici del Lussemburgo, sono stati modificati gli artt. 4 e 24 l. 223/1991 ad opera dell'art. 16 l. 30 ottobre 2014, n. 161 (c.d. legge europea 2013-bis)<sup>954</sup>, con il quale è stata estesa – pur non completamente: v. *infra* – la procedura del licenziamento collettivo ai dirigenti, senza alcuna distinzione al loro interno<sup>955</sup>: in particolare, è stato modificato il comma 1 dell'art. 24 l. 223/1991, che oggi prevede il computo dei dirigenti ai fini del raggiungimento della

<sup>953</sup> Sottolinea che "ci sono voluti più di vent'anni per arrivare alla bocciatura della legge n. 223" e, perciò, "troppo tempo" anche M. Miscione, *op. cit.*, 237.

<sup>954</sup> V. Picarelli, *Anche i dirigenti nella procedura dei licenziamenti collettivi*, in *Bollettinoadapt.it*, 5 dicembre 2014, 1 ss.; D. Colombo, *Licenziamento collettivo dei manager*, in *DPL*, 2015, 5, 285 ss.

<sup>955</sup> P. Tosi, *Licenziamenti individuali nel rapporto di lavoro privato. 4) Licenziamento del dirigente*, in *www.treccani.it*, 2015, 15.

soglie (rispettivamente, di 5 licenziamenti<sup>956</sup> nell'arco di 120 giorni, e di più di 15 dipendenti di organico) che fanno congiuntamente scattare l'obbligo di avviare la procedura. Inoltre, nel nuovo comma 1-*quinquies* dell'art. 24 l. 223/1991 è stato garantito il coinvolgimento dei dirigenti nella procedura di licenziamento collettivo già dalla fase di avvio.

Come anticipato, però, l'equiparazione delle tutele con gli altri lavoratori è stata comunque incompleta: il legislatore ha infatti prudentemente distinto, all'interno della procedura di informazione e consultazione, tanto gli interlocutori, stabilendo che la comunicazione di avvio vada indirizzata alle organizzazioni sindacali dei dirigenti competenti a livello territoriale, quanto il momento del loro coinvolgimento, richiedendo, nell'ambito dell'esame congiunto volto alla verifica di soluzioni alternative, "appositi" – e dunque separati – incontri con i rappresentanti dei dirigenti. Anche per questo vi è stato chi ha criticato la decisione, non immediatamente discendente dalla pronuncia di condanna da parte della Corte di Giustizia<sup>957</sup>, di estendere ai dirigenti le regole relative ai criteri di scelta di cui all'art. 5 l. 223/1991<sup>958</sup>, data la natura fiduciaria del rapporto di lavoro dirigenziale ed alla luce del loro trattamento diversificato anche nell'ambito della "nuova" procedura di licenziamento collettivo<sup>959</sup>.

### 3.2. Le disposizioni ablativo e speciali per la categoria dirigenziale nel *Jobs Act*.

Sempre a seguito delle modifiche intervenute dopo la pronuncia di condanna della Corte di Giustizia, con l'art. 24, comma 1-*quinquies* l. 223/1991 si è previsto per i dirigenti, tanto in caso di violazione dei criteri di scelta, quanto di violazione procedurale, il diritto alla corresponsione di un'indennità pari ad un importo determinato dal giudice all'interno di un *range* tra le 12 e le 24 mensilità (fatte salve le diverse previsioni eventualmente contenute nei contratti collettivi<sup>960</sup>); questo stesso rimedio è stato riconosciuto dalla c.d. "Riforma Fornero" in ipotesi di vizi procedurali anche agli altri lavoratori, i quali conservano però il diritto alla reintegrazione c.d. attenuata nel caso di violazione dei criteri di scelta<sup>961</sup>. In questo senso, dunque, i dirigenti risultano destinatari di una tutela (legale) inferiore rispetto alle altre categorie di lavoratori, in linea con la consolidata tradizione italiana.

<sup>956</sup> Ci si potrebbe però domandare, all'indomani di C. Giust. 11 novembre 2015, C-422/14, in *ADL*, 2016, 2, 401, con nota di G. Gaudio, se, ai fini del raggiungimento della soglia, possano assumere rilevanza anche le dimissioni rese a fronte della sostanziale modifica delle condizioni di lavoro del dirigente.

<sup>957</sup> R. Cosio, *La direttiva sui licenziamenti collettivi nella giurisprudenza, più recente, della Corte di Giustizia*, in R. Cosio, F. Curcuruto e R. Foglia (a cura di), *Il licenziamento collettivo in Italia nel quadro del diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2016, 64; V. Picarelli, *op. cit.*, 2; M. A. Carbone, *op. cit.*, 587.

<sup>958</sup> G. Falasca, *Rivisti i licenziamenti collettivi. Il recesso del dirigente conta ai fini della soglia di cinque lavoratori*, in *Il Sole 24 Ore*, 29 ottobre 2014.

<sup>959</sup> L. C. Natali, *Licenziamenti collettivi: estensione della disciplina ai dirigenti*, in *DPL*, 2014, 47-48, 2513; S. Carrà, *op. cit.*, 140; *contra*, D. Colombo, *op. cit.*, 288-289.

<sup>960</sup> Ciò significherebbe, secondo M. Tatarelli, *Il licenziamento individuale e collettivo. Lavoro privato e pubblico*, Padova, 2015, 427, nt. 17, che "i tetti minimi e massimi della sanzione possono essere modificati dai contratti collettivi applicabili al rapporto di lavoro, che potranno incrementare oppure ridurre i due valori". Come ricorda G. Mimmo, *Il licenziamento collettivo*, in L. Di Paola (a cura di), *Il licenziamento. Dalla Legge Fornero al Jobs Act*, Milano, 2016, 377, nt. 139, però, nell'Accordo di rinnovo del CCNL Dirigenti Industriali del 30 dicembre 2014 è stato espressamente previsto che l'indennità supplementare non si applichi in caso di riconoscimento dell'indennità di legge.

<sup>961</sup> V. art. 5, comma 3 l. 223/1991, a seguito delle modifiche ad opera dell'art. 1, comma 46 l. 92/2012. Per un riepilogo e per gli opportuni riferimenti, A. Sartori, *Prospettive sistematiche per i licenziamenti collettivi dopo la legge n. 92/2012*, in *RIDL*, 2014, I, 624 ss.

Come noto, però, con l'entrata in vigore del d.lgs. 23/2015 i rimedi previsti per i licenziamenti collettivi illegittimi dei lavoratori assunti a tempo indeterminato a partire dal 7 marzo 2016 consistono, a prescindere dal tipo di vizio (salvo il caso di scuola del licenziamento orale), in una sola indennità "a tutele crescenti"<sup>962</sup>, di importo inferiore (almeno nella fase iniziale del rapporto) a quella riconosciuta a favore dei dirigenti<sup>963</sup>. Questi ultimi, infatti, in forza della loro – indiretta, ma indubbia – esclusione dal campo di applicazione del d.lgs. 23/2015<sup>964</sup>, continuano a vedersi applicate (ovviamente a prescindere dalla data di assunzione) le disposizioni sopra menzionate. Ciò deriva dalla loro esclusione dal campo di applicazione del d.lgs. 23/2015, disposta attraverso il ricorso ad una tecnica normativa simile a quella del "vecchio" art. 10 l. 15 luglio 1966, n. 604, ma che, diversamente dal modello, si è risolta, quale diretta conseguenza – probabilmente oltre l'intenzione – di una tecnica legislativa piuttosto discutibile<sup>965</sup>, in un chiaro vantaggio per la categoria dirigenziale o, se si vuole, in un "privilegio" rispetto alla generalità dei lavoratori. Del resto, se si è a ragione parlato in dottrina di uno svilimento generale della procedura (e, conseguentemente, del ruolo degli attori collettivi), quale effetto – questa volta voluto – della riduzione delle sanzioni in caso di sua violazione<sup>966</sup>, la circostanza che ciò riguardi tutti i lavoratori ad esclusione dei dirigenti appare invero curiosa, se non paradossale, alla luce della loro recente inclusione tra i beneficiari della procedura per effetto dell'equiparazione imposta dalla Corte di Giustizia (la quale non si era peraltro occupata dei profili rimediali/sanzionatori).

Sempre dal *Jobs Act* si ricavano ulteriori segnali della volontà del legislatore di mantenere una disciplina separata per il lavoro dirigenziale, tanto negli ambiti profondamente rinnovati dalla riforma<sup>967</sup>, quanto, lapalissianamente, in quei pochi dalla stessa trascurati<sup>968</sup>. Si aggiunga poi, pur nell'impossibilità di affrontare compiutamente in questa sede un'innovazione dal notevole impatto sistematico, che le più recenti modifiche all'art. 2103 c.c., nel precludere, nell'ambito di un

<sup>962</sup> V. art. 10 d.lgs. 23/2015.

<sup>963</sup> G. Pellacani, *Il licenziamento collettivo*, in G. Zilio Grandi, M. Biasi (a cura di), *Commentario Breve alla Riforma "Jobs Act"*, Padova, 2016, 235.

<sup>964</sup> Sulla scorta dell'art. 1, comma 1 d.lgs. 23/2015, il decreto si applica ai lavoratori che "rivestono la qualifica di operai, impiegati o quadri" e che siano stati assunti a partire dal 7 marzo 2015: quanto all'esclusione della dirigenza, v. A. Boscati, *Il campo di applicazione del d.lgs. 23/2015 e il nodo del pubblico impiego*, in G. Zilio Grandi, M. Biasi (a cura di), *Commentario Breve alla Riforma "Jobs Act"*, cit., 123-125.

<sup>965</sup> Si sottolinea condivisibilmente il paradosso in Studi "Legali lavoro", *Il CTC: quali effetti per i dirigenti?*, in M. Fezzi, F. Scarpelli (a cura di), *I Quaderni di Wikilabour. Guida al Jobs Act 2*, Milano, 2015, 57.

<sup>966</sup> Cfr. G. Natullo, *Tutele sostanziali e tutele procedurali nel licenziamento collettivo: tra diritto vivente ed evoluzione normativa*, in *RIDL*, 2015, I, 549, il quale lamenta l'inadeguata capacità dissuasiva del nuovo regime rimediale o sanzionatorio; similmente, A. Topo, *Le sanzioni per i licenziamenti collettivi secondo il Jobs Act*, in F. Carinci, C. Cester (a cura di), *Il licenziamento all'indomani del d.lgs. n. 23/2015*, Modena, 2015, 208; addirittura in termini di "controriforma" G. Vidiri, *L'evoluzione della disciplina dei licenziamenti collettivi nel tempo e la certezza del diritto*, in R. Cosio, F. Curcuruto, R. Foglia (a cura di), *op. cit.*, 95.

<sup>967</sup> Sull'esclusione dei dirigenti dal campo di applicazione del capo III del d.lgs. 81/2015 ("lavoro a tempo determinato"), v. art. 29, comma 2, lett. a) d.lgs. 81/2015: cfr., da ultimo, C. Alessi, *Il contratto a tempo determinato dopo il d.lgs. 81/2015*, in G. Zilio Grandi, M. Biasi (a cura di), *Commentario Breve alla Riforma "Jobs Act"*, cit., 30. Ma v. anche l'esclusione dei dirigenti dal campo di applicazione dalla disciplina in materia di trattamenti di integrazione salariale (art. 1, comma 1 d.lgs. 148/2015), su cui cfr. le osservazioni di C.A. Nicolini, *La Cassa Integrazione Guadagni*, in G. Zilio Grandi, M. Biasi (a cura di), *Commentario Breve alla Riforma "Jobs Act"*, cit., 383.

<sup>968</sup> Si vedano, a titolo esemplificativo, le disposizioni dedicate ai dirigenti nell'ambito della disciplina del patto di non concorrenza, su cui v., per tutti, A. Boscati, *Patto di non concorrenza*, in F.D. Busnelli (diretto da), *Il Codice Civile Commentario*, 2010, Milano, 243-244.

esteso *ius variandi*<sup>969</sup>, il passaggio tra le categorie legali<sup>970</sup>, sembrerebbe avere ingenerato una “rivitalizzazione” di queste ultime<sup>971</sup>; ciò, per quel che qui rileva<sup>972</sup>, non farebbe che confermare l’immutata specialità della categoria dirigenziale all’interno del lavoro subordinato, a prescindere dalle difficoltà legate, non solo in Italia, all’individuazione dei tratti distintivi dei lavoratori alla stessa appartenenti.

#### 4. Annotazioni comparative: l’esclusione funzionale dei *supervisors* dal Wagner Act statunitense e i suoi effetti nel tempo.

Al termine di un lungo, tortuoso e persino sanguinoso percorso, il National Labor Relations Act del 1935 (meglio noto come “Wagner Act”) riconosceva il fondamentale ruolo delle organizzazioni sindacali nella vita economica degli USA, ergendosi a protezione dei diritti collettivi dei lavoratori statunitensi<sup>973</sup>: dei lavoratori, appunto, senza alcuna distinzione di sorta, fatte salve le eccezioni, legate a ragioni di carattere prettamente politico/sociale, dei lavoratori domestici e del settore agricolo<sup>974</sup>.

Il dato rilevante ai fini della presente trattazione è che, nell’iniziale silenzio del Wagner Act circa l’accesso alle tutele collettive della categoria la quale, in via di approssimazione, potremmo ricondurre alla figura dirigenziale<sup>975</sup>, ossia i *supervisors*, si accendeva un ampio dibattito, non solo tra gli interpreti<sup>976</sup>, ma pure in seno alla NLRB, nelle cui oscillanti decisioni del tempo si trovano significative tracce di alcuni degli argomenti sollevati nel giudizio sull’esclusione dei dirigenti dalla normativa italiana sul licenziamento collettivo. Infatti, nei casi in cui la NLRB si esprimeva a favore dell’applicabilità della normativa ai *supervisors*, la decisione si fondava sulla – pacifica – riconduzione di questi ultimi nel novero degli *employees* e sulla loro mancata menzione tra le esclusioni

<sup>969</sup> V., anche per i riferimenti bibliografici, E. Gramano, *La riforma della disciplina del jus variandi*, in G. Zilio Grandi, M. Biasi (a cura di), *Commentario Breve alla Riforma “Jobs Act”*, cit., 517 ss.

<sup>970</sup> Viceversa non precluso nel caso degli accordi in sede protetta di cui al comma 6 del vigente art. 2103 c.c.

<sup>971</sup> Così F. Liso, *Brevi osservazioni sulla revisione della disciplina delle mansioni contenuta nel decreto legislativo n. 81/2015 e su alcune recenti tendenze di politica legislativa in materia di rapporto di lavoro*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT, 2015, 257, 9; similmente, L. De Angelis, *Note sulla nuova disciplina delle mansioni ed i suoi (difficilissimi) rapporti con la delega*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT, 2015, 263, 4; in termini di “riscoperta” delle categorie legali, L. Paolitto, *La nuova nozione di equivalenza delle mansioni. La mobilità verso il basso: condizioni e limiti*, in E. Ghera, D. Garofalo (a cura di), *Contratti di lavoro, mansioni e misure di conciliazione vita-lavoro nel Jobs Act 2*, Bari, 2015, 166; sul riferimento alle categorie come limite al nuovo *jus variandi*, v. anche P. Ichino, *Appunti irriverenti sui decreti attuativi del Jobs Act*, in [www.pietroichino.it](http://www.pietroichino.it), 2.

<sup>972</sup> Sulle criticità legate alla generalizzata carenza di classificazioni interne di inquadramento nei contratti collettivi dei dirigenti, v. M. Brollo, *Disciplina delle mansioni (art. 3)*, in F. Carinci (a cura di), *Commento al d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo jus variandi*, Modena, 2015, 54; C. Zoli, *La disciplina delle mansioni*, in L. Fiorillo, A. Perulli (a cura di), *Tipologie contrattuali e disciplina delle mansioni. Decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81*, Torino, 2015, 342.

<sup>973</sup> In tema, da ultimo, M. Biasi, *Statutory Employee Representation in Italian and US Workplaces: A Comparative Analysis of the Fiat/Chrysler Case*, in *LLJ*, 2015, 4, 241 ss.

<sup>974</sup> Cfr. W. B. Gould IV, *A Primer on American Labor Law*, 5<sup>th</sup> ed., Cambridge, 2013, 50 ss.

<sup>975</sup> Sulle difficoltà nell’individuare una corrispondenza tra le figure lavorative di spicco nei diversi ordinamenti, variamente denominate (*Leitende Angestellte, Executives, Supervisors, Managers*), già G. Giugni, *Le categorie dei prestatori di lavoro: panorama comparativo*, in *RTDPC*, 1966, 867.

<sup>976</sup> M. Bordon, *Labor Law: Right of Supervisory Employees to Bargain Collectively under Provisions of National Labor Relations Act*, in *California Law Review*, 1946, 34, 1, 245-252; Note, *The Status of Supervisory Personnel under the NLRA*, in *HLR*, 1946, 59, 4, 606-611.

indicate dalla legge<sup>977</sup>. Le decisioni di segno opposto insistevano sulla peculiare posizione occupata dai *supervisors* nell'organizzazione dell'impresa e sulla vicinanza, se non coincidenza, del loro interesse con quello del datore di lavoro, tale da renderli la *longa manus* del capitale nelle trattative con il resto della forza lavoro e da imporne la qualificazione come *employer* e non come *employee* ai sensi del Wagner Act<sup>978</sup>. L'incertezza sul piano interpretativo proseguiva sino all'intervento della Corte Suprema che, con una risicata maggioranza di 5 a 4, riconosceva in capo ai *supervisors* "un interesse proprio come lavoratori" e per l'effetto equiparava i *supervisors* agli altri *employees* ai fini dell'accesso alle tutele garantite dal Wagner Act<sup>979</sup>.

Anche, se non soprattutto, in risposta all'approdo interpretativo della Corte Suprema, nel contesto del nuovo clima politico conservatore del II Dopoguerra, il Labor Management Relations Act del 1947 includeva espressamente nell'elenco dei lavoratori esclusi dal campo di applicazione del Wagner Act i "supervisors", individuati in coloro che "hanno il potere, nell'interesse del datore di lavoro, di assumere, trasferire, sospendere, licenziare, richiamare, promuovere, conferire incarichi, premiare o sanzionare altri lavoratori, o di dirigere l'attività di questi, trovare una soluzione transattiva alle vertenze da loro promosse...se l'esercizio di tali poteri non è di tipo routinario o di natura impiegatizia, ma richiede l'uso di autonomo giudizio"<sup>980</sup>.

Al tempo stesso, il legislatore statunitense preservava i diritti collettivi dei "professionals", che venivano definiti come coloro cui veniva richiesto "l'esercizio costante di discrezionalità e autonomo giudizio nell'esecuzione della [propria] prestazione lavorativa"<sup>981</sup> e dunque distinti dai "supervisors", che avevano il potere, oltre che il compito, di organizzare il lavoro altrui, e non solo il proprio. Perciò, non stupisce che la dottrina statunitense tutt'ora spieghi l'esclusione dei "supervisors" guardando alla visione del rapporto di lavoro del tempo, gerarchizzata<sup>982</sup> e legata ad un'idea di *working class*<sup>983</sup> assoggettata per sua natura, se non per – il retaggio di uno – *status*, ad un pervasivo controllo dall'alto<sup>984</sup>: sembrava così inevitabile al Legislatore statunitense (così

<sup>977</sup> Associated Press v. NLRB 301 U.S. 103 (1937); Packard Motor Car Co., 61 N.L.R.B. (1945); L.A. Young Spring & Wire Corp., 65 N.L.R.B. (1946).

<sup>978</sup> Union Collieries Coal Co., 41 N.L.R.B. (1942); Maryland Drydock Co., 49 N.L.R.B. (1943); Jones & Laughlin Steel Corp., 66 N.L.R.B. (1946). In dottrina, D.M. Rabban, *Distinguishing Excluded Managers from Covered Professionals under the NLRA*, in *Columbia Law Review*, 1989, 89, 8, 1781.

<sup>979</sup> Packard Motor Car Co. v. NLRB, 330 U.S. (1947), ove si legge che sarebbe stato l'avvento del taylorismo con la nuova cultura manageriale a trasformare il "supervisor" da "independent foreman" (liberamente traducibile con il nostro "alter ego"), come poteva essere agli albori del '900, a "traffic cop" (dunque, a mero controllore) dei processi aziendali, in tal modo limitandone la vicinanza al datore di lavoro.

<sup>980</sup> Sez. 2(11) NLRA (trad. mia). Invero, si ritiene comunemente che per essere considerato "supervisors" ai fini dell'esclusione ex Sez. 2(11) NLRA basti l'esercizio anche di uno solo dei poteri ivi elencati: M.E. Gold, *An Introduction to Labor Law*, 3rd ed., Ithaca, 2014, 16.

<sup>981</sup> Sez. 2(12) NLRA: cfr. P. C. Weiler, *Governing the Workplace. The Future of Labor and Employment Law*, Cambridge, 1990, 215-216.

<sup>982</sup> L. M. Finley, *La tutela dei lavoratori negli Stati Uniti fra "Statutes" e "Common Law"*, in M. Pedrazzoli (a cura di), *Lavoro subordinato e dintorni. Comparazioni e prospettive*, Bologna, 1989, 245 ss.

<sup>983</sup> E. Dannin, *Not a Limited, Confined, or Private Matter – Who is an "Employee" Under the National Labor Relations Act*, in *LLI*, 2009, 1, 14.

<sup>984</sup> K. E. Klare, *The Bitter and the Sweet: Reflections on the Supreme Court's "Yashiva" Decision*, in *Socialist Review*, 1983, 13, 123.

come a quello corporativo in Italia) che i “managers”<sup>985</sup>, quali “decisionmakers”<sup>986</sup> in rappresentanza del capitale *vis-à-vis* la generalità della forza lavoro, non godessero dei diritti collettivi appannaggio di coloro (principalmente i *blue collars*) che si trovavano sotto il loro “comando”<sup>987</sup>.

Se questo ordine poteva risultare coerente nel contesto del Wagner Act, con l’avvento del post-fordismo e nel nuovo contesto lavorativo nel quale la maggioranza dei lavoratori, diversamente dal prototipo dell’operaio della catena di montaggio, ha iniziato a godere di ampi margini di autonomia operativa, è risultato sempre più complesso distinguere i “supervisors” dal resto della forza lavoro attraverso i criteri funzionali individuati dalla legge<sup>988</sup>. Così, in conseguenza del mancato adeguamento normativo e, soprattutto, di una lettura non evolutiva della giurisprudenza statunitense, si è giunti a negare l’accesso alle tutele collettive a soggetti in posizione tutt’altro che apicale, tra cui:

- a) professori universitari coinvolti nelle decisioni riguardanti, non solo (e non tanto) gli orientamenti didattici, ma anche la carriera del personale della facoltà<sup>989</sup>;
- b) impiegati dell’ufficio acquisti aventi accesso alle informazioni relative alle assunzioni<sup>990</sup>, o legati alla proprietà da rapporti di parentela<sup>991</sup>;
- c) infermieri incaricati della scelta dei turni di lavoro nel servizio di assistenza e del controllo sull’attività dei tecnici, dei paramedici e degli assistenti infermieri<sup>992</sup>.

La sostanziale eterogenesi dei fini realizzatasi attraverso l’interpretazione formalista delle Corti statunitensi ha attirato aspre quanto diffuse critiche da parte della dottrina d’oltreoceano, la quale ha avuto buon gioco nel notare come, nell’impresa moderna, un certo margine di discrezionalità e di autonomia organizzativa (*self-determination and independent judgment*) – ed anche, secondo alcuni, l’aspirazione ad un grado di maggior coinvolgimento nelle decisioni del datore di

<sup>985</sup> Swift & Co., 115 N.L.R.B. (1956); American Locomotive Co., 92 N.L.R.B. (1950).

<sup>986</sup> General Dynamics, 213 N.L.R.B. (1974) e Westinghouse Elec. Corp., 236 N.L.R.B. (1973), con particolare riferimento al potere di spesa.

<sup>987</sup> T. C. Kohler, *Dirigenti e regolazione del mercato del lavoro negli Stati Uniti*, in *DRI*, 2009, 10.

<sup>988</sup> AA.VV., *Labor Law in the Contemporary Workplace*, St. Paul, 2009, 112.

<sup>989</sup> V. la fondamentale decisione della Suprema Corte NLRB v. Yeshiva University, 444 U.S. 672 (1980), che ha confermato NLRB v. Yeshiva University, 582 F.2d (2nd Circ. 1978), ove si legge che “*se il membro di una Faculty esercita la propria professionalità nella scelta dei contenuti e dei metodi didattici, così come nella valutazione degli studenti, nel momento in cui assume il controllo sulle nomine, gli incarichi, le progressioni di carriera, sugli standard di valutazione e sulle altre fondamentali policies istituzionali... non si tratta più di mera professionalità individuale, ma di sostanziale e pervasivo esercizio di prerogative manageriali*” (trad. mia).

<sup>990</sup> NLRB v. Bell Aerospace, 416 U.S. 267 (1974); NLRB v. Hendricks County Rural Electric Membership Corp., 454 U.S. 170 (1981), secondo cui i *supervisors* sarebbero (tutti) coloro i quali “*formulano e determinano le linee manageriali esprimendo o rendendo operative le decisioni del datore di lavoro*” (trad. mia).

<sup>991</sup> NLRB v. Action Automotive, Inc., 469 U.S. (1985).

<sup>992</sup> Oakwood Healthcare Inc., 348 N.L.R.B. 37 (2006); NLRB v. Kentucky River Community Care, Inc., 532 U.S. (2001), e, in precedenza, NLRB v. Health Care & Retirement Corp. of America, 511 U.S. (1994). Da ultimo, Lakeland Health Care Associates, LLC v. NLRB, 696 F.3d (11th Circuit 2012) e Frenchtown Acquisition Co., Inc. v. NLRB, 683 F.3d (6th Circuit 2012), ove però, pur richiamandosi i precedenti, viene rilevata l’assenza in capo agli infermieri di cui è causa dei poteri propri del *supervisors* elencati nel NLRA.

lavoro<sup>993</sup>, specie nel settore scolastico/educativo<sup>994</sup> – costituiscano tratti tipici di ogni lavoratore (ad esclusione forse unicamente di quelli impegnati in mansioni dal bassissimo contenuto professionale<sup>995</sup>) e dunque caratteri del tutto inidonei a marcare la specialità dei “supervisors”<sup>996</sup>. Questi ultimi, si è obiettato, andrebbero invece oggi individuati in coloro che hanno *poteri* di controllo, supervisione e, soprattutto, di decisione sulle sorti – e sull’organizzazione del lavoro – del resto del personale, come noto licenziabile *at-will*<sup>997</sup>, dovendosi ravvisare in queste ultime sole prerogative il connotato che, avvicinandoli ai datori di lavoro, ne giustificerebbe l’esclusione dalle tutele collettive di cui gode la generalità dei dipendenti<sup>998</sup>.

## 5. Il lavoro organizzato del (e dal) dirigente in Italia.

Così come negli Stati Uniti, anche in Italia da tempo si segnala la crisi d’identità della categoria dirigenziale, che costituisce per certi versi lo specchio della crisi della subordinazione, non trovando più riscontro negli attuali modelli organizzativi, né il lavoratore subordinato “ipostatizzato” dall’art. 2094 del codice civile del 1942, né il dirigente *alter ego* dell’imprenditore investito della pienezza dei poteri direttivo e disciplinare su tutto il personale<sup>999</sup>. A tal proposito, si è da più parti evidenziato come la citata crisi della subordinazione si leghi alla sopravvenuta inidoneità del potere direttivo a fungere da architrave del processo di qualificazione, tanto da rendere necessario il ricorso a soluzioni diverse, tra le quali in particolare la c.d. “subordinazione attenuata”, che vede valorizzato il dato dell’inserimento nell’organizzazione, più che l’indagine circa il concreto esercizio del potere direttivo, nei giudizi concernenti attività lavorative dal contenuto professionale

<sup>993</sup> J. B. Atleson, *Values and Assumptions in American Labor Law*, Boston, 1983, 176, che rileva come, ragionando a contrario, a partire dalla giurisprudenza statunitense sui *supervisors*, ai lavoratori non spetterebbe (*rectius*, non potrebbe spettare) alcun diritto ad un coinvolgimento nelle decisioni riguardanti la gestione, pena l’inclusione degli stessi nella categoria dei *supervisors* e la loro conseguente esclusione tra i beneficiari delle tutele collettive legali “tipiche”; a simili conclusioni, con particolare riferimento al ruolo dei lavoratori nella *Corporate Governance*, giunge, sia pure criticamente, K. V. W. Stone, *Labor and the Corporate Structure: Changing Conceptions and Emerging Possibilities*, in *University of Chicago Law Review*, 1988, 55, 1, 137.

<sup>994</sup> C. A. Clarke, *The Yeshiva Case. An Analysis and an Assessment of Its Potential Impact on Public Universities*, in *Journal of Higher Education*, 1981, 52, 5, 468.

<sup>995</sup> A. M. Lo Faso, *The Vanishing Employee: Putting the Autonomous Dignified Union Worker Back to Work*, in *FIU Law REV*, 2010, 5, 532; G. Feldman, *Workplace Power and Collective Activity: The Supervisory and Managerial Exclusions in Labor Law*, in *Arizona Law Review*, 1995, 37, 526; P.C. Weiler, *op. cit.*, 216.

<sup>996</sup> S. E. Abraham, *The Supervisory Exclusion Under the NLRA. Has the Supreme Court Gone Too Far?*, in *WorkingUSA*, 2002, 6, 1, 77 ss.; N. Shanbhag, *Responsible Direction and the Supervisory Status of Registered Nurses*, in *Yale Law Journal*, 2002, 112, 3, 665 ss.; così anche nella *dissenting opinion* di quattro dei nove giudici della Corte Suprema nel caso NLRB v. Bell Aerospace, cit.

<sup>997</sup> V., da ultimo e per i riferimenti bibliografici, M. Biasi, *Temporaneità versus stabilità in un mercato del lavoro At-Will: la parabola statunitense e il suo riflesso opaco sull’Italia del Jobs Act*, in L. Zoppoli, P. Saracini (a cura di), *Riforme del lavoro e contratto a termine*, in corso di pubblicazione.

<sup>998</sup> D. M. Rabban, *op. loc. cit.*; B. M. Germana, *Protecting Managerial Employees under the National Labor Relations Act*, in *Columbia Law Review*, 1991, 91, 2, 405 ss., che si chiede se non sia il caso di intervenire per legge cancellando l’esclusione dei *supervisors* dal campo di applicazione del NLRA. Peraltro, è interessante rilevare che, nella complessa (e a volte quasi contro-intuitiva) dinamica delle relazioni industriali statunitensi, il *trend* riduttivo della copertura del Wagner Act nei confronti dei *supervisors* possa in alcune occasioni venire assecondato dai sindacati e osteggiato dai datori di lavoro, posto che, in concreto, spesso questi ultimi possono avere interesse ad includere certi soggetti – rampanti ed “in carriera”, ma non necessariamente di comando – nella *relevant bargaining unit*, confidando nel loro voto contrario alla costituzione della rappresentanza sindacale a livello aziendale (cfr. D. P. Twomey, *Licensed Practical Nurses: Protected “Employees” or Statutory “Supervisors” Under the NLRA? The Impact of the 11th Circuit’s Lakeland Health Care Decision*, in *LLJ*, 2013, 1, 58; B. Huckell, *Who’s The Boss? Supervisors, Professionals, Independent Judgment, and the NLRA: A Post-Oakwood Healthcare Review*, in *LLJ*, 2008, 59, 3, 236 ss.).

<sup>999</sup> C. Zoli, *Dirigente*, cit., 156. In giurisprudenza, Cass. 28 dicembre 1998, n. 12860, in *GC*, 1999, I, 3059, con nota di F. Putaturo Donati.

molto basso e ripetitivo o, alternativamente, di elevata professionalità e caratterizzate da un ampio grado di autonomia operativa, caratteristica “tipologica” del lavoro dirigenziale<sup>1000</sup>, anche se non esclusivamente<sup>1001</sup>.

In questo incerto e frastagliato quadro si inserisce il *Jobs Act* e, per quel che qui interessa, l'art. 2 d.lgs. 81/2015, che, come noto, ha esteso “la disciplina del rapporto di lavoro subordinato anche ai rapporti di collaborazione che si concretano in prestazioni di lavoro esclusivamente personali, continuative e le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro”. Nonostante la disposizione sulle “collaborazioni organizzate dal committente” non si rivolga di certo al lavoro dei dirigenti, guardando piuttosto a figure soggette a forme di potere incidenti con maggiore intensità sul versante organizzativo, non di meno i consolidati principi in materia di lavoro dirigenziale potrebbero rivelarsi utili nell'approcciarsi alle diverse letture proposte dalla già copiosa dottrina pronunciata in tema, raggruppabili attorno ai due nuclei della bipartizione, efficacemente evocata da Riccardo Del Punta, tra norma di disciplina e norma di fattispecie<sup>1002</sup>.

Interpretato alla stregua di norma di disciplina, l'art. 2 d.lgs. 81/2015 avrebbe unicamente l'effetto di estendere a certi lavoratori autonomi, individuati per certe loro caratteristiche di debolezza economica<sup>1003</sup> e/o organizzativa<sup>1004</sup>, vuoi per una certa contiguità “morfologica” al lavoro subordinato<sup>1005</sup>, la disciplina propria di quest'ultimo, senza per l'effetto alterare la loro qualificazione come autonomi, per quanto la loro prestazione venga organizzata (dunque, né coordinata, né etero-diretta) dal committente<sup>1006</sup>. Di tal guisa, se “l'estensione della disciplina del lavoro subordinato alle collaborazioni etero-organizzate è la risposta del legislatore italiano del 2015 al

<sup>1000</sup> Tra le ultime, Cass. 23 aprile 2014, n. 9196, in *RIDL*, con nota di R. Diamanti, *Rapporto di lavoro dirigenziale e subordinazione*; Cass. 1 agosto 2013, n. 18414; Cass. 23 dicembre 2003, n. 19704, in *GC Mass.*, 2003, 12.

<sup>1001</sup> Cass. 8 aprile 2015, n. 7024, in *LG*, 2015, 8-9, 814, con nota di C. Santoro, *Eterorganizzazione e attività lavorative tipologicamente subordinate*, relativamente ad un lavoro di pizzaiolo; Cass. 28 marzo 2003, n. 4770, in *NGL*, 2003, 550, con riguardo al lavoro di medici in una casa di cura privata; Cass. 13 aprile 2012, n. 5886, *GC Mass.*, 2012, 4, 497, relativa alla prestazione di un operatore grafico; Cass. 7 ottobre 2013, n. 22785 e Cass. 2 aprile 2009, n. 8068, in *GC*, 2010, I, 1999, con nota di F. Buffa, *La subordinazione del giornalista*, in materia di lavoro giornalistico; Cass. 6 settembre 2007, n. 18692, in *GLAV*, 2007, 46, 28, sull'attività di un commesso addetto alle vendite. Va peraltro ricordato che a tale orientamento si contrappone quello che si basa sulla perdurante prevalenza del potere direttivo quale criterio di qualificazione: Cass. 4 marzo 2015, n. 4346, in *FI*, 2015, 5, I, 1569; Cass. 13 dicembre 2010, n. 25150, in *GLAV*, 2011, 7, 34; Cass. 22 novembre 2010, n. 23032, in *GLAV*, 2010, 49, 31; Cass. 22 dicembre 2009, n. 26986. In dottrina, per tutti, R. De Luca Tamajo, *Profili di rilevanza del potere del potere direttivo del datore di lavoro*, in *ADL*, 2005, 2, 467 ss.; A. Perulli, *Il potere direttivo dell'imprenditore*, Milano, 1992, *passim*.

<sup>1002</sup> R. Del Punta, *Diritto del lavoro*, 7° ed., Milano, 2015, 371.

<sup>1003</sup> A. Perulli, *Le collaborazioni organizzate dal committente*, in A. Perulli, L. Fiorillo (a cura di), *Tipologie contrattuali e disciplina delle mansioni. Decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81*, Torino, 2015, 290, secondo il quale comunque l'art. 2, comma 1 d.lgs. 81/2015 si rivolgerebbe ad una quota del lavoro economicamente dipendente, caratterizzato dai requisiti elencati nella disposizione stessa.

<sup>1004</sup> M. Pallini, *Dalla eterodirezione alla eteroorganizzazione: una nuova nozione di subordinazione?*, in *RGL*, 2016, I, 75; S. Bellomo, *La “forma comune” tra il Jobs Act e i principi costituzionali*, in F. Carinci (a cura di), *Jobs Act: un primo bilancio. Atti del XI Seminario di Bertinoro-Bologna del 22-23 ottobre 2015*, Modena, 2016, 222; R. Pessi, *Il tipo contrattuale: autonomia e subordinazione dopo il Jobs Act*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”.IT*, 2015, 282, 11.

<sup>1005</sup> D. Mezzacapo, *La nuova disciplina delle “collaborazioni organizzate dal committente”. Prime osservazioni*, in *QGIUST*, 2015, 3, 58/59; cfr. G. Zilio Grandi, M. Sferrazza, *Le collaborazioni organizzate dal committente*, in corso di pubblicazione in *ADL*; G. Vidiri, *Art. 2 del D.lgs. n. 81/2015 e lavoro autonomo: verso un diritto del lavoro a formazione giurisprudenziale?*, *ivi*, 2015, 6, 1124.

<sup>1006</sup> A. Perulli, *op. ult. cit.*, 288-294; *Id.*, *Il lavoro autonomo, le collaborazioni coordinate e le prestazioni organizzate dal committente*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”.IT*, 2015, 272; M. Magnani, *Autonomia, subordinazione, coordinazione nel d.lgs. n. 81/2015*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”.IT*, 2016, 294, 11-12; M. Marazza, *Le collaborazioni organizzate: problemi applicativi*, in *GC.com*, 29 gennaio 2016, 3, nonché, *amplius*, *Id.*, *Jobs act e prestazioni d'opera organizzate*, in *GC*, 2016, 1, 219 ss.; M. Falsone, in A. Vallebona

problema della debolezza contrattuale dei collaboratori privi di una reale autonomia organizzativa della propria attività<sup>1007</sup>, ne parrebbe derivare il ritorno alla centralità, di recente assecondata dalla stessa Corte Costituzionale<sup>1008</sup>, del potere direttivo come criterio qualificatorio<sup>1009</sup> ed il conseguente tramonto della c.d. subordinazione attenuata<sup>1010</sup>. Del resto, ponendosi il problema dell'etero-organizzazione unicamente per altre figure professionali riconducibili al lavoro autonomo, troverebbe conferma, ai fini dell'individuazione dei tratti identificativi della figura dirigenziale, l'indirizzo giurisprudenziale che, prendendo le mosse dall'*alter ego*, ha continuato a valorizzare l'esercizio effettivo (per quanto meno incisivo) del potere direttivo da parte del datore di lavoro nei confronti di una figura comunque dotata di significativi spazi di autonomia sull'organizzazione della propria prestazione, pur sempre di lavoro subordinato<sup>1011</sup>.

A tale lettura, che pare in prima battuta persuasiva, nonostante la complessa individuazione del *discrimen* tra etero-direzione ed etero-organizzazione<sup>1012</sup> (e tra questa/e ed il "mero" coordinamento<sup>1013</sup>), si contrappone una seconda interpretazione, secondo la quale l'art. 2 d.lgs. 81/2015, quale norma di fattispecie, ovvero, secondo una tesi diversa, per effetto di un meccanismo presuntivo<sup>1014</sup>, avrebbe allargato le maglie del lavoro subordinato, intervenendo (in)direttamente

(a cura di), *Colloqui Giuridici sul Lavoro*, 2015, Milano, 145; A. Zoppoli, *ibidem*, 149, nonché, *amplius*, Id., *La collaborazione organizzata: fattispecie e disciplina*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, 2016, 296; G. Bronzini, *Il futuro (giuridico) del lavoro autonomo nell'era della Share-Economy*, in *RIDL*, 2016, III, 87; R. Del Punta, *op. loc. ult. cit.*; R. Pessi, *op. loc. ult. cit.*; M. Tiraboschi, *Il lavoro etero-organizzato*, in *DRI*, 2015, 4, 980-981, che pure parla di "una sorta di presunzione relativa di subordinazione"; similmente, F. Santoni, in A. Vallebona (a cura di), *op. cit.*, 122.

<sup>1007</sup> M. Del Conte, *Premesse e prospettive del Jobs Act*, in *DRI*, 2015, 4, 955.

<sup>1008</sup> C. Cost. 15 aprile 2015, n. 76, in *ADL*, 2016, 2, 318, con nota di S. Bertocco, *Indisponibilità del tipo legale tra certezze della giurisprudenza e nuovi orientamenti dogmatici*; per un commento v. anche G. Ferraro, *Subordinazione e autonomia tra pronunzie della Corte costituzionale e processi evolutivi*, in *LG*, 2016, 3, 221 ss., nonché le riflessioni di F. Martelloni, in A. Vallebona (a cura di), *op. cit.*, 73.

<sup>1009</sup> M. Magnani, *La riforma dei contratti e del mercato del lavoro nel c.d. Jobs Act. Il Codice dei contratti*, in *DRI*, 2015, 4, 971; G. Zilio Grandi, M. Biasi, *Introduzione: una riforma in più fasi*, in G. Zilio Grandi, M. Biasi (a cura di), *Commentario Breve alla Riforma "Jobs Act"*, cit., 9.

<sup>1010</sup> M. Del Conte, *op. loc. ult. cit.*

<sup>1011</sup> V. gli spunti in G. Vidiri, *op. cit.*, 1228.

<sup>1012</sup> C. Cester, in A. Vallebona (a cura di), *op. cit.*, 28-29; G. Santoro Passarelli, *I rapporti di collaborazione organizzati dal committente e le collaborazioni continuative e coordinate ex art. 409 n. 3 c.p.c.*, in *WP C.S.D.L.E. Massimo D'Antona.IT*, 2015, 278, 16; D. Mezzacapo, *op. cit.*, 66.

<sup>1013</sup> M. Magnani, *op. ult. cit.*, 972; A. Zoppoli, *op. ult. cit.*, 19; S. Magrini, in A. Vallebona (a cura di), *op. cit.*, 70; L. Ficari, *Le collaborazioni organizzate dal committente*, in *MGL*, 2016, 1-2, 92; G. P. Gogliettino, *Jobs Act: i limiti del lavoro autonomo parasubordinato e le plausibili azioni risolutive*, in *DRI*, 2016, 2, 440. Cfr., però, la Circolare del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali n. 3 dell'1 febbraio 2016, ove si legge che il Legislatore, con l'art. 2 d.lgs. 81/2015, avrebbe "semplificato di fatto l'attività del personale ispettivo che, in tale ipotesi, potrà limitarsi ad accertare la sussistenza di una etero-organizzazione".

<sup>1014</sup> L. Nogler, *La subordinazione nel d.lgs. n. 81 del 2015: alla ricerca dell'«autorità del punto di vista giuridico»*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT*, 2015, 267, 17; similmente, G. Bolego, in A. Vallebona (a cura di), *Colloqui Giuridici sul Lavoro*, 2015, 11; così anche nell'interpello n. 6 del 27 gennaio 2016 del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, che, come rileva correttamente V. F. Papa, *Le Collaborazioni personali e continuative dopo il «Jobs Act» e la circolare n. 3 del Ministero*, in *ilgiuslavorista*, 12 maggio 2016, nella menzionata circolare n. 3/2016 era invece sembrato interpretare l'art. 2 d.lgs. 81/2015 alla stregua di una norma di disciplina; cfr. M. Persiani, *Note sulla disciplina di alcune collaborazioni coordinate*, in *ADL*, 2015, 6, 1260, che, nel ravvisare pure un meccanismo presuntivo avente una finalità antielusiva, ha parlato di un'"equivalenza, quanto agli effetti, tra due fattispecie tra loro diverse", comunemente operante sugli effetti e non sulla fattispecie.

sull'art. 2094 c.c.<sup>1015</sup> e dando ingresso definitivo, a fini qualificatori, alla nozione attenuata di subordinazione<sup>1016</sup> o di dipendenza organizzata.

Una terza opinione guarda all'art. 2 d.lgs. 81/2015 come ad una norma apparente<sup>1017</sup>, negando ogni effetto pratico ad una disposizione che si limiterebbe a positivizzare un pregresso *trend* espansivo della giurisprudenza<sup>1018</sup>, che non avrebbe mai distinto chiaramente l'etero-direzione dall'etero-organizzazione, come si potrebbe dedurre dal continuo – per quanto tralattico – riferimento al “vincolo di soggezione del lavoratore al potere organizzativo, direttivo e disciplinare del datore di lavoro”.

Pur nella consapevolezza della diversità delle ultime due prese di posizione richiamate, da entrambe potrebbe derivare il consolidamento, se non addirittura la valorizzazione, della giurisprudenza sulla c.d. “subordinazione attenuata”, con effetti che potrebbero ricadere pure sul lavoro dirigenziale, ove, come qui più volte ricordato, il margine di autonomia è più esteso e, specularmente, è meno intenso il controllo sulla prestazione.

Tuttavia, a prescindere da quanto è stato da altri osservato circa la dubbia compatibilità dell'art. 2 come “norma di fattispecie” con il comma 2 della disposizione, contenente una serie di eccezioni all'applicazione dello statuto protettivo “pieno” – e ciò varrebbe pure per il lavoro dirigenziale, nonostante la legislazione speciale ablativa per la categoria – con il principio della indisponibilità del tipo<sup>1019</sup>, la valutazione circa la compatibilità di una simile postura interpretativa con le caratteristiche del lavoro dirigenziale sembrerebbe condizionata dalle due seguenti questioni: a) se la seconda lettura sopra richiamata implichi l'*estensione* dell'area del 2094 verso il lavoro etero-organizzato, ovvero la *surrogazione* dell'etero-organizzazione all'etero-direzione quale nuovo requisito-cardine per qualificare un rapporto come subordinato<sup>1020</sup>, e, soprattutto, b) come si possa coniugare l'etero-organizzazione dal lato passivo della prestazione (ossia il grado

<sup>1015</sup> T. Treu, *In tema di Jobs Act. Il riordino dei tipi contrattuali*, in *DLRI*, 2015, 146, 2, 164; O. Razzolini, *La nuova disciplina delle collaborazioni organizzate dal committente. Prime considerazioni*, in G. Zilio Grandi, M. Biasi (a cura di), *Commentario Breve alle Riforme “Jobs Act”*, cit., 560, la quale sottolinea come sia “difficile ritenere che dall'effetto – l'applicazione della disciplina del lavoro subordinato nella sua interezza – non si possano ricavare indicazioni utili sulla natura della fattispecie come subordinata e non autonoma”; E. Ghera, in A. Vallebona (a cura di), *op. cit.*, 50; E. Gagnoli, *ibidem*, 52; G. Ferraro, *ibidem*, 38; Id., *Collaborazioni organizzate dal committente*, in *RIDL*, 2016, I, 53 ss.; E. M. Terenzio, *La riaffermata centralità della subordinazione*, in E. Ghera, D. Garofalo (a cura di), *op. cit.*, 139; S. Chiusolo, *La disciplina delle collaborazioni*, in M. Fezzi, F. Scarpelli (a cura di), *op. cit.*, 98; ancora, ad avviso di S. Brun, in A. Vallebona (a cura di), *op. cit.*, 13, l'art. 2 d.lgs. 81/2015 fungerebbe da disposizione di interpretazione autentica dell'art. 2094 c.c.

<sup>1016</sup> V. Nuzzo, *Il lavoro personale coordinato e continuativo tra riforma e prospettive di tutela*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”*, It, 2015, 280, 9.

<sup>1017</sup> Cfr. la lettura di P. Tosi, *L'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 81/2015: una norma apparente?*, in *ADL*, 2015, 6, 1127, che, sulla base di un analitico esame della giurisprudenza in materia di lavoro subordinato, ritiene impossibile configurare, sul piano del diritto vivente, l'etero-direzione senza etero-organizzazione e viceversa, con la conseguenza per cui l'art. 2, comma 1 d.lgs. 81/2015, nel riferirsi alle sole modalità etero-organizzate del tempo e del luogo della prestazione, delineerebbe una fattispecie – diversa, ossia a latere, e – dal contorno applicativo più ristretto dell'art. 2094 c.c., risultando quindi l'intera disposizione “vieppiù inutile” (ovvero “apparente”); ancor più criticamente, A. Pileggi, in A. Vallebona (a cura di), *op. cit.*, 104.

<sup>1018</sup> G. Santoro Passarelli, *op. cit.*, 16.

<sup>1019</sup> C. Zoli, E. Villa, in A. Vallebona (a cura di), *op. cit.*, 147; V. Fili, *ibidem*, 41.

<sup>1020</sup> Sulla valorizzazione a fini qualificatori dell'alienità, oltre che del risultato per il cui conseguimento la prestazione di lavoro è utilizzata, anche “dell'organizzazione produttiva in cui la prestazione si inserisce...sulla quale il lavoratore non ha alcun potere di controllo, essendo costituita per uno scopo in ordine al quale egli non ha alcun interesse (individuale) giuridicamente tutelato”, v. la notissima C. Cost. 5 febbraio 1996, n. 30, in *DL*, 1996, II, 52.

di inserimento nell'altrui organizzazione) con quel “*potere di autodeterminazione*”<sup>1021</sup> che da sempre connota la categoria dirigenziale all'interno della subordinazione.

Innanzitutto, ove dovessero valorizzarsi gli indici sintomatici della subordinazione quale etero-organizzazione, in luogo del criterio della sottoposizione al potere direttivo (aprendo così ad una fattispecie additiva di subordinazione connotata da tratti tipologici diversi da quelli incardinati nel 2094 c.c.), si porrebbero delle evidenti difficoltà nell'individuare il – nuovo – ruolo del dirigente nell'organizzazione, tanto dal lato attivo, quanto passivo. Se, infatti, riprendendo un fondamentale insegnamento, il dirigente si colloca indubbiamente sul versante attivo del potere organizzativo-direttivo, assumendo il compito di combinare i fattori della produzione, tra i quali il lavoro<sup>1022</sup>, non risulta agevole sostenere che la sua prestazione possa (*rectius*, debba) essere al tempo stesso etero-organizzata con riferimento al luogo e soprattutto al tempo della prestazione, a meno di non ritenere tale caratteristica *già* ricompresa all'interno del perimetro dell'etero-direzione<sup>1023</sup>. Viceversa, ove l'etero-organizzazione fosse “qualcosa di più”, o addirittura di diverso, dell'etero-organizzazione del tempo e dello spazio della prestazione dirigenziale, rischierebbe di venire compresso quell'ineludibile spazio di autonomia che costituisce il riflesso della collocazione del dirigente nella gerarchia aziendale, senza nulla togliere alla sua soggezione, quale “*frammento del profilo tipico del lavorar subordinato*”<sup>1024</sup>, alle direttive generali datoriali, le stesse che ne giustificano la qualificazione alla stregua di lavoratore subordinato<sup>1025</sup> anche nei – non infrequenti – casi in cui egli stesso ricopra al contempo un ruolo negli organi societari<sup>1026</sup>.

Si potrebbe forse replicare che meriterebbe di essere valorizzato il termine “*anche*” presente all'interno nell'art. 2, comma 1 d.lgs. 81/2015, capace di aprire alla valutazione a fini qualificatori di elementi altri dal tempo e dal luogo della prestazione<sup>1027</sup>, ma questi non potrebbero comunque che afferire alle modalità di esecuzione della prestazione del dirigente sul piano “passivo” e non alla posizione di vertice del dirigente nel complesso aziendale dal lato attivo; altrimenti, risulterebbe ingiustificatamente precluso l'accesso del prestatore di lavoro alla categoria, per quanto quest'ultima non ricomprenda più, per opinione oggi consolidata in giurisprudenza e in dottrina, i soli “*alter ego*”<sup>1028</sup>. In caso contrario, si riproporrebbero i problemi, che parevano ormai superati

<sup>1021</sup> Per tutti, V. Simi, *op. cit.*, 171; U. Romagnoli, *La prestazione di lavoro nel contratto di società*, Milano, 1967, 206, secondo cui il legislatore avrebbe “*ravvisato nella posizione aziendale del dirigente i requisiti minimi dell'auto-organizzazione del lavoro*”.

<sup>1022</sup> A. Zoppoli, *Dirigente (privato e pubblico)*, in *ED, Annali*, V, 2012, 539, nonché, *amplius*, Id., *Dirigenza, contratto di lavoro e organizzazione*, Napoli, 2000, 26 ss. e 139 ss.

<sup>1023</sup> Persuasivamente, proprio guardando all'art. 2 d.lgs. 81/2015 dal punto di vista della categoria dirigenziale, V. Ferrante, in A. Vallebbona (a cura di), *Colloqui Giuridici sul Lavoro*, 2015, 37; cfr. anche C. Pisani, in A. Vallebbona (a cura di), *op. cit.*, 107 e, in generale, cfr. C. Pisani, *Tripartizione del potere direttivo e qualificazione del rapporto di lavoro subordinato*, in *MGL*, 2011, 3, 115, ove si legge che “*la tipica e tradizionale manifestazione del potere direttivo è l'assoggettamento del lavoratore alle direttive sul «come» svolgere le mansioni dedotte in contratto, che comprende anche il «dove» e «quando» svolgere i compiti lavorativi*”.

<sup>1024</sup> M. D'Antona, *I mutamenti del diritto del lavoro ed il problema della subordinazione*, in *RCDP*, 1988, 1, 198.

<sup>1025</sup> Cfr. ancora A. Zoppoli, *Effetti della crisi d'impresa sul lavoro dirigenziale*, cit., 159: “*un'autonomia decisionale tale da influenzare le sorti dell'impresa comporta necessariamente anche un'autonomia sulle modalità di esecuzione del lavoro per la semplice ragione che il “più” comprende il “meno”*”.

<sup>1026</sup> Sul punto v. A. Mattei, *Il dirigente privato tra contratto di lavoro subordinato e rapporto societario*, in *RIDL*, 2009, II, 41 ss., anche a proposito delle distinzioni a seconda del ruolo ricoperto dal dirigente all'interno del consiglio di amministrazione.

<sup>1027</sup> C. Ogriseg, in A. Vallebbona (a cura di), *op. cit.*, 90-91.

<sup>1028</sup> Cfr. F. Santoro Passarelli, *Nozioni di diritto del lavoro*, 18a ed., Napoli, 1966, 90-91, che, nell'escludere la rilevanza di una distinzione tra impiegati e dirigenti, ritiene che gli impiegati, collaborando all'impresa, concorrano a definirne l'organizzazione, mentre gli operai, collaborando nell'impresa, svolgano unicamente i compiti loro assegnati all'interno della struttura da altri determinata.

con il ritorno ad unità della categoria, tra livelli diversi di dirigenza (etero-organizzata e non), qui addirittura estesi al piano qualificatorio e non unicamente, come in passato, ai fini della differenziazione delle tutele. Non solo. Ulteriori complessità interpretative si porrebbero, ragionando *de iure condendo*, per effetto di una disposizione al momento oggetto di discussione in sede parlamentare, ossia l'art. 12 del c.d. "d.d.l. Nannicini" in materia di lavoro autonomo e lavoro agile<sup>1029</sup>, ove si qualifica la collaborazione di cui all'articolo 409, n. 3), del codice di procedura civile come "coordinata quando, nel rispetto delle modalità di coordinamento stabilite di comune accordo dalle parti, il collaboratore organizza autonomamente l'attività lavorativa". Risulta difficile non pensare alle potenziali ricadute di tale disposizione, che colloca l'elemento dell'organizzazione autonoma della propria prestazione tra quelli propri del lavoro coordinato (dunque, autonomo), sulla già complessa linea di demarcazione che separa l'autonomia nel lavoro coordinato dall'auto-determinazione di cui gode il prestatore nel lavoro dirigenziale (i.e. subordinato) con riguardo al tempo (oltre che al luogo) della propria prestazione. Di tal guisa, abbracciando la tesi tale per cui l'etero-organizzazione avrebbe sostituito l'etero-direzione quale (unico, o principale) criterio di qualificazione, il dirigente verrebbe a trovarsi in uno spazio invero angusto, non solo tra subordinazione e autonomia, ma anche tra l'etero-organizzazione ed il coordinamento con quella stessa organizzazione che egli sarebbe al contempo chiamato (in quanto dirigente, appunto) a gestire e a coordinare, con riferimento al lavoro altrui. Il che pare francamente troppo!

Per tale ragione, risulterebbero maggiormente coerenti con i tratti distintivi della figura dirigenziale le posizioni, per quanto diverse, tanto di chi ritiene che l'art. 2 d.lgs. 81/2015 sia una norma di disciplina (in tal modo "neutra" rispetto alla riconduzione "a monte" del lavoro dirigenziale nell'alveo della subordinazione), quanto di chi, negando una sostanziale distinzione tra etero-direzione ed etero-organizzazione, riconosce comunque la mancata sostituzione dell'etero-direzione ("leggera", ma pur sempre qualificante, per il dirigente) con un'etero-organizzazione dal lato passivo che si estenda alla individuazione di – magari stringenti – vincoli rispetto al tempo e al luogo della prestazione, i quali, come detto, non paiono compatibili con i margini di autonomia propri del rapporto di lavoro dirigenziale<sup>1030</sup>.

## 6. Note conclusive.

Nella presente trattazione si è partiti dalla rilettura dell'inatteso *dictum* della Corte di Giustizia sull'esclusione dei dirigenti dalla procedura di licenziamento collettivo in Italia, sottolineando l'eccessiva linearità dell'equiparazione imposta tra dirigenti e altri lavoratori subordinati nell'accesso alle tutele collettive, alla luce della complessa collocazione dell'interesse collettivo dei dirigenti<sup>1031</sup>. Per questa ragione, è sembrato del tutto coerente l'approccio seguito dal legislatore italiano che, in ottemperanza alla decisione dei Giudici del Lussemburgo, ha comunque previsto,

<sup>1029</sup> Ci si riferisce qui al d.d.l. n. 2233 presentato dal Ministro del lavoro e delle politiche sociali e comunicato alla Presidenza l'8 febbraio 2016, recante "misure per la tutela del lavoro autonomo non imprenditoriale e misure volte a favorire l'articolazione flessibile nei tempi e nei luoghi del lavoro subordinato".

<sup>1030</sup> Del resto, è frequente, anche nella manualistica, l'affermazione secondo cui il dirigente costituisca la categoria rispetto alla quale sia più complesso tracciare il confine tra subordinazione ed autonomia guardando alle modalità operative: da ultimo, F. Carinci, R. De Luca Tamajo, T. Treu, *Diritto del Lavoro. 2. Il Rapporto di lavoro subordinato*, 8a ed., Torino, 2013, 35 e 47.

<sup>1031</sup> P. Tosi, *Il dirigente d'azienda*, cit., 63 e 226.

nell'ambito della riformata procedura, "appositi" (dunque, separati) incontri con le rappresentanze dei dirigenti. In tal modo, infatti, non sono state obliterate le linee di distinzione proprie di una categoria originatasi "per sottrazione" proprio sul piano collettivo<sup>1032</sup>, conservando la cifra di un'incompleta assimilazione agli altri lavoratori comune anche agli ordinamenti caratterizzati da spazi ampi di coinvolgimento dei lavoratori nelle decisioni imprenditoriali<sup>1033</sup> e che costituisce il frutto della posizione, per certi versi ambigua, dei dirigenti quali lavoratori subordinati chiamati al contempo a rappresentare l'impresa nei confronti del resto della forza lavoro<sup>1034</sup>, tale da giustificare l'iniziale collocazione delle relative associazioni sindacali a fianco di quelle datoriali e, sul piano individuale, da far dubitare, almeno fino all'entrata in vigore del codice civile (dell'art. 2095 del c.c.), della riconducibilità dei dirigenti al lavoro subordinato<sup>1035</sup>.

Le linee di demarcazione iniziali sono però state in seguito messe in crisi dalla duplice trasformazione cui la categoria è andata incontro, dapprima, con l'avvento della grande impresa, che ha dato spazio all'avvento di una classe manageriale composita e variabile all'interno della catena di comando<sup>1036</sup> ed al conseguente superamento dell'idea originaria del dirigente "alter ego"<sup>1037</sup>, in seguito, con la destrutturazione dell'impresa dal piano verticale a quello orizzontale e con la diluizione dei poteri che ha comportato sempre maggiori difficoltà nell'individuare, non solo "who is the employer"<sup>1038</sup>, ma anche, nel "moltiplicarsi quantitativo e qualitativo" delle figure direttive<sup>1039</sup>, "who is the boss"<sup>1040</sup>. Sicché, in tempi di nuovi "statuti" (sempre da declinarsi al plurale, essendo lo Statuto al singolare ormai tramontato<sup>1041</sup>) e di una certa bulimia legislativa, si potrebbe avere la tentazione di proporre un nuovo statuto del lavoro dirigenziale, allo scopo, prefigurato dallo stesso art. 2095 c.c., di fissare i caratteri per l'appartenenza alla categoria. Un monito sembra tuttavia provenire dall'osservazione della sfortunata parabola dei *supervisors* negli US, ove l'esclusione dei dirigenti dalle tutele collettive, motivata dalla volontà di evitare commistioni tra

<sup>1032</sup> Cfr. A. Donini, *Estensione della procedura*, cit., 373, in termini di "adattamento delle regole procedurali alle caratteristiche del rapporto di lavoro dirigenziale".

<sup>1033</sup> Addirittura, nel sistema tedesco vi sono due nozioni di dirigente non coincidenti, l'una valevole ai fini della disciplina protettiva nei confronti del licenziamento individuale, l'altra per l'accesso alle tutele collettive: sul punto v. A. Seifert, *Le figure dirigenziali nell'ordinamento tedesco*, in *DRI*, 2009, 1, 47 ss. e, con riguardo alla posizione dei dirigenti nel complesso sistema della partecipazione in Germania, M. Biasi, *Il nodo della partecipazione dei lavoratori in Italia. Evoluzioni e prospettive nel confronto con il modello tedesco ed europeo*, Milano, 2013, 68-70 e 113-122. Pare dunque evidente che se, come pare, si apriranno anche in Italia futuri spazi per un maggiore coinvolgimento dei lavoratori nelle decisioni imprenditoriali, si dovrà prestare particolare attenzione al ruolo dei dirigenti, guardando soprattutto al piano della loro "indipendenza" dal datore di lavoro: per alcuni interessanti spunti in tal senso, v. D. Gottardi, *Ultima chiamata per il sistema dualistico: partecipazione negata dei lavoratori e rischi di sistema*, in *DLM*, 2014, III, 587 ss.

<sup>1034</sup> G. Pera, *op. cit.*, 1103; M. Dell'Olio, *I soggetti e l'oggetto*, cit., 42, che parla di una "classe manageriale, in sé distinta da quella dei lavoratori in senso stretto".

<sup>1035</sup> R. Scognamiglio, *La nozione di dirigente nel diritto del lavoro e della previdenza sociale*, in AA.VV., *La previdenza dei dirigenti di azienda nel sistema pensionistico italiano*, Milano, 1983, 125, che conseguentemente dubitava dell'applicabilità delle disposizioni dello Statuto dei Lavoratori limitative dei poteri datoriali direttivi o gerarchici nei confronti di chi, come il dirigente (specie *alter ego*), all'esercizio di tali poteri viene delegato nei confronti dei sottoposti.

<sup>1036</sup> P. Tosi, *Il dirigente d'azienda*, cit., 31.

<sup>1037</sup> M. Dell'Olio, *I dirigenti e la stabilità*, in *ADL*, 1999, 1, 23.

<sup>1038</sup> V., per i riferimenti bibliografici, M. Biasi, *Dal divieto di interposizione alla codatorialità. Le trasformazioni dell'impresa e le risposte dell'ordinamento*, in G. Zilio Grandi, M. Biasi (a cura di), *Contratto di rete e diritto del lavoro*, Padova, 2014, 117 ss.

<sup>1039</sup> F. Carinci, *op. ult. cit.*, 8, nonché, *amplius*, id., *Rivoluzione tecnologica e diritto del lavoro: il rapporto individuale*, in *DLRI*, 1985, 225 ss., spec. 226.

<sup>1040</sup> B. Huckell, *op. loc. ult. cit.*

<sup>1041</sup> F. Carinci, *A proposito del Jobs Act*, in *ADL*, 2015, 6, 1109.

lavoro e capitale e fondata su un'eccessivamente ampia ed indeterminata elencazione dei poteri (forse) in origine "tipici" della figura dirigenziale, si è rivelata nel tempo del tutto inadatta a distinguere i *supervisors* da molti altri lavoratori, tutt'altro che di vertice, eppure dotati di un qualche margine di autonomia operativa<sup>1042</sup>, i quali si sono visti, in una sorta di eterogenesi dei fini, inopinatamente negare l'accesso alle tutele collettive.

Sembrerebbe così più opportuno caldeggiare, per l'indicazione dei requisiti di appartenenza alla categoria dirigenziale, il perdurante affidamento alla contrattazione collettiva<sup>1043</sup>, in quanto unica fonte in grado di cogliere la fluidità e variabilità nel tempo dei caratteri del lavoro dirigenziale, evitando il ricorso a formule o definizioni generiche (come quella di quadro<sup>1044</sup>), se non circolari<sup>1045</sup>. Se la contrattazione collettiva e, in seconda battuta, la giurisprudenza, rispettivamente, nell'individuazione e nella ricerca dei connotati tipizzanti della "dirigenzialità" di certe mansioni<sup>1046</sup>, sono sembrate sinora valorizzare, più che la rappresentanza dell'impresa all'esterno<sup>1047</sup> o la professionalità del lavoratore<sup>1048</sup>, l'elevato grado di autonomia, iniziativa e potere decisionale all'interno dell'impresa<sup>1049</sup>, quali riflessi del potere organizzativo-gestionale del dirigente<sup>1050</sup>, è probabile ed anzi auspicabile che ancora maggior peso venga d'ora innanzi attribuito ai profili relativi al controllo sull'attività e sull'adozione dell'eventuale sanzione espulsiva. Proprio su questo binomio pare oggi basarsi, con il tramonto della stabilità, l'architrave degli altri poteri<sup>1051</sup> e lo strumento per *dirigere* – per l'appunto – l'attività altrui. Ciò sulla scorta della considerazione per cui, innanzi alla rinvigorita verticalità gerarchica derivante dal riposizionamento del baricentro delle funzioni dal piano collettivo a quello individuale (o, meglio, a quello del potere, come tale unilaterale), il valore qualificatorio della categoria dirigenziale non possa che a maggior ragione risiedere nella capacità di incidere attivamente sull'organizzazione attraverso il coordinamento dei (ed il comando sui) fattori produttivi, tra cui il lavoro; proprio tale condizione (un tempo e, chissà, forse di nuovo specchio di uno *status*) sembra ora a maggior ragione giustificare l'insensibilità (o la minore sensibilità) del dirigente al potere organizzativo datoriale sulla (e della) sua prestazione e, del pari, il riconoscimento di tutele individuali e soprattutto collettive autonome<sup>1052</sup>

<sup>1042</sup> Con riferimento al contesto italiano, per tutti P. Tosi, *op. ult. cit.*, 32.

<sup>1043</sup> P. Tosi, *Il dirigente d'azienda*, cit., 50; F. Basenghi, *op. cit.*, 12; M. Sala Chiri, *op. cit.*, 111-112; S. Magrini, *Problemi in tema di licenziamento del dirigente*, in *DL*, 1993, I, 8; E. Balletti, *Sui criteri di definizione del lavoro dirigenziale: l'art. 2095 c.c. e il ruolo dell'autonomia collettiva*, in *GIUSTICIA*, 1988, I, 482-484.

<sup>1044</sup> V. art. 2 l. 190/1985 ("sono quadri i lavoratori subordinati che, pur non appartenendo alla categoria dei dirigenti, svolgono funzioni con carattere continuativo di rilevante importanza ai fini dello sviluppo e dell'attuazione degli obiettivi dell'impresa") e in proposito le riflessioni, circa la complessità di una possibile definizione legale della categoria dirigenziale, di G. Amoroso, *Contratto Collettivo dei Dirigenti*, Napoli, 1987, 125 ss.

<sup>1045</sup> Per tutti, v. art. 4, comma 1 lett. e) d.lgs. 9 novembre 2007, n. 206 (di attuazione della dir. 2005/36/CE relativa al riconoscimento delle categorie professionali), ove viene "definito" dirigente colui che svolge "in un'impresa del settore professionale corrispondente...la funzione di dirigente responsabile di uno o più reparti dell'azienda, con mansioni commerciali o tecniche".

<sup>1046</sup> L'espressione è di F. Basenghi, *op. cit.*, 26.

<sup>1047</sup> Per tutti e già P. Sandulli, *Prestazione di lavoro subordinato e attività rappresentativa*, Milano, 1974, 41 ss., spec. 61, nt. 30.

<sup>1048</sup> Cfr. S. Bartalotta, *La qualifica di dirigente fra legge e contratto*, in *RIDL*, 2003, II, 299-300.

<sup>1049</sup> V. art. 1 CCNL Dirigenti Aziende Industriali.

<sup>1050</sup> Cfr. P. Tosi, *op. ult. cit.*, 155 ss., nonché Id., *Il personale direttivo tra subordinazione e autonomia*, in *IUS*, 1987, I, 332.

<sup>1051</sup> Per tutti, F. Carinci, *A proposito del Jobs Act*, in *ADL*, 2015, 6, 1110; per i riferimenti bibliografici, M. Biasi, *Il licenziamento nullo: chiavistello o grimaldello del nuovo sistema "a tutele crescenti"?*, in G. Zilio Grandi, M. Biasi (a cura di), *op. cit.*, 177-182.

<sup>1052</sup> R. Scognamiglio, *op. cit.*, 145.

ed eterogenee<sup>1053</sup>, con buona pace di ogni prospettiva di – affrettata e al tempo stesso tardiva – assimilazione coatta su quest'ultimo piano agli altri collaboratori dell'imprenditore.

---

<sup>1053</sup> Cfr. A. Zoppoli, *Dirigenza, contratto di lavoro e organizzazione*, cit., 87 ss.