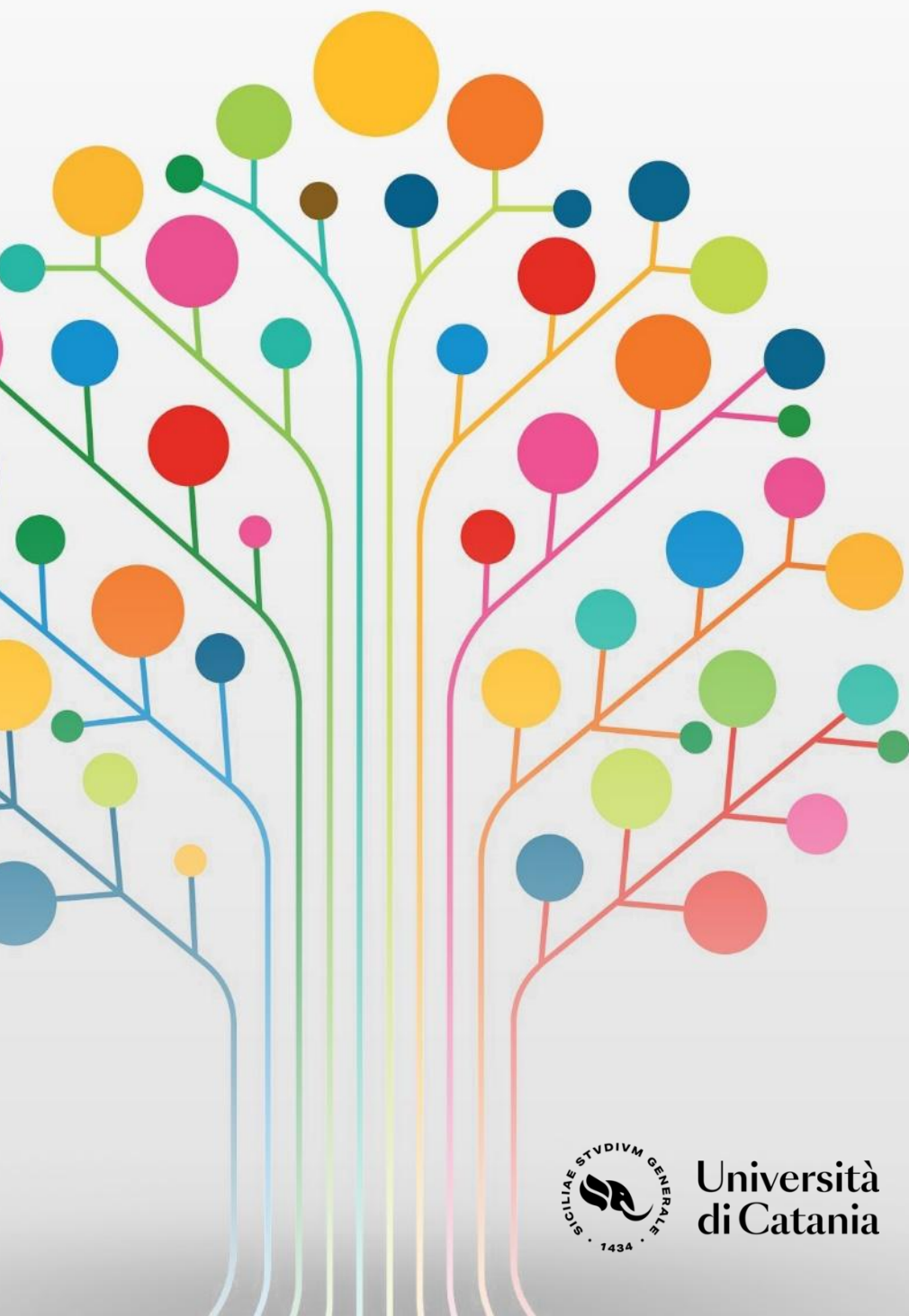


1/2026

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

BRUNO CARUSO, Università di Catania

LORENZO ZOPPOLI, Università di Napoli Federico II

CARMINE RUSSO

ANTONIO LO FARO, Università di Catania

2026 - UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI CATANIA

Piazza Università, 2 - 95131 Catania – www.unict.it

© 2026 CENTRO STUDI DI DIRITTO DEL LAVORO EUROPEO "MASSIMO D'ANTONA" - salvi i diritti riservati - www.csdle.lex.unict.it

ISBN 9791280569561

SOMMARIO

Il licenziamento disciplinare tra fatto e fiducia. Abuso del diritto, abuso del potere e capitale fiduciario nel rapporto di lavoro	
Bruno Caruso	1
Partecipazione dei lavoratori e democrazia economica nel quadro dei principi costituzionali	
Lorenzo Zoppoli	43
Il “maggiore consenso possibile”: tra quantità e qualità nella rappresentanza sindacale	
Carmine Russo	63
Positive Integration, Not Competence Creep: The Court's Non-Revolutionary Rescue of the Minimum Wage Directive	
Antonio Lo Faro	75

Il licenziamento disciplinare tra fatto e fiducia. Abuso del diritto, abuso del potere e capitale fiduciario nel rapporto di lavoro*

Bruno Caruso

Parte I – Il "diritto del fatto" nel licenziamento disciplinare: una messa a punto concettuale	3
§ 1. L'ideologia della reintegra e il "tabù" dell'art. 18: una premessa necessaria	3
§ 2. Dalla tutela standardizzata alla "tutela minima costituzionale": itinerario ragionato della giurisprudenza costituzionale	5
§ 3. Il fatto materiale come architrave del nuovo giudizio disciplinare	8
§ 4. La tipizzazione collettiva come parametro costituzionale della proporzionalità: la svolta della sentenza n. 129 del 2024	11
§ 5. La fiducia come categoria oggettiva e come clausola di chiusura del sistema	13
Parte II – La fiducia tra abuso del diritto e abuso del potere nella giurisprudenza sul licenziamento disciplinare	16
§ 6. Fondazione fattuale del licenziamento disciplinare. Il fatto come struttura causale e limite al potere	16
§ 7. Procedimento disciplinare e razionalizzazione del potere. La contestazione come tecnica di contenimento dell'arbitrio datoriale	18
§ 8. Il diritto di critica nell'ecosistema digitale. La fiducia come esito organizzativo del fatto comunicativo	22
§ 9. Lo scarso rendimento. La fiducia organizzativa come relazione bilaterale collaborativa	25

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .JT – 508/2026

§ 10 – L'abuso dei diritti protetti. La rottura del patto fiduciario dal lato del lavoratore.	29
§ 11. – I comportamenti extracontrattuali e la fiducia unilaterale di proiezione.	32
§ 12 Dall'abuso del diritto all'abuso del potere disciplinare. Traiettorie di diritto vivente; verso la fiducia bilaterale	36
§ 13. Fiducia bilaterale e contratto di lavoro come relazione di durata. Verso una ricostruzione relazionale del licenziamento disciplinare	39

Parte I – Il "diritto del fatto" nel licenziamento disciplinare: una messa a punto concettuale

§ 1. L'ideologia della reintegra e il "tabù" dell'art. 18: una premessa necessaria

Ogni riflessione sul licenziamento disciplinare nel diritto vivente contemporaneo non può prescindere da un dato che, prima ancora di essere giuridico, è profondamente culturale: la stratificazione simbolico-ideologica che per decenni si è addensata attorno all'art. 18 dello Statuto dei lavoratori e, in particolare, attorno alla tutela reintegratoria¹. La reintegra è stata a lungo percepita non come uno strumento tra gli altri nella tecnica delle tutele, ma come un vero e proprio tabù ordinamentale, un simbolo intangibile, un elemento identitario del diritto del lavoro italiano. Intorno ad essa si è così costruito un complesso di sovrastrutture retoriche e di semplificazioni assiologiche che hanno spesso impedito una lettura realistica del rapporto tra sanzione espulsiva, organizzazione dell'impresa e dinamiche del mercato².

In questa rappresentazione, la reintegra è stata elevata a rimedio "vero", quasi ontologicamente contrapposto alla tutela indennitaria, ritenuta per definizione minore, se non addirittura degradata sul piano costituzionale prima ancora che su quello tecnico. E ciò malgrado le ripetute posizioni della Corte costituzionale mirate proprio al riconoscimento della rilevanza costituzionale del rimedio della reintegra³. La funzione del rimedio reale è stata così caricata di una valenza in larga parte punitiva nei confronti dell'impresa, più che di riequilibrio di una patologia contrattuale.

Ne è derivata una concezione proprietaria del posto di lavoro, inteso come bene da conservare in sé, indipendentemente dalla sua collocazione funzionale

¹ Tale condensazione simbolica ha trovato una manifestazione paradigmatica nel referendum abrogativo del 2025 concernente la disciplina dei licenziamenti, conclusosi con il mancato raggiungimento del quorum, episodio che ha confermato la persistenza della carica identitaria attribuita all'art. 18 nel discorso pubblico. In generale, v. B. Caruso, C. Caruso, *Licenziamento e «politiche» giurisdizionali del lavoro. (Riflessioni interdisciplinari a partire dalle sentenze nn. 128 e 129/2024 della Corte costituzionale)*, in RIDL 2024 3, p. 323 ss e 4, 531 ss. Pure R. De Luca Tamajo, *Jobs Act e cultura giuslavorista*, DLM, 2016, I, p. 5.

² A. Accornero, *L'ultimo tabù. Lavorare con meno vincoli e più responsabilità*, a cura di A. Orioli, Laterza, 1999.

³ La Corte costituzionale ha costantemente escluso che la reintegrazione costituisca rimedio costituzionalmente imposto, riconoscendo al legislatore un ampio margine di discrezionalità nella modulazione delle tutele contro il licenziamento (v. Corte cost., sentt. nn. 46/2000; 41/2003; 303/2011; 194/2018) precisando che la Costituzione non determina un modello unico di tutela, purché il sistema sia conforme ai principi di ragionevolezza e adeguatezza.

nell'organizzazione produttiva⁴.

Questo impianto simbolico ha inciso profondamente sulla cultura giuridica, condizionando a lungo sia la giurisprudenza sia una parte rilevante della dottrina.

La reintegra è stata spesso trattata come la tutela "naturale"⁵, mentre l'indennità veniva letta come un arretramento, quando non come un cedimento alle logiche del mercato. In questo quadro, è rimasta sullo sfondo una limitata considerazione della dimensione organizzativa dell'impresa, osservata prevalentemente come luogo di potere e di conflitto, e non come soggetto razionale che opera entro vincoli competitivi, organizzativi e oggi anche demografici.

Proprio l'evoluzione del mercato del lavoro rende oggi sempre meno aderente alla realtà questa lettura simbolica. In molti settori si registra una strutturale scarsità di manodopera, una difficoltà crescente nel reperire professionalità adeguate, una mobilità elevata dei lavoratori. In tale contesto il licenziamento, anche quello per ragioni soggettive non è più, in una parte rilevante dei casi, espressione di arbitrio, ma una scelta di *extrema ratio* organizzativa⁶. Parallelamente, l'esperienza forense mostra con chiarezza un fenomeno che la retorica dell'art. 18 continua spesso a rimuovere: un numero significativo di lavoratori, una volta ottenuta la pronuncia favorevole, rinuncia consapevolmente alla reintegra in cambio dell'indennità sostitutiva. La tutela reale, un tempo considerata l'esito "naturale" del giudizio, non è più necessariamente la tutela desiderata.

Tutto ciò impone uno spostamento di prospettiva: la reintegra non può più essere letta come un feticcio ideologico, ma deve essere restituita alla sua funzione tecnica all'interno del sistema delle tutele. È questa operazione di de-simbolizzazione che il ciclo di pronunce della Corte costituzionale ha progressivamente avviato, culminando

⁴ La critica alla concezione "proprietaria" del posto di lavoro è stata sviluppata in Italia in particolare da P. Ichino, il quale ha più volte sostenuto, nell'ambito dell'approccio di *Law and Economics*, che la tutela reale non può essere letta come riconoscimento di una sorta di diritto reale sul posto, ma come tecnica rimediale funzionale all'equilibrio economico del rapporto (cfr., tra i molti scritti, *Il lavoro e il mercato*, Mondadori, 1996; id. *Il contratto di lavoro*, 2003, III, Giuffrè, p. 425 ss.). La radice teorica di questa impostazione può essere rintracciata già in J. R. Commons, *I fondamenti giuridici del capitalismo*, Il Mulino, 1981, p. 366, nell'analisi del passaggio dallo *status* al contratto: il lavoratore "non possiede il suo posto di lavoro (...) ma possiede la libertà di contrattare continuamente con il suo datore di lavoro per conservarlo, rinnovando tacitamente e ininterrottamente l'accordo".

⁵ Sul radicamento culturale della reintegra come tutela tendenzialmente "naturale" del posto di lavoro si v. S. Giubboni, *Anni difficili. I licenziamenti in Italia in tempi di crisi*, Giappichelli, 2020; Id., *Risposta alla lettera aperta di Pietro Ichino sull'evoluzione della disciplina dei licenziamenti*, in LDE, 2021, 2, p. 1 ss., ove si ribadisce la centralità della tutela reale nel sistema costituzionale del lavoro e si critica l'impostazione riformatrice ispirata a una logica di ridimensionamento della reintegrazione.

⁶ *Infra*, II parte.

nelle decisioni del 2024. La reintegra non è più l'icona di una contrapposizione tra lavoro e impresa, ma un rimedio giuridicamente ancorato alla legalità delle fonti e alla struttura della fattispecie espulsiva.

§ 2. Dalla tutela standardizzata alla “tutela minima costituzionale”: itinerario ragionato della giurisprudenza costituzionale

È solo alla luce della premessa culturale appena richiamata che può essere compreso il senso dell'itinerario seguito dalla Corte costituzionale a partire dal 2018. L'intervento del giudice delle leggi non nasce, infatti, come una reazione episodica a singole disfunzioni del Jobs Act, ma come un progressivo ripensamento della logica di standardizzazione della tutela che aveva ispirato il legislatore del 2015, fondata su parametri rigidi e su meccanismi automatici di determinazione dei rimedi per le diverse fattispecie giustificative del licenziamento.

Il primo snodo è rappresentato dalla sentenza n. 194 del 2018⁷. Con essa viene dichiarata l'illegittimità costituzionale del meccanismo di quantificazione automatica dell'indennità fondato esclusivamente sull'anzianità di servizio. La Corte non contesta al legislatore la scelta di un modello prevalentemente indennitario, ma nega che tale modello possa essere costruito su parametri rigidi e uniformi, incapaci di cogliere la concretezza delle singole vicende espulsive. Da qui prende forma la nozione di “tutela minima costituzionale”, intesa non come un livello quantitativo prefissato di protezione, ma come un nucleo funzionale incompressibile, che impone l'adeguatezza del rimedio alla concretezza della vicenda espulsiva e la sottrazione della tutela a meccanismi rigidamente automatici. Se il rimedio unico della reintegrazione può essere superato senza ostacoli costituzionali, non è ammissibile - sembra ragionare la Corte - un irrigidimento interno ai diversi rimedi indennitari.

In questa prospettiva, la Corte individua due coordinate destinate a divenire strutturali: da un lato, il principio di adeguatezza del rimedio; dall'altro, la necessaria personalizzazione giudiziale della tutela, quale presidio contro l'irragionevole omologazione delle vicende concrete. La tutela non può essere né meramente simbolica né puramente automatica ma deve essere costituzionalmente coerente con la singolarità del caso.

Il passo successivo si compie con la sentenza n. 150 del 2020, che estende il principio

⁷ Per tale riepilogo si è utilizzata l'utile griglia a cura Ylenia Guerra in appendice a Caruso B. e Caruso C., *op. cit.* nt. 1 e in Licenziamenti e tutele nel rapporto di lavoro subordinato: il complesso percorso della recente giurisprudenza costituzionale illustrato in una tabella di sintesi | IUS LAVORO.

di adeguatezza anche ai vizi formali e procedurali del licenziamento. Il legislatore del 2015 aveva relegato tali vizi in una zona sanzionatoria marginale, sganciata dalla tutela reale e caratterizzata da indennizzi di modesta entità. La Corte, invece, ricostruisce anche la dimensione procedimentale come componente essenziale della legalità del recesso, sottraendola a ogni tentazione di degradazione meramente formale.

Con la sentenza n. 59 del 2021 si realizza un vero mutamento dello statuto del fatto, destinato ad avere ricadute decisive, pur se indirette, anche sul licenziamento disciplinare. La Corte, ancorché chiamata a sindacare la legittimità costituzionale della norma sul giustificato motivo oggettivo, elimina ogni attenuazione del controllo sul fatto materiale e stabilisce un principio di portata generale: quando il fatto è insussistente, la reintegra non è una facoltà del giudice, ma una conseguenza necessaria, una sorta di effetto legale. Viene così superata ogni residua logica di “bilanciamento” tra insussistenza del fatto e tutela indennitaria: la mancanza del fatto espulsivo, disciplinare o organizzativo, priva radicalmente di base giuridica l’atto di recesso.

Il 2022 è l’anno del consolidamento e, insieme, dell’emersione delle aporie del sistema.

Con la sentenza n. 125 la Corte riafferma senza ambiguità la centralità del fatto materiale come perno della legittimità del licenziamento disciplinare (si elimina ogni aggettivazione della insussistenza: il fatto sussiste o non sussiste: *tertium non datur*).

Con la sentenza n. 183, intervenendo sulla disciplina delle piccole imprese, mette invece apertamente in luce l’irragionevolezza di un sistema che continua a produrre profonde asimmetrie di tutela, ma arresta il proprio intervento davanti ai limiti della funzione giurisdizionale, rivolgendo al legislatore un monito che resterà, almeno sino ad oggi, sostanzialmente privo di seguito sino a quando la Corte stessa colmerà la lacuna con la sentenza n. 118 del 2025.

Il vero salto di qualità si compie nel 2024. Con la sentenza n. 22 la Corte affronta frontalmente il tema della nullità del licenziamento nel Jobs Act, superando la distinzione tra nullità espressa e nullità “virtuale” e riportando al centro del sistema l’art. 1418 c.c. Le violazioni di norme imperative, ricostruite come tali, tornano così a essere sanzionate con la reintegra piena. In questa decisione si coglie con particolare nettezza il tentativo della Corte di ricondurre il diritto del lavoro entro l’unità sistematica del diritto civile, sottraendolo a una frammentazione eccessivamente settoriale delle categorie della patologia contrattuale. Il licenziamento viene così ricollocato entro una connotazione civilistica della nullità, nella quale la violazione di norme imperative torna a produrre le sue conseguenze tipiche, anche sul piano rimediale.

Nello stesso anno giungono, infine, le due pronunce che chiudono idealmente il ciclo. Con la sentenza n. 128 del 2024, in tema di giustificato motivo oggettivo, la Corte chiarisce che il fatto materiale dell'espulsione è costituito dalla reale scelta organizzativa dell'impresa, mentre l'obbligo di *repêchage* viene correttamente collocato sul piano successivo della tutela e non integra il fatto espulsivo in senso proprio. Con ciò si compie un'ulteriore tipizzazione della fattispecie espulsiva, sottraendo il giudizio a indebite sovrapposizioni tra piano causale e piano rimediale⁸.

Ma è con la sentenza n. 129 del 2024 che il percorso giunge al suo approdo più significativo in materia disciplinare. Qui la Corte compie la svolta teorica decisiva: la proporzionalità cessa di essere una clausola generale rimessa al prudente apprezzamento del giudice e viene ricondotta alla tipizzazione preventiva operata dal contratto collettivo, che assume valore di parametro costituzionale della legittimità del recesso.

⁸ La sentenza n. 128/2024 della Corte costituzionale ha riaperto il confronto sulla collocazione sistematica dell'obbligo di *repêchage* e sulle relative ricadute rimediali nel licenziamento per giustificato motivo oggettivo. Le letture dottrinali si sono divise lungo linee interpretative ormai ben riconoscibili. Più persuasiva appare, a parere di chi scrive, la ricostruzione proposta da R. De Luca Tamajo, *La giurisprudenza in tema di repêchage nel licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, LDE, 3, 2025, 2 che valorizza la distinzione logico-strutturale tra la verifica della effettiva soppressione della posizione lavorativa — incidente sul nucleo causale del g.m.o. — e il successivo accertamento dell'adempimento dell'obbligo di *repêchage*. In questo assetto, l'inclusione di quest'ultimo nella nozione di "fatto" finirebbe per attenuare la differenziazione delle conseguenze sanzionatorie delineata dal legislatore, con il rischio di una sostanziale ri-assimilazione di piani che l'evoluzione normativa ha invece progressivamente distinto. Pur prevedendo che i giudici continueranno ad applicare la reintegrazione per "amore delle proprie soluzioni", l'autore denuncia l'emergere di una "evidente contraddizione" tra i due regimi (2012 e 2015) che richiederà un nuovo intervento legislativo o della Consulta. Sostanzialmente adesiva la posizione di T. Salimbeni, *L'obbligo di repêchage nelle sentenze della Corte costituzionale tra giustificatazza del licenziamento e sussistenza del fatto*, LDE, 2025, 3, p. 2. Non convince, invece, l'impostazione critica di F. Scarpelli, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo dopo le recenti sentenze della Corte costituzionale: i diversi destini del repêchage*, DLRI, 2025, 3, secondo cui l'esclusione del *repêchage* dal fatto materiale risulterebbe concettualmente debole e comunque inidonea a incidere sull'assetto applicativo dell'art. 18 St. lav. L'Autore propone di distinguere tra i casi in cui la possibilità di ricollocazione smentisce l'effettività della soppressione del posto (incidendo sul "fatto materiale" anche nel Jobs Act, come in certi modelli di grande distribuzione flessibile) e i casi di ricollocazione "tradizionale". Tale lettura sembra ridimensionare la portata sistematica della pronuncia costituzionale e tende a riproporre, per via interpretativa, una sostanziale sovrapposizione tra difetto della causale economico-organizzativa e violazione dell'obbligo di ricollocazione. In termini non dissimili, anche S. Giubboni e A. Colavita, *Annotazioni "minimaliste" in tema di repêchage nel licenziamento per giustificato motivo oggettivo di natura economica*, LDE, 2025, 3, p. 3 che qualificano la decisione come soluzione compromissoria e insistono sulla perdurante solidità dell'orientamento reintegratorio. Tuttavia, una simile opzione ermeneutica pare sottovalutare il significato della scelta compiuta dalla Corte nel ribadire la distinta rilevanza dei due momenti valutativi. Sostanzialmente su questa posizione due sostenitori della reintegra "senza se e senza ma" come D. Comandé, *Onere probatorio e repêchage: una "fisarmonica" a rischio tra approccio formale e profilo sostanziale*, LDE, 2025, 3, 2 e F. Siotto, *Il "ripescaggio" della tutela reale e il repêchage senza reintegrazione*, LDE, 2025, 3, p. 2. Nel complesso, la lettura accolta dalla sentenza n. 128/2024 — e sostenuta da De Luca Tamajo — appare sistematicamente più coerente: essa preserva la struttura causale del g.m.o., evita indebite espansioni della tutela reale e mantiene distinto il piano della sussistenza del fatto da quello delle ulteriori condizioni di corretto esercizio del potere di recesso. Sul punto B. Caruso e C. Caruso, *op. loc. cit.*

Laddove la condotta sia tipizzata come conservativa, manca il fatto espulsivo in senso giuridico e la conseguenza necessaria è la reintegra attenuata, anche nel regime del Jobs Act ⁹.

L'itinerario della Corte non conduce, dunque, a una restaurazione dell'art. 18 nella sua configurazione originaria, ma a un esito più complesso: la costruzione di un modello tipologico delle tutele, nel quale la reintegra non è più un simbolo identitario, ma un rimedio giuridicamente ancorato alla struttura del fatto e alla legalità delle fonti.

È in questo senso che può parlarsi di un riposizionamento sistemico del Jobs Act dall'interno, realizzato attraverso una sequenza di interpretazioni conformi "forti", formalmente rispettose della scelta legislativa, ma sostanzialmente capaci di ridefinirne l'equilibrio complessivo.

§ 3. Il fatto materiale come architrave del nuovo giudizio disciplinare

Uno degli approdi più significativi del ciclo costituzionale che si è venuto delineando negli ultimi anni è rappresentato dal ritorno del fatto materiale al centro del sistema del licenziamento disciplinare. Non si tratta di una semplice riaffermazione di principio, ma di una vera e propria ricostruzione della fattispecie espulsiva secondo una logica rigorosamente causalistica e tipologica, che segna un netto distacco rispetto a una lunga fase nella quale il giudizio disciplinare era stato progressivamente attratto in un'area di valutazioni prevalentemente assiologiche. A conferma del fatto che anche un intervento sui rimedi – sugli effetti dell'atto espulsivo – finisce per incidere inevitabilmente sulla stessa ricostruzione della fattispecie, ridefinendone i presupposti causali e la soglia di rilevanza giuridica.

Nel diritto vivente oggi il fatto non è più una mera premessa narrativa del giudizio, né un dato grezzo da riempire di contenuti mediante clausole generali elastiche. Esso diventa, invece, l'elemento strutturale attorno al quale ruota l'intero schema della tutela. Il licenziamento disciplinare presuppone un fatto che sia storicamente accaduto, rigorosamente provato, giuridicamente imputabile al lavoratore e dotato di una soglia minima di rilevanza disciplinare, tale da superare il limite della mera

⁹ In favore della rivalutazione della proporzionalità sociale mi ero già espresso in B. Caruso, *Il rimedio della reintegra come regola o come eccezione? La Cass. sui licenziamenti disciplinari nel cono d'ombra delle decisioni della Corte costituzionale*, RIDL, 2022, I, pp. 324 ss. Si v. ora, in adesione coerente alla posizione della Corte Costituzionale, Cass. sez. lav. 13 gennaio 2026, n. 740.

bagatellarità¹⁰. Solo all'esito di questa verifica si apre lo spazio per ogni ulteriore qualificazione giuridica.

In questa prospettiva, il dialogo ormai costante tra la Corte costituzionale e la Corte di cassazione ha condotto a una profonda funzionalizzazione del giudizio disciplinare, che tende a espellere dal sistema ogni residuo di valutazione puramente intuitiva o moralistica del comportamento del lavoratore. Il fatto disciplinare non è più ciò che appare "riprovevole" in senso etico, ma ciò che presenta precisi requisiti giuridici di esistenza, imputabilità e tipicità.

Si è così consolidata una nozione di fatto disciplinare strutturalmente composta da una pluralità di elementi: la sua materialità storica, anzitutto; la sua imputabilità soggettiva, in termini di dolo o colpa; la sua non "bagatellarità", intesa come superamento di una soglia minima di rilevanza disciplinare; la sua sussumibilità nella tipizzazione collettiva; e infine la sua idoneità a compromettere in senso oggettivo la fiducia organizzativa. Questi elementi non operano più come semplici criteri di valutazione esterna del licenziamento, ma come fattori costitutivi della fattispecie espulsiva.

Particolarmente significativo è, in questo quadro, il modo in cui viene oggi trattata la categoria del fatto tenue¹¹. Per lungo tempo tale fattispecie è rimasta collocata in una sorta di zona intermedia tra esistenza e irrilevanza, affidata a una discrezionalità temperatrice del giudice. Il ciclo costituzionale ha progressivamente ridefinito questa soglia: il fatto lievissimo non è più semplicemente "non sanzionabile con il licenziamento", ma è giuridicamente insussistente. Al di sotto di una soglia minima di offensività disciplinare non vi è fatto espulsivo, e la conseguenza non è una tutela attenuata, ma la reintegrazione del lavoratore quale reazione alla radicale mancanza del presupposto causale del recesso.

Di qui la trasformazione, tutt'altro che marginale, del ruolo dell'istruttoria processuale. Se il fatto è il perno dell'intero sistema, l'accertamento probatorio ne diventa il momento decisivo. Il processo del lavoro, che per una lunga stagione era sembrato

¹⁰ Si deve questa ricostruzione al travaglio ermeneutico della Cassazione (infra) e della migliore dottrina giuslavoristica R. De Luca Tamajo *Licenziamento disciplinare, clausole elastiche, "fatto" contestato*, ADL, 2015, 3, p. 269; in precedenza *Il licenziamento disciplinare nel nuovo art. 18: una chiave di lettura*, RIDL, 2012, I, 4, p. 1064 ss. Cfr. pure R. Del Punta, *Ancora sul regime del licenziamento disciplinare ingiustificato: le nuove messe a punto della Cassazione*, RIDL, 2019, II, p. 507 ss.

¹¹ Si v. il caso paradigmatico del licenziamento della commessa - che si rivolge in modo scortese e volgare al cliente - ritenuto illegittimo dalla Cassazione perché il comportamento non supera la soglia della rilevanza disciplinare e comunque inquadrabile in una fattispecie disciplinare conservativa, Cass. 2 maggio 2022, n. 12774 con nota di F. Manfredi GL, 2022, 21, p. 19.

orientato a privilegiare la dimensione valutativa e rimediale rispetto a quella fattuale, viene oggi ricondotto entro una logica più rigidamente probatoria¹². La tutela reale non discende più da un giudizio di iniquità della scelta datoriale, ma da una verifica positiva di insussistenza giuridica del fatto.

A questo mutamento di paradigma si accompagna una rilettura radicale del rapporto tra fatto e imputabilità. La Consulta e la Cassazione hanno chiarito con sempre maggiore nettezza che senza colpa non esiste fatto disciplinare in senso proprio. Il comportamento può essere materialmente accaduto, ma se difetta l'elemento soggettivo dell'imputazione, esso non è idoneo a sorreggere il recesso. Si assiste così a una riemersione, in chiave moderna, della struttura classica dell'illecito, nella quale il fatto non è mai riducibile alla sua sola dimensione materiale, ma è sempre il risultato dell'intreccio tra condotta, evento e imputazione soggettiva.

In questa cornice, anche la fiducia viene sottratta a una dimensione psicologica o meramente relazionale e viene ricondotta entro una categoria giuridica oggettiva. La fiducia rilevante non è ciò che il datore "sente" di aver perso, ma ciò che l'ordinamento riconosce come incompatibilità funzionale tra la condotta accertata e la futura utilizzabilità della prestazione. La giusta causa (o il giustificato motivo soggettivo) si configura, così, come una categoria eminentemente organizzativa, non patrimoniale e non emotiva, come si vedrà più diffusamente (*infra* § 5 ma pure seconda parte).

Il risultato complessivo è un diritto del licenziamento disciplinare che tende a rifondarsi su una causalità rigorosa del recesso, nella quale il fatto non è più una cornice flessibile della decisione, ma il suo fondamento necessario. In questo senso può dirsi che il ciclo costituzionale ha operato una vera "civilizzazione" del giudizio disciplinare, nel senso tecnico del termine: ha ricondotto l'atto espulsivo entro una grammatica propria del diritto dei contratti, nella quale la patologia del rapporto è misurata sulla base dell'esistenza, imputabilità e tipicità del fatto, e non su valutazioni di opportunità o di equità sostanziale sganciate dalla struttura della fattispecie (il rimedio unico della reintegra come effetto di bilanciamento di un rapporto strutturalmente asimmetrico).

È su questo nuovo statuto del fatto, così come ricostruito dal ciclo costituzionale, che si innesta la trasformazione della proporzionalità e della tipizzazione collettiva, destinate a costituire l'altro pilastro dell'attuale diritto del licenziamento disciplinare.

¹² Di grande utilità, per gli operatori del processo (giudici e avvocati) la lettura dei fondamentali contributi teorici sulla prova di M. Taruffo, *La semplice verità. Il giudice e la ricostruzione dei fatti*, Angeli, 2009.

§4. La tipizzazione collettiva come parametro costituzionale della proporzionalità: la svolta della sentenza n. 129 del 2024

È proprio sul terreno della proporzionalità che il ciclo costituzionale compie, con la sentenza n. 129 del 2024, il suo passaggio più innovativo. Dopo aver ricostruito in modo rigoroso il fatto materiale, la Corte costituzionale interviene sul segmento che collega fatto e rimedio, ridefinendo in profondità la stessa natura giuridica della proporzionalità.

Per lungo tempo, nel diritto vivente, la proporzionalità era rimasta una categoria ambigua. Formalmente ancorata all'art. 2106 c.c., essa era stata in concreto declinata come un giudizio ampiamente discrezionale del giudice, spesso venato di elementi valutativi, talora persino etici o moralistici, e comunque fortemente dipendente dalla sensibilità dell'interprete. In altri momenti, soprattutto nella fase di espansione del potere datoriale unilaterale, la proporzionalità era stata di fatto assorbita nella discrezionalità organizzativa dell'impresa¹³. Tra questi due poli – giudice e datore – la contrattazione collettiva aveva finito per occupare un ruolo prevalentemente descrittivo, non propriamente normativo nella determinazione della soglia di gravità determinante l'espulsione.

La sentenza n. 129 del 2024 rompe questo assetto e lo riscrive dalle fondamenta. Il punto di partenza della Corte è netto: la proporzionalità non è più – e non può più essere – un giudizio libero del giudice, né un mero criterio elastico di controllo *ex post* della scelta datoriale. Essa è, invece, una proporzionalità socialmente tipizzata, che trova la propria sede normativa nel contratto collettivo¹⁴. Non si tratta più, dunque, di stabilire in astratto se una sanzione sia “proporzionata” in termini etico-valutativi, ma di verificare se essa sia coerente con la tipizzazione preventiva operata dall'autonomia collettiva.

È qui che si colloca il passaggio decisivo della 129/2024. La Corte afferma che, laddove il contratto collettivo qualifichi una determinata condotta come punibile esclusivamente con sanzioni conservative, il datore di lavoro non può qualificare tale condotta come illecito espulsivo. Se lo fa, incorre in un abuso di qualificazione e quindi di esercizio del potere disciplinare. In tal caso non si è in presenza di una mera sproporzione della sanzione rispetto al fatto – che condurrebbe alla tutela indennitaria – ma di una vera e propria mancanza del fatto espulsivo in senso giuridico. E ciò comporta, come

¹³ La costruzione teoricamente più sistematica è coerente, a partire dalla teoria del contratto di lavoro, è stata notoriamente quella di M. Persiani, *Contratto di lavoro e organizzazione*, Cedam, 1966

¹⁴ Supra nt. 1 e nt. 9

conseguenza necessaria, l'applicazione della reintegra attenuata anche nel regime del Jobs Act.

La proporzionalità, in altri termini, non è più ricostruita come una clausola generale rimessa al prudente apprezzamento giudiziale, ma come una regola di sistema scolpita a monte nel contratto collettivo. Il giudice non è chiamato a ricostruire creativamente la norma di proporzione tra fatto e sanzione, traendola da una clausola elastica; egli è, piuttosto, chiamato a far valere una regola già positiva, espressa dall'autonomia collettiva e costituzionalmente protetta.

È in questo senso che la 129/2024 realizza un'autentica costituzionalizzazione della tipizzazione collettiva. La Corte non si limita a riconoscere valore orientativo ai codici disciplinari, ma ne fa un vero e proprio parametro di legalità del licenziamento. L'autonomia collettiva viene così elevata a livello costituzionale quale sede privilegiata della determinazione della proporzionalità, in un rapporto di diretta integrazione con l'art. 39 Cost. La proporzionalità non è più soltanto una regola di correttezza del comportamento datoriale, ma diventa una regola di legalità dell'atto espulsivo¹⁵.

Il significato sistemico di questa svolta è particolarmente profondo. La decisione disciplinare viene definitivamente sottratta sia a una proporzionalità "etica" o paternalistica del giudice, sia a una concezione autoritativa della discrezionalità datoriale. Il baricentro si sposta sulla norma collettiva, quale espressione di una razionalità regolativa (extrastatuale) della sanzione, costruita attraverso il confronto tra interessi contrapposti e mediata dalla funzione di tipizzazione settoriale dell'organizzazione del lavoro che è propria dell'autonomia collettiva.

Al tempo stesso, la Corte non disconosce che residui uno spazio di applicazione della proporzionalità legale di cui all'art. 2106 c.c. Là dove il contratto collettivo non abbia tipizzato la condotta, o l'abbia tipizzata in termini generici tali da non risultare decisivi, resta aperto il controllo sulla proporzione tra fatto e sanzione, ma su quel terreno il rimedio torna a essere quello indennitario. La reintegra attenuata è invece strettamente connessa all'esistenza di una tipizzazione collettiva conservativa violata dal datore.

Si realizza così un assetto a più livelli del giudizio disciplinare: il fatto materiale come presupposto causale; la tipizzazione collettiva come parametro normativo della proporzionalità; la fiducia organizzativa come clausola di chiusura del sistema.

¹⁵ Si era sostenuta questa tesi nel saggio, *Il rimedio della reintegra come regola o come eccezione?*, cit. supra nt 9.

In questo quadro, la contrattazione collettiva viene investita di una responsabilità nuova e più impegnativa. Se la proporzionalità è scolpita nel contratto, allora la qualità della tipizzazione diventa decisiva per l'intero sistema delle tutele. Tipizzare in modo generico, ambiguo o meramente esemplificativo significa restituire al giudice quello spazio discrezionale che la 129/2024 ha inteso invece concentrare nella sede propria dell'autonomia collettiva. Ne deriva l'esigenza di un salto di qualità nella tecnica redazionale dei codici disciplinari, chiamati a divenire non più un accessorio del sistema, ma uno dei suoi snodi ordinanti fondamentali.

È in questo senso che la sentenza n. 129 del 2024 segna un autentico riposizionamento sistemico del licenziamento disciplinare: non attraverso una dichiarazione frontale di incostituzionalità del Jobs Act, ma mediante una sua ri-orientazione dall'interno, secondo la tecnica dell'interpretazione conforme "forte", formalmente rispettosa della scelta legislativa, ma sostanzialmente capace di ridefinirne l'equilibrio complessivo.

Il modello indennitario immaginato dal legislatore del 2015 viene così progressivamente trasformato in un modello tipologico delle tutele, nel quale la reintegra attenuata non è più un'eccezione, ma l'esito tipico della violazione della proporzionalità tipizzata.

§ 5. La fiducia come categoria oggettiva e come clausola di chiusura del sistema

Nel nuovo assetto del licenziamento disciplinare delineato dalla giurisprudenza costituzionale e di legittimità, la fiducia non scompare, ma viene profondamente trasformata nella sua natura giuridica. Essa non opera più come categoria psicologica, affidata alla percezione soggettiva del datore di lavoro, né come espressione di un generico giudizio di valore sulla persona del lavoratore. La fiducia diventa, invece, una categoria oggettiva di compatibilità organizzativa, chiamata a operare come clausola di chiusura del sistema.

Tale compatibilità è sostenuta dal capitale fiduciario che i contraenti investono nel rapporto tramite il contratto di lavoro, tipico contratto relazionale¹⁶. Il suo eventuale esaurimento non legittima di per sé l'atto espulsivo, ma costituisce un effetto organizzativamente rilevante del fatto disciplinare accertato, la cui idoneità a sorreggere il recesso resta ancorata alla tipizzazione collettiva e al giudizio di legalità.

La fiducia, in questa chiave, sul versante datoriale non è ciò che il datore "sente" di

¹⁶ Per una messa a punto della teoria del contratto di lavoro come contratto relazionale, si rinvia a B. Caruso, *Oltre lo scambio e l'organizzazione. Il contratto di lavoro come istituzione relazionale*, di prossima pubblicazione.

aver perduto, ma ciò che l'ordinamento riconosce come irrimediabile frattura del nesso funzionale tra condotta accertata e futura utilizzabilità della prestazione. Essa si misura, dunque, non su un piano psicologico, ma su un piano rigorosamente organizzativo: ciò che rileva è la possibilità, giuridicamente valutabile e oggettivamente apprezzabile, di reinserire quel lavoratore nel ciclo produttivo senza pregiudicare esigenze di affidabilità, sicurezza e corretto esercizio delle mansioni.

In tale quadro, l'inutilizzabilità futura della prestazione segnala la compromissione del circuito relazionale che sostiene l'organizzazione del lavoro, inteso come capitale fiduciario comune investito nel rapporto, senza che ciò legittimi di per sé l'atto espulsivo, la cui idoneità resta ancorata alla qualificazione giuridica del fatto.

La giusta causa o il giustificato motivo soggettivo, se provati, non si configurano come una sanzione per un danno economicamente rilevante. Il danno patrimoniale può mancare del tutto, ed è spesso del tutto marginale. Ciò che viene in rilievo è, piuttosto, la lesione dell'affidabilità funzionale della prestazione, intesa come indice oggettivo della dissipazione del capitale fiduciario comune investito nel rapporto¹⁷.

Questa rilettura oggettiva, ma anche relazionale, della fiducia consente di comprendere perché essa possa essere compromessa non solo da comportamenti direttamente inseriti nell'esecuzione del rapporto, ma anche da condotte extralavorative, quando esse incidano in modo diretto sulla credibilità professionale del lavoratore, sulla sua affidabilità nei confronti dell'utenza o sull'immagine dell'impresa.

In tali ipotesi, non è la "moralità" del comportamento in sé a essere scrutinata, ma pur sempre il suo riflesso funzionale sull'organizzazione del lavoro e sulla futura

¹⁷ Sotto questo profilo, esemplare per la sua severità e per la esaltazione della unilateralità della fiducia, a prescindere da ogni valutazione di impatto organizzativo, Cass. 24 luglio 2017, n. 18184, in RGS, 3/2017, p. 492 che ha ritenuto legittimo il licenziamento di una "hostess di cassa" (una cassiera) di un supermercato, che aveva caricato sulla propria carta personale alcuni punti di prodotti venduti ai clienti. In giurisprudenza si incomincia a chiarire che la giusta causa non si identifica con una nozione soggettiva o psicologica di perdita di fiducia, ma richiede che la condotta, per le sue concrete modalità e per il contesto in cui si inserisce, risulti idonea a compromettere in senso oggettivo la futura utilizzabilità della prestazione e la compatibilità del lavoratore con l'organizzazione dell'impresa, costituendo la rottura fiduciaria l'esito funzionale del fatto e non una sua premessa emotiva: cfr. Cass., 19 luglio 2019, n. 19579; Corte appello Milano, 02/04/2025, n. 302; Cass. 27/03/2025, n. 8074; Cass. 24/03/2025, n. 7788; Cass. 11/03/2025, n. 6418; Cass. 07/03/2025, n. 6140. A tale orientamento se ne è contrapposto un altro, nel quale si è legittimata una visione unilaterale della fiducia, il cui venir messo è rimesso a una mera valutazione assertiva del datore di lavoro: Cass. 16/02/2025, n. 3971; Cass. 24/02/2025, n. 4797; Corte appello Trieste, 18/01/2025, n. 183; Cass. 18/12/2024, n. 33143; Cass. 07/05/2025, n. 11985 (il caso di un licenziamento di un cassiere che aveva dimenticato di registrare i pagamenti di alcuni clienti). Soprattutto nel settore del credito la giurisprudenza trasforma la relazione fiduciaria in un assioma unilaterale che il datore di lavoro può utilizzare come criterio del tutto discrezionale, al limite della arbitrarietà, per decidere, rispetto a medesime fattispecie, quando come e chi licenziare di volta in volta

cooperazione. Il capitale fiduciario, inteso come investimento relazionale reciproco tra le parti, è la risultante delle evidenze organizzative e relazionali che rendono giuridicamente valutabile la compatibilità tra condotta e permanenza del rapporto.

Nel sistema ricostruito dalla giurisprudenza costituzionale e di legittimità, la fiducia svolge quindi un ruolo di chiusura tipologica: una volta accertato il fatto materiale, verificata la sua imputabilità e inquadrata la condotta nella tipizzazione collettiva, la fiducia opera come criterio finale di compatibilità tra fatto e permanenza del vincolo contrattuale. Essa non crea il fatto espulsivo, ma ne è l'effetto organizzativamente rilevante, fungendo da punto di sutura tra tipicità dell'illecito e rottura del vincolo.

È in questo senso che la fiducia, oggi, non è più la "chiave emotiva" del licenziamento disciplinare (*rectius*, la perdita di fiducia intesa come motivo del licenziamento), ma il suo esito strutturalmente oggettivato, oltre la valutazione unilaterale e soggettiva. Il sistema non è più governato da una nozione psicologica di rottura fiduciaria, ma da una nozione giuridica di inutilizzabilità organizzativa della prestazione futura. Con ciò si completa quel processo di civilizzazione del giudizio disciplinare che riconduce anche la massima sanzione espulsiva entro una grammatica rigorosamente funzionale e tipologica¹⁸.

In questa chiave, la rilettura oggettiva della fiducia nel licenziamento disciplinare si presta a essere messa in relazione con una più ampia riflessione sul ruolo della fiducia nel contratto di lavoro, come categoria giuridica e non meramente psicologica o valoriale. La fiducia non può più essere pensata come presupposto psicologico della relazione né come clausola di legittimazione del potere datoriale, ma come criterio strutturale di compatibilità tra organizzazione dell'impresa e configurazione del rapporto di lavoro. È precisamente in questo *humus* fiduciario del contratto di lavoro che si colloca la prospettiva dalla quale verrà riletta la giurisprudenza sul licenziamento disciplinare.

Resta tuttavia aperta una tensione significativa tra questo ancoraggio causale della fiducia e il persistente ricorso, nella prassi giurisprudenziale, a una nozione psicologica e unilateralmente declinata di rottura fiduciaria, spesso evocata come clausola di stile a fondamento del recesso. Ciò in quanto la perdita di fiducia nel diritto vivente non dovrebbe più operare come presupposto psicologico del licenziamento disciplinare, ma come esito giuridicamente tipizzato dell'accertamento del fatto.

È su questo scarto, e sulle sue implicazioni dogmatiche, che si concentrerà l'analisi

¹⁸ Per i richiami giurisprudenziali v. *infra* parte II.

della giurisprudenza nella II parte del saggio.

Parte II – La fiducia tra abuso del diritto e abuso del potere nella giurisprudenza sul licenziamento disciplinare

§ 6. Fondazione fattuale del licenziamento disciplinare. Il fatto come struttura causale e limite al potere

Nel nuovo paradigma del licenziamento disciplinare, la giusta causa non può più essere intesa come una formula elastica, plasmabile dalla sensibilità del giudice o rimessa alla valutazione discrezionale del datore di lavoro. Essa si configura, oggi, in modo sempre più netto, come un inadempimento qualificato, strutturalmente ancorato a un fatto giuridicamente rilevante, tipizzato e imputabile.

La giusta causa – o il giustificato motivo soggettivo - in altri termini, non è un giudizio morale sulla condotta del lavoratore, ma un contenitore, in guisa di clausola generale, che deve essere riempito di contenuti e significati giuridicamente determinati.

a) Essa esige, anzitutto, l'*accertamento positivo del fatto materiale*: non vi è spazio per presunzioni, per ricostruzioni intuitive o per inferenze fondate su mere probabilità. Il fatto deve emergere dall'istruttoria in modo rigoroso, verificato e storicamente attendibile: la verità processuale deve tendere quanto più possibile alla verità materiale¹⁹, onde la necessaria adeguatezza dell'istruzione, che ripropone la centralità di uno strumento quale l'art. 421 cpc.

b) A questo primo requisito si accompagna quello dell'*imputabilità soggettiva*. Il fatto, per quanto materialmente accaduto, non è disciplinarmente rilevante se manca la colpa o il dolo del lavoratore²⁰. La giurisprudenza più recente ha chiarito con particolare nettezza che senza imputabilità non vi è illecito disciplinare in senso proprio, poiché viene meno il nesso tra la condotta e la responsabilità del soggetto agente. Il sistema torna così ad assumere, in modo coerente, la struttura classica dell'illecito, nella quale l'elemento soggettivo è parte integrante della fattispecie.

c) Il fatto deve inoltre superare una *soglia minima di rilevanza disciplinare*. Se il fatto, pur materialmente avvenuto, si colloca al di sotto della soglia minima di rilevanza disciplinare, esso è giuridicamente insussistente: il licenziamento viene annullato; se

¹⁹ M. Taruffo, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, cit.

²⁰ Già a suo tempo Cass. 13 febbraio 1997 in RIDL, 1997, 539 con nota di Ichino, *Una sentenza inaccettabile della Cass.: l'alcoolista ha sempre ragione*, che escludeva il licenziamento del lavoratore incapace per ubriachezza di inviare i certificati medici giustificativi della sua assenza.

supera tale soglia, ma non accede a una valutazione di gravità o di notevolzza dell'inadempimento, il licenziamento è invalido perché sproporzionato, pur restando efficace con tutela indennitaria; solo quando il fatto raggiunge la soglia di gravità e notevolzza dell'inadempimento il recesso risulta giustificato²¹.

Nel nuovo assetto sistemico definito dalla giurisprudenza costituzionale, un ruolo decisivo è assunto poi dalla tipizzazione collettiva. Dopo la sentenza n. 129 del 2024, la proporzionalità tra fatto e sanzione non è più il prodotto di un giudizio creativo del giudice, ma il risultato della qualificazione preventiva operata dal contratto collettivo. Se una determinata condotta è tipizzata come conservativa, essa non può essere trasformata in espulsiva senza violare il principio di legalità (sociale) del recesso²².

Infine, la giusta causa richiede che il fatto, così accertato, imputabile e tipizzato, sia idoneo a compromettere in senso oggettivo la fiducia organizzativa, intesa non come dato psicologico o relazionale, ma come criterio di compatibilità funzionale della prestazione futura con le esigenze dell'organizzazione.

Non è la fiducia in senso soggettivo, né la relazione personale tra le parti, a fondare il recesso, ma la verificata inutilizzabilità organizzativa della prestazione alla luce della condotta giuridicamente qualificata. La rottura del vincolo fiduciario non opera, dunque, come presupposto del licenziamento disciplinare, ma come suo esito funzionale

²¹In giurisprudenza è ormai consolidata una nozione "ampia" di insussistenza del fatto contestato, idonea a ricomprendere non solo l'ipotesi in cui il fatto non si sia verificato nella sua materialità, ma anche quella in cui, pur accaduto, esso risulti privo di illiceità o di rilevanza disciplinare, per difetto del profilo oggettivo di offensività ovvero del profilo soggettivo di imputabilità, con conseguente equiparazione, sul piano degli effetti, tra fatto materialmente inesistente e fatto sostanzialmente inidoneo a fondare la sanzione espulsiva. In questo senso, v. Trib. Pesaro, sez. lav., 15 dicembre 2021, n. 268; Trib. Cassino, sez. lav., 15 luglio 2021, n. 676. Si veda altresì Cass., sez. lav., 7 febbraio 2019, n. 3655, che, ai fini dell'applicazione della tutela reintegratoria, ricomprende nell'"insussistenza del fatto contestato" anche l'ipotesi del fatto sussistente ma privo del carattere di illiceità, come nel caso di attività svolta durante la malattia priva, per le sue concrete modalità, di incidenza sull'obbligo di correttezza e buona fede e sull'idoneità alla guarigione. In senso conforme, Cass., sez. lav., 30 gennaio 2025, n. 2153, che fa rientrare nell'irrilevanza disciplinare anche il comportamento addebitato ma giustificato come reazione all'accertata illegittimità dell'ordine datoriale; pure Cass., sez. lav., 19 luglio 2019, n. 19579, Cass., sez. lav., 16 ottobre 2025, n. 27626 (mass.) e Cass., sez. lav., 19 novembre 2021, n. 35581, ord. (il caso di un dipendente del supermercato colto a prelevare e consumare sul posto alcuni prodotti), secondo cui la nozione di "insussistenza del fatto contestato" comprende anche l'ipotesi del fatto materialmente accaduto ma privo di illiceità e dunque disciplinarmente irrilevante.

²²In coerenza con il nuovo assetto delineato dalla sentenza n. 129 del 2024 della Corte costituzionale, la giurisprudenza di legittimità ha ribadito, anche in regime di JA, che la proporzionalità tra fatto e sanzione non è più affidata a un giudizio creativo del giudice, ma deve essere ricostruita a partire dalla qualificazione preventiva operata dalla contrattazione collettiva. Deve escludersi pertanto la legittimità del licenziamento ove la condotta sia tipizzata come conservativa, non potendo il giudice trasformare una sanzione non espulsiva in sanzione espulsiva senza violare la legalità del recesso. In questo senso, Cass., sez. lav., 13 gennaio 2026, n. 740, cit. che ha ritenuto illegittimo il licenziamento per giusta causa fondato su una condotta riconducibile, secondo la tipizzazione collettiva applicabile, a una sanzione conservativa. In senso conforme, Cass., sez. lav., 9 settembre 2025, n. 24919.

e tipologico: essa non crea la giusta causa, ma ne costituisce la conseguenza sistematicamente rilevante²³.

In questo assetto, anche il danno patrimoniale viene definitivamente marginalizzato come parametro della giusta causa. Ciò che rileva non è l'entità economica dell'eventuale pregiudizio arrecato all'impresa, ma il valore sintomatico e prognostico della condotta rispetto all'affidabilità del lavoratore. Il licenziamento disciplinare si conferma così misura di natura eminentemente funzionale e non come reazione al danno subito dall'azienda²⁴.

Dall'analisi della giurisprudenza, la giusta causa risulta, quindi, pienamente ricondotta entro la logica del diritto del fatto: essa non nasce da un giudizio complessivo sulla persona del lavoratore, ma dalla verifica rigorosa di una fattispecie tipica, composta da elementi oggettivi e soggettivi, il cui esito è una previsione oggettiva di incompatibilità strutturale tra fatto accertato e prosecuzione del rapporto: la cooperazione futura risulta impossibile perché il capitale fiduciario si è dissipato.

Ne deriva che, in questo assetto, la rottura fiduciaria non opera come presupposto psicologico del recesso (motivo), ma come esito funzionale di una condotta giuridicamente qualificata, secondo una grammatica causale, tipologica e organizzativa. È su questo paradigma – ormai chiaramente delineato a livello di principi – che si misura oggi la coerenza del diritto vivente giurisprudenziale sulla casistica concreta, e su cui si innestano le tensioni applicative che la prassi evidenzia.

§ 7. Procedimento disciplinare e razionalizzazione del potere. La contestazione come tecnica di contenimento dell'arbitrio datoriale

Nel nuovo assetto del licenziamento disciplinare, il procedimento non è più un semplice involucro formale che precede l'atto espulsivo, ma diventa uno spazio regolato e governato da precisi principi giuridici di emersione e configurazione del fatto che sarà poi scrutinato nel processo. È nel procedimento disciplinare, prima ancora che nel processo, che il fatto prende forma giuridica, si definisce nella sua materialità,

²³ In giurisprudenza si è chiarito che la giusta causa non coincide con una nozione psicologica di "perdita di fiducia", ma postula la verifica, in concreto, dell'idoneità della condotta a porre in dubbio la futura correttezza dell'adempimento e a rendere non esigibile la prosecuzione del rapporto, in relazione anche al contesto, alle mansioni e al grado di affidamento richiesto. In questo senso, v. Cass., sez. lav., 7 marzo 2025, n. 6140; Cass., sez. lav., 25 febbraio 2025, n. 4945. Non manca tuttavia, nella prassi giurisprudenziale, un diverso orientamento che continua a evocare la 'perdita di fiducia' in termini sostanzialmente soggettivi e assertivi, rimettendone la valutazione alla percezione unilaterale del datore di lavoro; tendenza che si manifesta con particolare evidenza, in generale, nel settore del credito: cfr. Cass., sez. lav., 7 maggio 2025, n. 11985. Nel merito già Corte d'appello Aquila, 14 dicembre 2006, NGL, 2007, 37.

²⁴ Corte appello sez. lav. - Bari, 06/05/2025, n. 322 Cass. civ.sez. lav. - 25/02/2025, n. 4945.

viene selezionato nei suoi elementi rilevanti e, soprattutto, viene cristallizzato ai fini del giudizio successivo. In un sistema fondato sul *diritto del fatto*, la fase procedimentale non può che assumere una funzione centrale.

Il procedimento disciplinare è, infatti, il primo luogo nel quale il fatto esce dalla dimensione puramente interna alla sfera organizzativa datoriale e diventa oggetto di un confronto giuridicamente regolato. La contestazione non è una comunicazione di servizio, ma l'atto che trasforma un evento in una fattispecie potenzialmente rilevante sul piano dell'illecito disciplinare. È nella contestazione che il fatto viene selezionato, circoscritto nei suoi elementi essenziali e imputato. Nel corso del contraddittorio esso viene ulteriormente precisato o attenuato grazie all'esercizio del diritto di difesa ed esposto alla valutazione finale del decisore interno - l'ufficio risorse umane o l'UPD nelle pubbliche amministrazioni²⁵ - confluendo nel provvedimento sanzionatorio o di archiviazione.

In questa prospettiva, l'immediatezza della contestazione – intesa in senso relativo secondo il diritto vivente - e la tempestività della irrogazione della sanzione²⁶ assumono un significato che va ben oltre l'ossequio a una regola procedurale. Tale dinamica temporale è il riflesso di un principio di lealtà e di correttezza che incide direttamente sulla struttura del fatto disciplinare. Il tempo che intercorre tra la conoscenza effettiva del fatto da parte dell'organo titolare del potere disciplinare e la sua contestazione, e poi della effettiva irrogazione della sanzione dopo la fase del contraddittorio, deve essere coerente con l'esigenza di non alterare la percezione del disvalore della condotta. Se il datore tollera il fatto per un periodo eccessivo, senza una giustificazione connessa a esigenze istruttorie, esso perde, per così dire, la sua attualità giuridica, e, al contempo, la sua idoneità a fondare un recesso per giusta causa²⁷. Solo

²⁵ Addirittura in un organo ulteriore paritetico di natura ambigua, una sorta di collegio probivirale fuori epoca, qual si presenta il consiglio di disciplina nelle aziende di trasporto pubblico il cui procedimento è regolato dal R.D. n. 148/1931.

²⁶ Si rinvia a B. Caruso, *Il licenziamento disciplinare: la prospettiva rimediale tra bilanciamento della Corte costituzionale e diritto vivente giurisprudenziale*, DRI, 2018, 2, p. 483.

²⁷ La giurisprudenza è abbastanza coerente e uniforme in tal senso, assumendo che il principio dell'immediatezza nella contestazione disciplinare si fonda sull'osservanza della buona fede e della correttezza nell'esecuzione del contratto di lavoro. Tale principio esige che il datore di lavoro non posticipi ingiustificatamente la contestazione dell'addebito al fine di non rendere difficile la difesa del lavoratore e di non creare una situazione di incertezza duratura sul destino del rapporto di lavoro. La nozione di relatività implica che la immediatezza deve essere valutata alla stregua delle circostanze concrete, della complessità organizzativa del datore di lavoro e della necessità di un'indagine adeguata. Cass. 24/09/2025, n. 26003; Cass. 04/11/2025, n. 29139; Cass. 04/09/2025, n. 24564; Cass. 01/06/2025, n.

nelle strutture organizzative complesse il decorso del tempo può trovare giustificazione nella necessità di un'istruttoria articolata. Con riguardo al profilo della tempestività della irrogazione, nel settore pubblico è la legge che fissa il termine massimo di irrogazione della sanzione a pena di invalidità della stessa²⁸, nel settore privato di frequente se ne fa carico la contrattazione collettiva²⁹.

Ma è soprattutto sul terreno dell'immutabilità della contestazione che il procedimento disciplinare rivela la sua funzione di presidio del diritto del fatto. La contestazione delimita il perimetro entro il quale il giudizio potrà muoversi. Essa individua il fatto, ne descrive le circostanze essenziali, ne fissa il contenuto storico. Ogni successiva modifica sostanziale di tale perimetro non è una mera integrazione, ma una alterazione dell'oggetto del giudizio, idonea a pregiudicare in radice il diritto di difesa del lavoratore e a sancire lo sconfinamento dei poteri del giudice in ambito riservato alla scelta del datore di lavoro³⁰.

Nel nuovo paradigma, il fatto contestato non è una realtà fluida, riformulabile lungo il percorso del procedimento e del processo. Esso deve essere stabile, riconoscibile, controllabile: sono tutti caratteri necessari dell'atto di contestazione. La sua immutabilità non è, dunque, un formalismo, ma una condizione di esistenza giuridica del fatto stesso. Un fatto che muta nel corso del procedimento è, in realtà, un fatto che non è mai stato giuridicamente costruito in modo corretto.

Ne consegue che il procedimento disciplinare diventa il primo banco di prova della tenuta probatoria del fatto. La successiva istruttoria processuale non può che muovere da quanto è stato correttamente contestato. Laddove la contestazione sia generica, ambigua o incoerente, il fatto disciplinare entra nel processo già vulnerato nella

14762 che, pur se inteso in senso relativo, considera la immediatezza elemento costitutivo del diritto di recesso e non mero vizio procedurale. Precedentemente la giurisprudenza delle SSUU tendeva a considerare la violazione del principio di contestazione non come ipotesi di insussistenza del fatto ma come autonoma ipotesi di illegittimità del licenziamento sanzionabile con il risarcimento: Cass. sez. un. 27/12/2017, n. 30985, *supra* nt. 26.

²⁸ Art. 55 bis, comma 4, D.Lgs. n. 165 del 2001; in giurisprudenza si discute della decorrenza del termine a quo, si v. Cass. ord. n. 33383/2023, secondo cui il termine decorre dalla data di prima acquisizione della notizia dell'infrazione, che coincide con quella in cui la notizia è pervenuta all'ufficio per i procedimenti disciplinari o, se anteriore, con la data in cui la notizia medesima è pervenuta al responsabile della struttura in cui il dipendente lavora.

²⁹ Nel settore privato, tra i più rigorosi in questo senso, il CCNL metalmeccanici, che prevede che il procedimento disciplinare deve concludersi con l'irrogazione della sanzione entro 6 giorni lavorativi successivi allo scadere dei 5 giorni concessi al lavoratore per presentare le giustificazioni. Termini diversi in altri CCNL, per esempio 30 giorni nelle aziende esercenti l'industria della carta e cartone. Sulla oscillante giurisprudenza in materia si v. C. Musella, *Licenziamento disciplinare e termine previsto dal CCNL per la sua intimazione. Termine perentorio o canzonatorio? La Cass. oscilla*, *Labor*, dicembre 2025.

³⁰ Cass. 04/11/2024, n. 28248; Cass. 29/07/2024, n. 21175; Cass. ord. 05/01/2026, n. 238; Cass. 02/11/2021, n. 31130; nel merito Trib. Sulmona, 31/07/2023, n. 94; Trib. Caltagirone 18/09/2025.

sua struttura, esposto al rischio di una qualificazione in termini di insussistenza giuridica³¹.

È in questo senso che può dirsi che, oggi, il procedimento disciplinare non è più soltanto un passaggio obbligato verso il licenziamento, ma una vera e propria fase costitutiva del fatto disciplinare. La qualità del procedimento incide direttamente sulla natura e sulla qualità del fatto che potrà essere portato davanti al giudice. In un sistema fondato sul *diritto del fatto*, questa correlazione tra forma procedimentale e sostanza causale è un dato fondamentale: i contorni del fatto devono essere delineati con chiarezza e precisione nella fase prodromica della contestazione degli addebiti; successivamente né il datore ma neppure il giudice possono mutarli (nel corso dell'istruzione o nella motivazione della sentenza)³².

L'esperienza del contenzioso disciplinare mostra con chiarezza come una quantità rilevante di licenziamenti, pur fondati su vicende sostanzialmente gravi, venga travolta non per l'assenza di una antigiridicità comportamentale, ma per la fragilità giuridica del fatto così come costruito in sede procedimentale. Tempestività e immutabilità operano, così, come veri e propri strumenti di selezione dei fatti giuridicamente utilizzabili nelle vicende espulsive.

In questo contesto, il procedimento disciplinare si presenta come il luogo nel quale si manifesta con la massima evidenza la natura del licenziamento disciplinare come *diritto del fatto*. L'atto espulsivo non nasce da un giudizio sommario sull'affidabilità del lavoratore, ma da una costruzione progressiva e regolata della fattispecie, nella quale ogni passaggio procedurale incide sulla stessa esistenza giuridica del fatto.

Il dato che emerge è che anche qui si ricompono, in modo esemplare, la tensione tra garanzie di tutela del lavoratore ed esigenze dell'organizzazione produttiva. La rigidità procedimentale non è un ostacolo alla tutela degli interessi dell'impresa, ma una condizione di razionalità di uso del potere disciplinare (che ne impedisce l'abuso: v. *infra* par. 12). Solo un fatto correttamente emerso, immediatamente contestato, immutabilmente delimitato e tempestivamente sanzionato può aspirare a sostenere una decisione espulsiva conforme ai principi del diritto vivente.

³¹ Cass. ord. 5/01/2026, n. 238.

³² Al più si possono dedurre circostanze confermatrici o ulteriori prove controdeducibili dal lavoratore e fatte salve le preclusioni processuali: Cass. civ. sez. lav. - 10/02/2022, n. 4412.

§ 8. Il diritto di critica nell'ecosistema digitale. La fiducia come esito organizzativo del fatto comunicativo

Se nel licenziamento disciplinare il diritto vivente ha ricondotto la giusta causa entro una morfologia rigorosamente fattuale, e se il procedimento disciplinare costituisce lo spazio regolato nel quale il fatto contestato viene giuridicamente costruito e delimitato, vi sono tuttavia ambiti nei quali la struttura del fatto, per le sue modalità di realizzazione, impone già una valutazione in termini di compatibilità organizzativa e fiduciaria. È in questa zona di transizione, nella quale il fatto comunicativo produce immediatamente effetti sull'assetto relazionale dell'organizzazione, che si colloca, in modo paradigmatico, il tema del diritto di critica nell'ecosistema digitale.

Il diritto di critica costituisce da sempre uno dei terreni più delicati del licenziamento disciplinare, perché si colloca al punto di intersezione tra libertà costituzionali del lavoratore e tutela dell'organizzazione imprenditoriale³³. Nel nuovo paradigma del *diritto del fatto*, tuttavia, questo ambito subisce una trasformazione particolarmente incisiva a causa di un elemento che modifica strutturalmente la fisionomia della fattispecie: l'ambiente digitale.

Nell'ecosistema dei social media, infatti, non muta soltanto il *contenuto* della condotta, ma cambia la struttura stessa del fatto disciplinare, perché la capacità diffusiva del mezzo diventa parte integrante dell'offensività giuridica della condotta. Ciò che nel contesto analogico avrebbe potuto rimanere confinato in una dimensione interpersonale ristretta, nel contesto digitale assume una proiezione pubblica potenzialmente illimitata. Il fatto disciplinare, allora, non è più soltanto "ciò che si dice", ma anche dove, come e con quale potenza espansiva lo si dice³⁴.

Il diritto di critica del lavoratore resta, naturalmente, una libertà costituzionalmente

³³ Di recente la CEDU Sezione Seconda; sentenza 20 febbraio 2024, Appl. no. 48340/20, Pres. Arnfinn Bårdsen; Dede v. Turchia, ha riconosciuto la violazione del diritto al rispetto della libertà di espressione ai sensi dell'articolo 10 della Convenzione EDU, in caso di licenziamento di un dipendente che aveva inviato all'ufficio risorse umane un messaggio di posta elettronica contenente critiche alle modalità di gestione di un manager di alto livello dell'azienda: la pronuncia in *Diritto di internet*, n. 2/2024, p. 249.

³⁴ Per esempio, il Trib. di Roma - sentenza 30 giugno 2023, n. 6854 - ritiene giustificato il licenziamento, per rottura del vincolo fiduciario, a seguito della diffusione tramite social network di un videomessaggio dai contenuti denigratori ed offensivi nei confronti dell'azienda, atto a indurre nella platea degli utenti un'associazione diretta tra lo stato d'animo di stress/insoddisfazione della lavoratrice, l'attività lavorativa e l'ambiente in cui essa si esplicava, non essendo necessario (ai fini della legittimità dello stesso recesso) che l'elemento soggettivo della condotta si presentasse come intenzionale o doloso nelle sue possibili e diverse articolazioni, posto che anche un comportamento di natura colposa, per le caratteristiche sue proprie e nel convergere degli altri indici della fattispecie, può risultare idoneo a determinare una lesione del vincolo fiduciario così grave e irrimediabile da non consentire l'ulteriore prosecuzione del rapporto, *Diritto di internet* n. 4/2023, 725.

protetta. Tuttavia, già nel diritto vivente anteriore all'esplosione dei social, la giurisprudenza ne aveva individuato tre limiti strutturali, che oggi si ripropongono con rinnovata intensità: verità oggettiva o almeno verosimiglianza soggettiva dei fatti posti a fondamento della critica (*continenza sostanziale*), intesa come esistenza di una base fattuale attendibile; forma civile dell'espressione (*continenza formale*), che esclude l'uso di toni ingiuriosi, denigratori o gratuiti; pertinenza della critica rispetto a fatti attinenti al rapporto di lavoro o all'organizzazione aziendale³⁵.

Questi tre limiti, che in passato operavano su un piano prevalentemente qualitativo, nell'ambiente digitale assumono una diversa forza conformativa perché si innestano su un fatto profondamente mutato nella sua struttura comunicativa. È sul terreno dei social media che il *diritto del fatto* mostra, infatti, tutta la sua capacità ordinante dell'istituto licenziamento disciplinare.

La giurisprudenza distingue ormai con chiarezza tra comunicazione pubblica (post su profili aperti, piattaforme a vocazione diffusiva generalizzata), nella quale la potenza espansiva della condotta è, per definizione, elevata e difficilmente controllabile; e comunicazione privata (chat individuali, gruppi chiusi), nella quale il fatto mantiene una dimensione tendenzialmente ristretta e la sua idoneità lesiva risulta significativamente attenuata³⁶.

Nel primo caso, la lesione dell'immagine aziendale e della fiducia organizzativa può realizzarsi anche indipendentemente dall'intenzione del lavoratore. L'elemento soggettivo, pur restando necessario in termini di imputabilità, viene in concreto ridimensionato dall'oggettiva e autonoma capacità diffusiva del mezzo che diventa protagonista dell'illecito. Nel secondo caso, invece, la condotta resta, di regola, confinata in una sfera privatistica che difficilmente consente di integrare una rilevanza disciplinare piena.

Il passaggio decisivo, sotto il profilo sistemico, è che il mezzo di diffusione entra a far parte della tipicità del fatto disciplinare (laddove, in passato, veniva sporadicamente

³⁵ Di recente Cass. 12 febbraio 2025, n. 3627, in GI, 2025, giugno, 1339.

³⁶ Secondo Corte di Cassazione 8 novembre 2024, n. 28828, un *post* non è sufficiente a giustificare il licenziamento; secondo Trib. Milano, 18/07/2025, n. 3405, invece, mentre non sono sufficienti a giustificare i licenziamenti i messaggi offensivi in una chat di whatsapp privata, e quindi non divulgati all'esterno, è disciplinarmente rilevante e legittimamente contestabile la pubblicazione di post Facebook di contenuto gravemente offensivo e denigratorio, accessibili a una platea indifferenziata e riferibili pubblicamente al rapporto di lavoro; analogamente Cass. 06/03/2025, n. 5936 ritiene che i messaggi scambiati da un dipendente con i colleghi di lavoro in una chat privata di WhatsApp, anche se contenenti espressioni offensive e denigratorie nei confronti del superiore gerarchico, non costituiscono giusta causa di licenziamento in quanto vanno considerati come corrispondenza privata e sono costituzionalmente protetti dall'articolo 15 della Costituzione.

considerato solo quale elemento ad esso esterno, seppure in grado di tarare la valutazione sulla gravità dell'offesa e/o sulla legittimità del provvedimento sanzionatorio). L'offensività non è più calcolabile solo in base al contenuto del messaggio, ma in base alla sua attitudine a incidere sull'organizzazione, sull'utenza, sulla reputazione dell'impresa. Il giudizio non è più soltanto semantico, ma strutturalmente comunicativo.

È qui che il diritto di critica, nella dimensione digitale, si inserisce pienamente nel paradigma del *diritto del fatto*. Il giudice non è chiamato a valutare l'“opportunità” della critica, ma a scomporre analiticamente la fattispecie: il contenuto della comunicazione; il contesto di diffusione; il pubblico potenziale; il nesso tra comunicazione e posizione professionale del lavoratore; l'impatto sull'organizzazione aziendale. Solo all'esito di questa verifica può operare il giudizio sulla fiducia oggettiva e sulla compatibilità funzionale tra condotta e prosecuzione del rapporto: l'impossibilità, cioè, a continuare la cooperazione relazionale.

In questo scenario, il digitale agisce come moltiplicatore di rilevanza disciplinare, non perché trasformi automaticamente ogni critica in illecito, ma perché amplifica la capacità lesiva del fatto. L'eccesso verbale che in passato rimaneva confinato nello spazio fisico dell'impresa, oggi diventa un contenuto potenzialmente permanente, replicabile, decontestualizzabile, immediatamente proiettato nello spazio pubblico. Il mutamento tecnologico incide così direttamente sulla struttura giuridica dell'offesa.

Ne discende un assetto nel quale il diritto di critica non è né automaticamente neutralizzato, né automaticamente idoneo a fondare un effetto espulsivo, ma è sottoposto a un giudizio tipologico rigoroso, nel quale mezzo di diffusione, contenuto e impatto organizzativo concorrono a definire l'esistenza stessa del fatto disciplinarmente rilevante. Il diritto del fatto, anche in questo ambito, svolge così una funzione di presidio contro due derive opposte: da un lato, la trasformazione della critica in un'area di irresponsabilità; dall'altro, la sua riduzione a fattispecie automaticamente espulsiva. È nella struttura concreta del fatto comunicativo che si colloca l'equilibrio tra libertà del lavoratore e tutela dell'organizzazione.

Si consolida così uno snodo teorico fondamentale: in questo ambito, come in altri che si analizzeranno, la fiducia - espressamente evocata in alcune pronunce in materia - non opera come presupposto psicologico del recesso, ma come esito organizzativo di un fatto comunicativo strutturalmente lesivo, idoneo a incidere sulla compatibilità funzionale tra ruolo professionale, esposizione pubblica del lavoratore e

cooperazione leale richiesta dal contratto di lavoro, anticipando così forme più intense di valutazione fiduciaria che verranno in rilievo nelle fattispecie successive³⁷.

§ 9. Lo scarso rendimento. La fiducia organizzativa come relazione bilaterale collaborativa

Se nel diritto di critica attraverso strumenti digitali la rilevanza disciplinare deriva principalmente dallo strumento comunicativo che canalizza il fatto, dalla sua potenza diffusiva e dall'impatto pubblico, nello scarso rendimento è invece la dinamica collaborativa della prestazione, e la sua scarsa qualità secondo criteri organizzativi e valutativi aziendali, a porre in primo piano il rapporto tra fatto accertato, affidabilità professionale e compatibilità organizzativa del lavoratore. In questo caso la valutazione in chiave di correttezza fiduciaria della collaborazione del lavoratore (in termini produttivistici ma anche relazionali), si intravede con maggiore nettezza.

Tra le figure più problematiche del licenziamento disciplinare contemporaneo, lo scarso rendimento occupa una posizione del tutto peculiare. Esso si colloca, infatti, in una zona di confine tra inadempimento disciplinare e disfunzioni organizzative imputabili al fattore umano (con ricadute "oggettive" sul regolare funzionamento dell'attività produttiva), tra responsabilità individuale del lavoratore ed eventuali criticità indotte nell'organizzazione produttiva. Proprio per questa sua natura ambigua, lo scarso rendimento è divenuto uno dei banchi di prova più delicati del nuovo paradigma del *diritto del fatto disciplinare*.

A differenza delle ipotesi classiche di infrazione disciplinare, qui manca sovente un comportamento puntuale e istantaneo, immediatamente percepibile come illecito. Il rendimento insufficiente è, per sua natura, un fatto complesso, seriale e comparativo, che si costruisce nel tempo e che presuppone un confronto tra la prestazione del singolo lavoratore e uno standard oggettivo di riferimento di tipo mediano. È per questa ragione che la giurisprudenza ha da sempre adottato un approccio particolarmente rigoroso sul piano probatorio, proprio per evitare che lo scarso rendimento diventi una clausola di espulsione elastica, capace di assorbire situazioni in realtà ascrivibili a scelte organizzative dell'impresa o addirittura ad altre ragioni³⁸.

Nel quadro del diritto vivente attuale, lo scarso rendimento non si presume. Esso deve essere puntualmente dimostrato dal datore di lavoro, secondo una sequenza probatoria che, nel tempo, si è progressivamente sistematizzata. La Corte di Cassazione ha

³⁷ Si v. Trib. Roma cit. nt. 29.

³⁸ Cass. 10/11/2017, n. 26676.

chiarito che il rendimento insufficiente può fondare un licenziamento disciplinare solo quando siano congiuntamente provate quattro circostanze: a) l'esistenza di uno standard oggettivo di prestazione, previamente individuato e conoscibile; b) una comparazione omogenea con lavoratori adibiti a mansioni equivalenti; c) una sproporzione significativa e continuativa (in un periodo di tempo saliente in ragione dell'organizzazione) tra la prestazione resa e lo standard atteso; d) la colpa del lavoratore, intesa come negligenza, disattenzione o scarso impegno, e non come semplice inidoneità oggettiva³⁹.

E tuttavia di recente si evidenzia una maggiore disponibilità a considerare lo scarso rendimento, qualora dimostrato nella cornice fattuale prima indicata, un atteggiamento configurante opportunismo comportamentale del lavoratore che integra un notevole inadempimento, al punto da rientrare nel c.d. minimo etico con conseguente non doverosità di previsione nel codice disciplinare⁴⁰.

È soprattutto questo ultimo profilo – l'imputabilità soggettiva – a ricondurre lo scarso rendimento dentro il paradigma del diritto del fatto⁴¹. Il rendimento può essere materialmente insufficiente, ma se tale insufficienza deriva da fattori organizzativi, tecnici, sanitari o comunque non imputabili al lavoratore, viene meno il presupposto stesso dell'illecito disciplinare. In tal caso, il deficit esiste sul piano fattuale, ma non esiste sul piano giuridico come fatto disciplinarmente rilevante.

Il rigore probatorio si manifesta anche attraverso due importanti limiti, destinati a svolgere una funzione di garanzia. In primo luogo, opera con particolare nettezza il principio del *ne bis in idem* disciplinare: non è consentito al datore di lavoro costruire uno "scarso rendimento artificiale" mediante la sommatoria di micro-infrazioni già singolarmente sanzionate⁴². In secondo luogo, l'assenteismo tattico, per malattie

³⁹ Cass. 06/04/2023, n. 9453, ove chiaramente riconosciuta la legittimità del criterio della comparazione di rendimento medio con altri colleghi; Cass. 27/04/2023, n. 11174; Cass. 21/06/2021, n. 17602, che ha ritenuto legittimo il licenziamento per scarso rendimento del collaboratore scolastico che si rifiuta di svolgere le pulizie; nel merito Corte appello Milano, 26/05/2023, n. 577; Trib. sez. lav. - Pisa, 05/06/2017.

⁴⁰ Cass. 14/07/2023, n. 20284.

⁴¹ Al punto che la Cass. 05/12/2018 n. 31487, ha stabilito che - qualora si ritenga sussistente lo scarso rendimento come mero fatto, ma non al punto da integrare la notevole violazione degli obblighi di diligenza - debba applicarsi l'art. 18 comma 5 (l'indennità ma non la reintegra attenuata): il fatto disciplinare scarso rendimento è comunque ritenuto sussistente anche se tale da non assurgere a giustificato motivo soggettivo di licenziamento.

⁴² Il Trib. di Bologna sent. 30/01/2018, n. 709 aveva considerato suscettibile di licenziamento per scarso rendimento quello conseguente a 110 sanzioni disciplinari a cui si aggiungevano numerosi micro comportamenti devianti.

presuntivamente fittizie, non può essere utilizzato quale prova surrettizia dello scarso rendimento, trattandosi di categorie concettualmente distinte, soggette a regimi giuridici e probatori differenti⁴³.

Da ciò discende una conseguenza di grande rilievo sistemico: lo scarso rendimento, per poter assumere valenza espulsiva, deve presentarsi come fatto unitario, continuativo, oggettivamente misurabile e soggettivamente imputabile. In mancanza di tali requisiti, l'atto di recesso non è semplicemente sproporzionato, ma privo del requisito espulsivo in senso proprio onde degrada a mero fatto sussistente, ossia a inadempimento semplice ma non notevole che rende il licenziamento invalido (perché sproporzionato) ma efficace; sanzionabile, quindi, con tutela indennitaria⁴⁴.

In questo assetto, lo scarso rendimento rappresenta una delle figure nelle quali più chiaramente si coglie la differenza tra un diritto del lavoro ancorato a valutazioni elastiche e un diritto del lavoro ricondotto entro la dinamica (e la teoria) del fatto. Qui il giudice non è chiamato a valutare se il lavoratore "si è impegnato abbastanza" in termini generici o se è un "fannullone", ma a verificare la tenuta probatoria di una costruzione fattuale complessa, nella quale l'organizzazione del lavoro, la misurazione della performance e la responsabilità individuale devono essere rigorosamente tenute distinte.

Ne discende, anche sul piano operativo, una conseguenza rilevante: l'unico modo seriamente conforme ai principi del diritto vivente per rendere giuridicamente sostenibile un licenziamento per scarso rendimento è la predeterminazione ex ante di criteri oggettivi di misurazione della prestazione, resi conoscibili al lavoratore e inseriti in un sistema trasparente di valutazione⁴⁵. Laddove tali criteri siano il frutto di una regolazione collettiva, la loro forza probatoria risulta ulteriormente rafforzata. Al contrario, la costruzione ex post dello standard di rendimento si espone inevitabilmente a una radicale crisi di legittimità; al di fuori di questa ipotesi, il fatto scarso rendimento, pur

Orientamento non seguito da Trib. Roma, 04/01/2023, n. 18 e ribaltato da Cass. 19/01/2023, n. 1584 nel senso di cui al testo. Controtendenza invece la recentissima Cass. 20/1/2026, n. 1161 in NTlavoro con nota di M. Magistro, *Legittimo il licenziamento per scarso rendimento cagionato da assenza per malattie simulate*, in questo caso la connessione tra assenteismo tattico (microassenteismo) e scarso rendimento viene individuata dalla Corte d'appello di Bari e dalla S.C. in un dato normativo, vetusto ma certamente in vigore, l'art. 27 lett. d, all.to A, del R.D. n. 148/1931 che espressamente consente l'esonero dell'agente (il licenziamento) per "scarso rendimento o per palese insufficienza imputabile a colpa dell'agente nell'adempimento delle funzioni del proprio grado...".

⁴³ Cass. 07/12/2018, n. 31763; Cass. 27/04/2023, n. 11174; Corte appello Palermo, 01/03/2021, n. 233.

⁴⁴ Cass. 05/12/2018, n. 31487 prima cit.

⁴⁵ Si v. E. Barraco, E. Ragagnin, *Dal piano di miglioramento delle prestazioni alla procedura di licenziamento per scarso rendimento*, D&PL, 13/2025, p. 733, che propongono lo strumento del *Performance Improvement Plan* come programma strutturato di recupero offerto al dipendente prima del licenziamento.

producendo un licenziamento dichiarato invalido, se provato come tale, può, comunque, rimanere efficace (ma risarcibile).

Lo scarso rendimento si configura, così, come una fattispecie-limite del diritto del fatto alla base del licenziamento legittimo: una figura nella quale più che altrove emerge la tensione tra dimensione organizzativa dell'impresa e responsabilità individuale del lavoratore, e nella quale il rigore della prova diventa il vero presidio contro derive espulsive fondate su valutazioni indistinte o su impropri trasferimenti di inefficienze organizzative sul piano disciplinare.

È proprio in questa figura di confine che il paradigma del diritto del fatto comincia a intersecare, in modo non più eludibile, la dimensione fiduciaria e relazionale del contratto e del rapporto di lavoro⁴⁶. Qui la questione non è soltanto se esista un fatto disciplinarmente rilevante in senso tecnico, ma se e in che misura la condotta del lavoratore incida sul capitale fiduciario organizzativo che sorregge il vincolo contrattuale. Lo scarso rendimento diventa così un primo terreno sul quale si misura la possibilità di una lettura non unilateralmente datoriale della fiducia, ma bilaterale e istituzionale, capace di fondare tanto la critica all'abuso del potere espulsivo quanto l'individuazione di forme di abuso del diritto del lavoratore. Il lavoratore che si inserisce in una relazione duratura, nella misura in cui è messo al corrente dello standard di rendimento richiesto, e recepitato dalla comunità di lavoro che lo accetta come proprio, non può discostarsi per ragioni opportunistiche o addirittura ideologiche e/o individuali (il *quiet quitting*).

In tale quadro, il tema dello scarso rendimento assume un significato che va oltre la mera misurazione quantitativa della prestazione. Esso non si esaurisce in una verifica di produttività inferiore alla media o agli standard aziendali, ma si presta a essere letto come possibile rottura del patto fiduciario produttivistico che sorregge il contratto di lavoro, inteso come istituzione organizzativa e comunitaria, prima ancora che come scambio sinallagmatico di prestazioni.

⁴⁶ Ipotesi diversa è quella in cui lo scarso rendimento, pur accertato, non dia luogo a una sanzione espulsiva, ma soltanto a una sanzione conservativa (richiamo scritto, multa, sospensione). In tal caso, il rigore degli oneri probatori può ritenersi ragionevolmente attenuato, non nel senso di escludere l'accertamento oggettivo del deficit di rendimento e la sua imputabilità soggettiva, ma nel senso di non richiedere necessariamente l'esistenza di uno standard di prestazione previamente formalizzato e tipizzato. Può considerarsi legittima una sanzione conservativa anche in presenza di una perdurante e ingiustificata riduzione della prestazione rispetto alla media del gruppo di lavoro omogeneo di riferimento, purché tale scostamento sia significativo, continuativo e non riconducibile a fattori organizzativi, tecnici imputabili al datore di lavoro. La differenza rispetto alla sanzione espulsiva non attiene alla natura fattuale dello scarso rendimento, che resta un fatto disciplinarmente rilevante solo se oggettivamente accertato e soggettivamente imputabile, ma al grado di strutturazione ex ante richiesto per legittimare l'incisione irreversibile sul vincolo contrattuale.

Quando il lavoratore, pur in assenza di impedimenti oggettivi o soggettivi o di carenze organizzative imputabili al datore, riduce sistematicamente il proprio apporto lavorativo al di sotto di una soglia ragionevole di collaborazione, egli non viola soltanto un obbligo di diligenza in senso tecnico, ma incrina il capitale fiduciario organizzativo investito sul rapporto. In tali ipotesi, la prestazione formalmente resa ma sostanzialmente depotenziata si configura come una forma di comportamento opportunistico, che sfrutta la protezione del vincolo contrattuale per sottrarsi, in modo surrettizio, al dovere di leale collaborazione produttiva (la collaborazione presupposta dall'art. 2094 c.c.).

In questo senso, lo scarso rendimento non può essere banalizzato come un mero "dato di fatto" neutro o come una fisiologica variabilità delle performance individuali, ma può costituire, in presenza di determinati requisiti fattuali e probatori, una vera e propria rottura del patto fiduciario organizzativo. Non si tratta, dunque, di reintrodurre surrettiziamente una nozione psicologica o moralistica di fiducia, bensì di riconoscere che anche il lavoratore può porre in essere condotte incompatibili con la vocazione fiduciaria e relazionale del contratto di lavoro, producendo un esaurimento oggettivo del capitale fiduciario su cui si regge la prosecuzione del rapporto in attuazione del contratto relazionale.

È proprio qui che emerge, in controluce, una prima figura di abuso del diritto del lavoratore, distinta dall'abuso del potere datoriale: non l'esercizio di un diritto in sé illegittimo, ma l'uso distorto delle garanzie del rapporto subordinato per sottrarsi agli obblighi di collaborazione produttiva e di affidabilità organizzativa. In questa chiave, la giusta causa o il giustificato motivo soggettivo per scarso rendimento, quando rigorosamente ancorati a un fatto accertato, imputabile, tipizzato e organizzativamente significativo, non rappresentano una sanzione per l'inefficienza in sé, ma la presa d'atto di una incompatibilità strutturale tra una condotta opportunistica e la permanenza del vincolo fiduciario comunitario.

È su questo terreno che lo scarso rendimento cessa di essere un mero dato quantitativo di performance e si rivela come una prima figura di rottura fiduciaria oggettiva imputabile al lavoratore, aprendo lo spazio dogmatico per una più ampia riflessione sulle condotte di abuso del diritto nell'ambito del rapporto subordinato.

§ 10 – L'abuso dei diritti protetti. La rottura del patto fiduciario dal lato del lavoratore

Tra le ipotesi che più frequentemente alimentano il contenzioso disciplinare contemporaneo, l'abuso degli istituti protetti occupa una posizione di assoluto rilievo. Malattia, permessi ex legge n. 104 del 1992, congedi parentali, permessi sindacali e congedi speciali costituiscono strumenti di tutela che l'ordinamento appronta non soltanto

nell'interesse individuale del lavoratore, ma in funzione di beni di rilevanza pubblica: la salute, l'assistenza familiare, la genitorialità, la rappresentanza collettiva. È proprio questa loro dimensione pubblicistica o di interesse generale e collettivo che rende l'abuso particolarmente grave, perché lo sviamento di scopo non incide soltanto sul sinallagma contrattuale, ma altera il corretto funzionamento di una tutela predisposta in vista di interessi generali.

Nel paradigma del *diritto del fatto*, anche l'abuso degli istituti protetti si colloca al di fuori di ogni lettura morale o psicologica della condotta. Non si tratta in questo caso di sanzionare un inadempimento o una grave mancanza di diligenza soggettiva, ma di verificare la compatibilità oggettiva tra la situazione giuridica dichiarata e protetta dalla legge, e la condotta effettivamente tenuta dal lavoratore. Il fulcro dell'illecito disciplinare non risiede nel danno patrimoniale eventualmente arrecato all'impresa o all'organizzazione pubblica, che può anche essere minimo o addirittura assente, ma nella deviazione funzionale dell'istituto (sviamento) di protezione rispetto alla sua finalità tipica.

Con particolare evidenza ciò accade in materia di abuso della protezione dello stato malattia. La giurisprudenza ha da tempo stigmatizzato le ipotesi di falsa malattia, pur gravando sul datore di lavoro un onere probatorio particolarmente rigoroso, reso complesso dal valore certificativo pubblico dello stato patologico⁴⁷. La giurisprudenza ha poi da tempo chiarito che tale stato non impone al lavoratore un obbligo di immobilità, ma un dovere di condotta coerente con le esigenze di guarigione. L'attività svolta durante l'assenza per malattia diventa disciplinarmente rilevante non perché astrattamente incompatibile con il rapporto di lavoro, ma perché oggettivamente idonea a compromettere il percorso terapeutico o a contraddire lo stato dichiarato e a ritardare il processo di guarigione. In questo assetto, la lesione non è valutata in

⁴⁷ Assume certamente valore probatorio dell'abuso della protezione dello stato di malattia il c.d. *assenteismo tattico*, connotato da una componente strategica, nella misura in cui il dipendente sceglie con cognizione di causa in quali giorni assentarsi per ragioni del tutto personali (allungare il fine settimana, crearsi un "ponte", riposarsi dalla fatica di una trasferta per una partita di calcio ecc.): cfr. Cass. n. 04/09/2014, n. 18678, che ha ritenuto legittimo il licenziamento per un caso di assenze a macchia di leopardo. In termini di ulteriore conferma evolutiva si segnala Cass. 20/01/2026, n. 1161, cit. (supra, nt. 42) la quale — in una fattispecie di micro-assenteismo per malattia — ha ribadito che la certificazione medica non preclude al giudice la possibilità di valorizzare un complessivo quadro indiziario idoneo a dimostrare la simulazione della malattia o comunque l'uso distorto della relativa tutela. La Corte ha ritenuto legittimo il licenziamento per giustificato motivo soggettivo allorché la reiterazione delle assenze brevi, la loro collocazione strategica in prossimità di riposi e festività e le modalità di comunicazione evidenzino una violazione degli obblighi di diligenza e correttezza, con apprezzabile incidenza negativa sull'organizzazione aziendale. La pronuncia si pone in linea di continuità con l'orientamento consolidato, ma ne rafforza il profilo probatorio, chiarendo che l'abuso può essere accertato anche mediante presunzioni gravi, precise e concordanti, pure in assenza di querela di falso sui certificati medici.

termini di evento dannoso, ma come illecito di pericolo, nel quale l'offensività risiede nella contraddizione strutturale tra situazione giuridica protetta (ex art. 2110 c.c.) e comportamento tenuto, contraddizione che incide direttamente sull'affidabilità relazionale del lavoratore e sul patrimonio fiduciario organizzativo che l'istituto presuppone⁴⁸.

Analoga struttura fattuale caratterizza l'abuso dei permessi assistenziali ex lege n. 104 del 1992. Qui il fulcro dell'illecito non è la prestazione lavorativa sottratta all'impresa, ma la rottura del nesso funzionale tra permesso e finalità assistenziale. Il diritto vivente è ormai consolidato nel qualificare come disciplinarmente rilevante l'utilizzo del permesso per finalità del tutto estranee all'assistenza del familiare, indipendentemente dalla rilevanza economica della sottrazione temporanea della prestazione lavorativa. La violazione non si colloca sul piano quantitativo, ma su quello teleologico: ciò che viene in rilievo è lo sviamento della funzione pubblica dell'istituto⁴⁹.

Lo stesso schema si riproduce nei congedi parentali⁵⁰ e nei permessi sindacali⁵¹. Anche in tali ipotesi, l'ordinamento tollera un sacrificio dell'interesse produttivo dell'impresa solo in quanto esso sia funzionalmente giustificato dalla tutela della genitorialità o dall'esercizio dell'attività sindacale. Quando il lavoratore utilizza tali spazi di sospensione per finalità meramente personali, e comunque estranee alla ratio dell'istituto,

⁴⁸ La giurisprudenza pone a carico del datore di lavoro la prova dell'abuso in termini di malattia simulata derivante dallo svolgimento di altre attività lavorative o extralavorative incompatibili con lo stato di malattia; ovvero per aver posto in essere comportamenti che abbiano ritardato il processo di guarigione: Cass. 26/04/2022, n. 13063; Cass. 26/04/2022, n. 13063; Cass. 04/09/2024, n. 23770; Cass. 05/09/2024, n. 23858, che ammette che il/la dipendente possa svolgere attività secondarie, purché compatibili con stato di malattia e buona fede. Cass. 04/11/2024, n. 28255, secondo cui lo svolgimento di altra attività lavorativa da parte del/la dipendente, durante lo stato di malattia, configura la violazione degli specifici obblighi contrattuali di diligenza e fedeltà nonché dei doveri generali di correttezza e buona fede. Cass. ord. 05/09/2024, n. 23852, che ritiene legittimo il licenziamento del lavoratore in malattia che partecipa a una partita di calcio, con nota di J. Nannini, *Il licenziamento disciplinare del lavoratore che svolge attività incompatibili con la malattia*, DRI, 1, 2025, p. 237. Nel merito Trib. Perugia, 31/01/2025, n. 39.

⁴⁹ Cass. 30/01/2025, n. 2157, che legittima in tal caso il ricorso ad agenzia investigativa; Cass. 10/10/2024, n. 26417, con la precisazione che non è considerato abuso se la prestazione extrassistenziale avviene in orari non integralmente coincidenti con il turno di lavoro, in quanto si tratta di permessi giornalieri su base mensile, e non su base oraria. Cass. 09/08/2024, n. 22643; Cass. 08/07/2022, n. 21773. Nel merito, Corte appello Genova, 05/04/2024, n. 89; Corte appello Firenze, 21/06/2021, n. 494; Trib. Bergamo, 20/10/2022, n. 584.

⁵⁰ Cass. 09/09/2025, n. 24922, per il caso del dipendente in congedo parentale che lavora nell'attività gestita dalla moglie; Cass. 16/06/2008, n. 16207. Nel merito, di recente, Trib. di Trapani 05/08/2025, per il caso di un dipendente che, in congedo parentale, si dedicava all'attività di istruttore sportivo privato; in tal caso il giudice ha ritenuto legittimo anche il ricorso ad accertamenti di un'agenzia privata ma previa escussione testimoniale dell'addetto all'agenzia.

⁵¹ Cass. 06/09/2022, n. 26198; Cass. 26/07/2024, n. 20979, che legittima anche in tal il ricorso all'agenzia investigativa; Cass. 26/07/2024, n. 20972; Cass. 30/12/2019, n. 34739; Cass. 20/02/2019, n. 4943.

il fatto disciplinare si struttura come abuso tipico di una posizione di vantaggio giuridicamente protetta.

In questo ambito emerge con particolare chiarezza il carattere pienamente fattuale e probatorio del giudizio disciplinare. Il cuore del processo non risiede in valutazioni di principio sull'astratta legittimità del ricorso all'istituto, ma nella ricostruzione concreta della condotta: che cosa il lavoratore ha fatto durante l'assenza, in quale contesto, con quali modalità, con quale incidenza sulla finalità protetta. È sul piano dell'accertamento storico che si gioca la partita decisiva.

Di qui il rilievo centrale assunto, nella prassi, dalle indagini investigative a supporto del datore di lavoro. Nel diritto vivente esse sono ammesse a condizione che non degenerino in controlli generalizzati e invasivi ma siano giustificate da specifici indizi, mirate alla verifica della compatibilità tra stato dichiarato e comportamento effettivo, e condotte con modalità proporzionate⁵². Anche qui il paradigma del *diritto del fatto* opera come criterio ordinante: il controllo non è legittimato in quanto tale, ma in quanto funzionalmente orientato alla prova di un fatto giuridicamente rilevante.

L'abuso degli istituti protetti si configura, così, come una delle figure più emblematiche del nuovo diritto disciplinare: una fattispecie nella quale la tutela massima del lavoratore convive con l'esigenza di un rigoroso controllo sulla veridicità del presupposto fattuale che la giustifica. In queste ipotesi, tuttavia, il fatto non si risolve nella violazione di una regola, ma segna l'esaurimento oggettivo del capitale fiduciario investito sul rapporto: il lavoratore non si limita a sottrarsi temporaneamente alla prestazione, ma utilizza una posizione di vantaggio giuridicamente protetta per fini incompatibili con la collaborazione leale richiesta dal contratto: il comportamento è palesemente opportunistico, l'intero capitale fiduciario viene *uno actu* esaurito. È qui che l'abuso del diritto del lavoratore emerge come figura speculare all'abuso del potere datoriale. La crisi del rapporto non nasce da un giudizio morale sulla persona, ma dal venir meno della base fiduciaria che rende (im)possibile la prosecuzione dell'esperienza organizzativa comune.

§ 11. – I comportamenti extracontrattuali e la fiducia unilaterale di proiezione

Nel percorso di progressiva tipizzazione del licenziamento disciplinare anche con riguardo alla relazione fiduciaria, i comportamenti extracontrattuali rappresentano il

⁵² Secondo l'indirizzo prevalente della Cassazione. Si v. Cass. 26/02/2024 n. 5002, che considera decisiva la deposizione dell'investigatore. Pure Cass. 02/04/2025, n. 8707 che ritiene legittimo il licenziamento del dipendente che fa troppe pause al bar secondo le indagini dell'agenzia: Cass. 30/01/2025, n. 2157; Cass. 24/08/2022, n. 25287.

punto nel quale il profilo di tale relazione riemerge con maggiore intensità ma pure con maggiore ambiguità concettuale. In tal caso il fatto integra non un inadempimento notevole dell'obbligazione contrattuale (il comportamento lavorativo eseguito non diligentemente) né si confronta direttamente con l'organizzazione produttiva; ma viene valutato "oggi" in funzione della sua "proiezione futura" sul rapporto di lavoro, costituendo una sorta di effetto di ritorno tipico del contratto di lavoro come contratto di durata di natura relazionale⁵³.

È in questo spazio che la giurisprudenza continua più frequentemente a fare ricorso a una nozione di fiducia unilaterale di proiezione, intesa come giudizio anticipato di incompatibilità, fondato non sull'attuale assetto organizzativo del rapporto, ma su una prognosi circa la sua futura tenuta⁵⁴.

Si tratta dei comportamenti extracontrattuali, ossia quei fatti commessi al di fuori del tempo e del luogo di lavoro che, pur estranei all'esecuzione della prestazione, vengono ritenuti idonei a incidere sulla affidabilità complessiva del lavoratore e sulla possibilità di prosecuzione del rapporto⁵⁵. In tali ipotesi la fiducia assume una connotazione peculiare: non è più l'esito organizzativo di un fatto tipicamente lavorativo, né il riflesso di una relazione collaborativa compromessa, ma una fiducia unilaterale di proiezione, fondata su un giudizio anticipatorio di incompatibilità futura su cui gioca anche la dispersione dell'asset reputazionale (le ricadute sul brand aziendale) che il fatto extracontrattuale ha finito per procurare.

La giurisprudenza di legittimità ha costantemente affermato che il comportamento extralavorativo può integrare giusta causa o giustificato motivo soggettivo solo quando presenti un nesso qualificato con il rapporto di lavoro, tale da rendere ragionevole e non arbitraria la valutazione datoriale di inaffidabilità e di compromissione

⁵³ Mette bene in rilievo il rapporto tra durata, fiducia e relazionalità nella teoria del contratto F. Macario, *Contratti di durata*, voce, ED, I Tematici, I, *Contratto*, diretto da G. D'Amico, Giuffrè, 2021.

⁵⁴ In dottrina in termini critici C. Pisani, *Licenziamento: la fiducia passe-partout e le giuste chiavi*, MGL, 2008, 6, p.438; *amplius*, con riferimenti storico-dottrinali e giurisprudenziali, *La fattispecie giusta causa e giustificato motivo di licenziamento*, in *Il lavoro subordinato*, a cura di F. Carinci, Giappichelli, 2007, 81 ss; M. Persiani, *Il licenziamento del dirigente tra perdita di fiducia e inadempimento*, ADL, 2007, 6, p. 1182-3. A. Viscomi, *Diligenza e prestazione di lavoro*, Giappichelli, 1997, 299 ss.

⁵⁵ Peculiare il caso di Trib. di Torino, 09/10/2018 circa il comportamento, irrazionale sì, ma del tutto professionalmente irrilevante di una dipendente scoperta a imbrattare con delle scritte prive di senso logico alcuni armadietti: il Tribunale ha ritenuto legittimo il licenziamento per perdita "assoluta di affidamento", ovviamente più che del licenziamento, in tal caso, la dipendente avrebbe avuto bisogno di tutele. Per una rassegna casistica, pur se ormai datata, si v. P. Ichino, *Il contratto di lavoro*, III, Giuffrè, 2003, p. 326 nt. 22.

di immagine⁵⁶. Non è sufficiente, dunque, la mera riprovevolezza sociale del fatto, né il suo disvalore penale in astratto; ciò che rileva è la sua idoneità oggettiva a incidere sull'immagine dell'impresa, sulle mansioni svolte, sul grado di affidamento richiesto o sulla credibilità funzionale del lavoratore all'interno dell'organizzazione. In tale contesto, la Corte di cassazione ha più volte chiarito che il licenziamento non può fondarsi su una concezione meramente soggettiva o morale della fiducia, ma deve ancorarsi a una valutazione concreta e verificabile della compatibilità futura del rapporto⁵⁷.

È in questo quadro che si collocano le pronunce relative a fatti di particolare gravità commessi nella vita privata, quali condotte violente, persecutorie o penalmente rilevanti. La giurisprudenza ha ritenuto, ad esempio, legittimo il licenziamento nei confronti di lavoratori condannati per reati che, pur estranei all'attività lavorativa, risultano incompatibili con il ruolo ricoperto o con l'affidamento che l'impresa deve poter riporre nella persona del dipendente. In tali casi, il fatto extracontrattuale assume rilievo non come violazione diretta del contratto, ma come indice oggettivo di una frattura irreversibile della fiducia, intesa come presupposto funzionale della collaborazione futura.

Particolarmente significativa, in questa direzione, è la giurisprudenza che ha valorizzato il rapporto tra fatto extralavorativo e mansioni svolte. Laddove il lavoratore sia inserito in contesti che richiedono un elevato grado di affidabilità, correttezza o rappresentatività — si pensi a ruoli a contatto con l'utenza, a funzioni di responsabilità, a mansioni con riflessi sull'immagine pubblica dell'impresa — la soglia di rilevanza disciplinare del comportamento extracontrattuale si abbassa, non per effetto di un automatismo espulsivo, ma per la maggiore intensità del capitale fiduciario investito nel

⁵⁶ Cass. 05/09/2018, n. 21679, con nota di M. Turrin, *La condotta extra-lavorativa del prestatore quale giusta causa di licenziamento: la compromissione del vincolo fiduciario alla prova nell'approccio multifattoriale*, Labor, 2018, 692, che in quel caso ha escluso la legittimità del licenziamento del dipendente fermato dalle forze dell'ordine, fuori dall'orario di lavoro durante la pausa mensa, in possesso di modica quantità di stupefacenti.

⁵⁷ Cass. 02/02/2016, con nota di C. Favretto, *Può il datore di lavoro limitare la sfera sessuale del lavoratore in nome degli obblighi di fiducia e correttezza?*, in ADL, 4/5, 2016, pp. 1009, 1012 ss., ha ritenuto illegittimo il licenziamento per giusta causa di un operaio che aveva intrattenuto rapporti sessuali con una persona vulnerabile nei pressi del luogo di lavoro e per non aver segnalato l'intrusione di quest'ultima nei locali aziendali. La Suprema Corte ha annullato la sanzione, stabilendo che un operaio generico non ha un dovere di informativa così ampio, poiché tale obbligo dipende dalla complessità organizzativa e dalle mansioni specifiche; la condotta extra-lavorativa incide sul legame fiduciario solo se strettamente correlata al ruolo ricoperto e al grado di affidabilità richiesto. In precedenza già Cass. 07/04/1999, n. 3386, con nota di G. Mannaccio, *Telefonate private dal luogo di lavoro, Lesione del rapporto di fiducia azienda-dipendente e licenziamento*, LG, 1999, 7, p. 663.

rapporto. È su questo terreno che la fiducia di proiezione opera come criterio selettivo del fatto disciplinarmente rilevante⁵⁸.

Un ulteriore profilo di particolare delicatezza concerne il rapporto tra procedimento penale e licenziamento disciplinare. Il diritto vivente ha chiarito che la pendenza di un giudizio penale non impedisce al datore di lavoro di procedere al licenziamento, purché la valutazione disciplinare si fondi su un autonomo accertamento dei fatti rilevanti ai fini del rapporto di lavoro e non su un mero rinvio all'esito del processo penale⁵⁹. Anche qui, la fiducia non viene intesa come riflesso automatico dell'accusa penale, ma come risultato di una valutazione concreta della condotta e della sua incidenza sull'affidabilità futura del lavoratore.

In questa tipologia di casi emerge con particolare evidenza il rischio di una deriva verso una concezione arbitraria della fiducia, intesa come clausola elastica di espulsione fondata su un giudizio discrezionale del datore di lavoro. Proprio per questo la giurisprudenza insiste sulla necessità di un controllo rigoroso del nesso tra fatto extracontrattuale e rapporto, rifiutando impostazioni che trasformino la fiducia in una categoria puramente psicologica o in un pretesto sanzionatorio. La fiducia di proiezione, per essere giuridicamente rilevante, deve essere oggettivata attraverso il fatto, la sua gravità, il contesto e le funzioni svolte dal lavoratore.

Nel gradiente fiduciario, i comportamenti extracontrattuali segnano così un passaggio ulteriore: qui la rottura fiduciaria non nasce né dalla collaborazione produttiva compromessa, né dall'abuso di una posizione protetta, ma da una valutazione anticipatoria di incompatibilità, che l'ordinamento ammette solo a condizione che sia sorretta da elementi fattuali solidi e controllabili. È in questo equilibrio instabile tra esigenza di tutela dell'organizzazione e rischio di abuso del potere disciplinare che la fiducia unilaterale di proiezione trova la sua collocazione sistematica, come figura-limite del

⁵⁸ Alcune sentenze ritengono particolarmente grave, anche per i particolari riflessi di immagine, essersi resi colpevoli di violenze domestiche, anche per i riflessi sulla prestazione di lavoro: Cass. 11/12/2024, n. 31866 *“Nella nozione legale di giusta causa di licenziamento è possibile includere una condotta extralavorativa, avente rilievo penale e sfociata in una sentenza irrevocabile di condanna, caratterizzata, sia pure nell'ambito di rapporti interpersonali o familiari, dal mancato rispetto della altrui dignità e da forme di violenza e sopraffazione fisica e psichica, non sporadiche, bensì abituali, specialmente quando il lavoratore svolge mansioni di pubblico servizio, come il conducente di autobus, che comportino un costante contatto col pubblico ed esigano rigoroso rispetto verso gli utenti e capacità di autocontrollo”*. Si v. pure Cass. 10/02/2015, n. 2550 per il caso di violenza nei confronti della moglie dipendente della stessa azienda. La condotta si ripercuote sul vincolo fiduciario per la *“sua natura violenta, la reiterazione, la qualità della vittima ed i suoi rapporti con la compagine societaria, il luogo nel quale è stata realizzata, la presenza di clienti”*. Già Cass. 14/07/2001, n. 9590, MGL, 2001, 30, p. 24, sul caso del licenziamento di un avvocato di un ufficio legale di una sede dell'ENEL condannato per il reato di libidine violenta in danno di minorenne.

⁵⁹ Cass., 20/02/2024, n. 4509, ord., in D&PL, n. 34-35, 2024, p. 2099.

diritto vivente, destinata a essere costantemente sorvegliata dal giudice per evitarne la degenerazione in strumento arbitrario di selezione espulsiva.

§ 12 Dall'abuso del diritto all'abuso del potere disciplinare. Traiettorie di diritto vivente; verso la fiducia bilaterale

Se l'abuso degli istituti protetti segna il punto di massima emersione dell'abuso del diritto del lavoratore, il diritto vivente mostra, in modo speculare, che il consumo del capitale fiduciario può prodursi anche per comportamento datoriale e non si colloca unicamente su questo versante. Il rapporto di lavoro, inteso come esperienza organizzativa e relazionale di lunga durata, espone infatti anche il datore di lavoro al rischio dell'abuso del potere disciplinare e, più in generale, dell'uso distorto dello strumento espulsivo. Anche in questo caso il capitale fiduciario comune finisce per essere dissipato, ma dal versante datoriale.

Appare, tuttavia, evidente l'asimmetria rimediale: nei casi di abuso accertato del potere datoriale, il rimedio è il ripristino del rapporto di lavoro (e non, come nel caso inverso, la ratifica della cessazione); ma, proprio perché il capitale fiduciario si presume comunque compromesso, l'ordinamento mette a disposizione del lavoratore — e a carico del datore di lavoro ormai sfiduciato — la possibilità di optare per l'indennità sostitutiva della reintegra, rimedio che appare certamente più consono in simili situazioni.

È qui che il paradigma del diritto del fatto contestato nel licenziamento disciplinare rivela la propria funzione di fondo: non soltanto si presenta, soprattutto dopo le recenti riforme, criterio di selezione delle condotte del lavoratore, ma diventa pure parametro di misura di razionalità e di legittimazione del potere datoriale.

Il potere di licenziare per ragioni disciplinari, infatti, non trae la propria legittimità da una posizione di potere e di gerarchia astratta, bensì dalla capacità di ancorarsi a un fatto giuridicamente costruito, verificabile e proporzionato. Quando tale ancoraggio si allenta o viene surrettiziamente sostituito da valutazioni opportunistiche, o cela motivi illeciti come nel caso del licenziamento nullo perché discriminatorio, ritorsivo o futile, il potere si trasforma da strumento ordinante a fattore di crisi del rapporto fiduciario; ciò sul presupposto che nella nuova organizzazione imprenditoriale collaborativa⁶⁰ si rafforza necessariamente il contratto psicologico e - mediante il viatico

⁶⁰ Certamente indizio di una tendenza legislativa in questa direzione è la modifica dell'art. 2086 c.c. e la responsabilizzazione funzionale (e non più solo gerarchica) del datore di lavoro, si rinvia a P. Tullini, *Assetti organizzativi dell'impresa e poteri datoriali. La riforma dell'art. 2086 c.c.: prima lettura*, RIDL, 2020, I, p.1.

giuridico del contratto relazionale - anche il lavoratore investe un capitale fiduciario di lunga durata sul rapporto di lavoro.

Le fattispecie che di seguito si richiamano costituiscono alcuni luoghi di emersione del comportamento opportunistico e dell'abuso di potere datoriale che rilevano in punto di rottura del patto fiduciario dal lato datoriale.

Una prima fattispecie è connessa a quanto analizzato nel § 7: la razionalizzazione e il controllo del potere disciplinare attraverso il procedimento di contestazione e il suo controllo giurisprudenziale⁶¹; il principio di immediatezza della contestazione e di tempestività dello stesso procedimento (l'irrogazione della sanzione in tempi ragionevolmente ristretti dopo l'atto di contestazione) garantiscono, oltre il diritto di difesa, l'affidamento del lavoratore sulla certezza della situazione giuridica contro l'utilizzo di tattiche datoriali scorrette, di vero e proprio abuso del potere disciplinare, che incidono direttamente sull'affidamento del lavoratore nella correttezza dell'assetto decisionale datoriale: l'indugio malizioso del suo esercizio; il tenere sotto tiro il dipendente a scopo intimidatorio (una vera e propria spada di Damocle)⁶².

Una seconda figura emblematica è rappresentata dal licenziamento per giustificato motivo oggettivo solo formalmente organizzativo ma sostanzialmente ritorsivo o per ragioni personali, o addirittura per motivi illeciti tipizzati (discriminatorio), in ogni caso finalizzato a liberarsi di un dipendente scomodo⁶³. In tali ipotesi il fatto addotto come ragione economico-produttiva si rivela, all'esito dell'istruttoria, una costruzione apparente, priva di effettiva consistenza causale. Qui non è il lavoratore a sottrarsi alla collaborazione, ma il datore di lavoro a utilizzare una categoria giuridica legittima come schermo di una decisione già assunta per ragioni sostanzialmente in frode alla legge e per motivi illeciti. Il consumo fiduciario non nasce dalla violazione di un obbligo contrattuale, bensì dal risultato oggettivo di una strumentalizzazione del linguaggio giuridico a scopo di manipolazione della realtà della fattispecie con l'obiettivo di

⁶¹ Ampiamente analizzato dalla dottrina dei trattati C. Pisani nt. 54; P. Ichino, nt. 55; S. Mainardi, *Il potere disciplinare*, Commentario al Codice civile, Schlesinger-Busnelli, Giuffrè, 2002.

⁶² P. Ichino, *Il contratto*, III, cit., 347 ss.

⁶³ Vi fa cenno la Corte costituzionale nella sentenza n. 128/2024 su cui ampiamente B. Caruso, C. Caruso, op. loc. cit., in giurisprudenza Cass. 23/01/1998, n. 938, si rinvia a F. De Giuli, *Il nesso causale nel licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, LDE, 2022, 3, p. 7; a tale fattispecie può essere accostata quella del licenziamento del dipendente per giustificato motivo oggettivo dopo lo svuotamento progressivo delle mansioni: Cass. 06/11/2001 n. 13714, si v. C. Pisani *La fattispecie giusta causa*, cit., 28; Cass. 12/02/2025, n. 3643, per il caso del lavoratore licenziato per una presunta soppressione del posto di lavoro a ridosso di una precedente sentenza che aveva dichiarato nullo un primo licenziamento, cfr. M. Marazza, *Il licenziamento per motivo illecito determinante e discriminatorio (presupposti sostanziali)*, *Trattato di diritto del lavoro*, diretto da G. Amoroso, V. Di Cerbo, A. Maresca, Giuffrè, 2025, II, 1357.

falsificazione degli effetti (un licenziamento apparentemente per ragioni economiche organizzative, di fatto per motivi presumibilmente illeciti e quindi in frode alla legge).

Simile al caso precedente è l'uso strumentale della riorganizzazione interna quale meccanismo di espulsione del dipendente semplicemente non gradito (per esempio perché ritenuto scarsamente produttivo). Qui il fatto disciplinare può anche mancare del tutto: ciò che emerge è un utilizzo della leva organizzativa non come risposta a esigenze produttive genuine, ma come modalità elusiva di espulsione del personale rispetto alle regole date. Il diritto vivente mostra, in queste ipotesi, una crescente attenzione a distinguere tra riorganizzazione genuina e riorganizzazione pretestuosa, ponendo al centro la verifica fattuale della necessità e della coerenza delle scelte imprenditoriali.

Analoga dinamica sostanzialmente abusiva si rinviene nei casi in cui una condotta tipizzata dalla contrattazione collettiva come sanzione conservativa venga trasformata in espulsiva. In queste situazioni l'abuso non consiste nell'esercizio del potere disciplinare in sé, ma nel suo scollamento dalla grammatica preventiva della tipizzazione collettiva. Il datore non si limita a valutare il fatto, ma lo riqualifica unilateralmente, alterando l'equilibrio tra previsione normativa e reazione sanzionatoria. La fiducia organizzativa viene così compromessa non dal comportamento del lavoratore ma dalla manipolazione datoriale della grammatica e della sintassi della fattispecie disciplinare convenzionale chiamata a sussumere i fatti appartenuti ad un'altra fattispecie.

In un contesto di massima asimmetria fiduciaria si può richiamare l'ipotesi del datore di lavoro che per disinnescare la tutela del segnalante che ha denunciato illeciti (*whistleblower*) – ma siamo già in ambiente ad alta dissipazione di capitale fiduciario e di vera e propria *retaliation* legislativamente vietata - costruisce a tavolino una serie di contestazioni disciplinari anche per impedire la tutela cautelare ex art. 19 comma 4 d.lgs. n. 23/2024⁶⁴.

In tutte queste figure l'abuso del potere datoriale non si esaurisce in una violazione formale, ma si manifesta come erosione del capitale fiduciario bilaterale che sostiene la prosecuzione del rapporto. Il lavoratore non percepisce più l'atto espulsivo come esito di una incompatibilità strutturale, ma come decisione svincolata da un fondamento di potere relazionalmente riconoscibile e ragionevole. La crisi del rapporto non nasce, allora, da un difetto di rendimento o da una condotta illecita o da un

⁶⁴ Trib. Milano n. 1680/2025, che fa applicazione per la prima volta dell'art. 17, comma 2, del d.lgs 24/2023 e dichiara nullo il licenziamento per giusta causa intimato a seguito di segnalazione di illeciti, valorizzando la presunzione relativa di ritorsività e l'inversione dell'onere della prova a carico del datore di lavoro.

comportamento opportunistico, ma dalla perdita di affidabilità dell'assetto decisionale e gestionale dell'impresa o dell'apparato pubblico.

Il diritto del fatto opera così come criterio di simmetria: se sul versante del lavoratore esso impedisce che la fiducia venga ridotta a giudizio psicologico o moralistico - ma d'altro canto impedisce pure vere e proprie pratiche di abuso del diritto - sul versante datoriale impedisce che il potere disciplinare si trasformi in discrezionalità incontrollata. L'uno e l'altro abuso – del diritto e del potere – rivelano che la fiducia non è un presupposto extra-giuridico (irrazionale) del rapporto, ma una infrastruttura giuridica relazionale, misurabile attraverso la coerenza tra fatti, qualificazioni e decisioni.

È proprio nell'intreccio tra queste due traiettorie che il diritto vivente mostra una evoluzione significativa: dal potere unilaterale fondato sulla perdita di fiducia soggettiva, verso un modello nel quale la permanenza del rapporto è affidata alla tenuta bilaterale del capitale fiduciario organizzativo, sia sul versante del lavoratore sia su quello datoriale. La fiducia non coincide più con un *sentiment* datoriale né con una mera aspettativa del lavoratore (basata sul contratto psicologico, in sé giuridicamente irrilevante), ma con la verificabilità oggettiva delle rispettive condotte all'interno di una declinazione del fatto che il giudice deve accertare in modo sostanziale e non puramente formale⁶⁵.

In questo senso, l'abuso del diritto del lavoratore e l'abuso del potere datoriale non rappresentano categorie contrapposte, ma fenomeni speculari che convergono in un medesimo punto critico: il venir meno della base relazionale che rende possibile l'esperienza organizzativa condivisa nel contratto di durata e relazionale per eccellenza. Il licenziamento disciplinare, lungi dall'essere un atto meramente espulsivo, si rivela così il luogo nel quale il diritto del lavoro misura la sostenibilità relazionale del contratto, trasformando la fiducia da clausola implicita a criterio giuridico di compatibilità reciproca. Il luogo dove la causa collaborativa del contratto di lavoro è sottoposta alla massima tensione distruttiva.

§ 13. Fiducia bilaterale e contratto di lavoro come relazione di durata. Verso una ricostruzione relazionale del licenziamento disciplinare

L'analisi sin qui condotta consente di rivisitare in profondità la teoria del licenziamento disciplinare. Il mutamento in atto nella sua regolazione costituzionale e nel sistema dei rimedi non riguarda soltanto la struttura del fatto, la tecnica della prova o la modulazione delle tutele, ma investe la natura stessa del rapporto di lavoro.

⁶⁵ Il riferimento è ancora a M. Taruffo, op. loc. cit.

Quest'ultimo tende sempre più a presentarsi, soprattutto in determinati contesti produttivi, come una relazione fiduciaria di durata, fondata su un capitale comune di affidamento e relazionalità. In tale scenario, anche l'impresa non è più riducibile a un mero centro di imputazione di interessi proprietari, ma tende a configurarsi come luogo istituzionale di cooperazione organizzata e di libertà sociale, entro il quale il lavoro assume la forma di una pratica stabilizzata di responsabilità reciproca⁶⁶.

Il licenziamento disciplinare non si presenta più come l'atto con cui l'impresa reagisce a un inadempimento o al comportamento colposo del lavoratore, ma diventa il luogo giuridico di verifica della tenuta della relazione fiduciaria, sul versante del lavoratore e su quello del datore di lavoro.

Il diritto del fatto, che costituisce il filo conduttore dell'evoluzione giurisprudenziale esaminata, non opera solo come strumento di oggettivazione del conflitto e/o di contenimento dell'arbitrio giudiziale. Esso diventa, piuttosto, il parametro attraverso cui il giudice è chiamato a misurare la coerenza delle condotte delle parti rispetto al capitale fiduciario investito nel rapporto. Proprio perché il capitale fiduciario, che sorregge il rapporto, non è più un residuo psicologico ma un investimento reciproco di lungo periodo, senza il quale la cooperazione produttiva complessa diventa impraticabile.

È attraverso il fatto - accertato, imputabile, tipizzato, contestato secondo regole procedurali rigorose - che si rende giuridicamente valutabile non una generica "perdita di fiducia", ma la compatibilità o incompatibilità strutturale della prosecuzione della relazione di lavoro. In questa chiave, la perdita di fiducia non opera più come presupposto psicologico del licenziamento disciplinare, ma come esito giuridicamente tipizzato dell'accertamento del fatto. La ricostruzione della fiducia come esito giuridico e non come presupposto psicologico consente, inoltre, di superare definitivamente una visione unilaterale della fiducia nel rapporto, secondo una acquisizione operata da tempo dalla dottrina ma perdurante nel diritto vivente giurisprudenziale, anche se oggi con maggiore dialettica⁶⁷.

⁶⁶ Si rinvia, sul piano filosofico, a T. Greco, *La legge della fiducia*, Laterza 2021; per il diritto del lavoro, A. Biagiotti, *Le interazioni fiduciarie nel rapporto di lavoro. Dalle origini al cambiamento in atto*, QEL, 2021, 113; C. Garbuio, *Lo spazio della fiducia nel contratto di lavoro*, Giappichelli, 2025; B. Caruso, *Lo sdoganamento della relazione fiduciaria nel rapporto di lavoro subordinato*, di prossima pubblicazione nella RIDL; id. *Dal contratto come scambio al diritto del lavoro come relazione: la fiducia come nuovo paradigma*, intervento nel seminario (2) LEADERSHIP - Percorsi di innovazione armonica - YouTube.

⁶⁷ Supra giurisprudenza citata alla nota 17.

Come la casistica ha mostrato, il consumo del capitale fiduciario può prodursi tanto dal lato del lavoratore — attraverso comportamenti opportunistici, abusi di diritti protetti o rotture della cooperazione produttiva — quanto dal lato del datore di lavoro, mediante l'uso distorto del potere disciplinare, la manipolazione delle fattispecie o la strumentalizzazione delle categorie legali. L'abuso del diritto e l'abuso del potere emergono così come figure speculari di una medesima patologia relazionale, entrambe idonee a compromettere la base fiduciaria che sorregge il contratto.

In questo nuovo assetto, anche la colpa del lavoratore⁶⁸ viene ricondotta entro una funzione oggettiva e relazionale. Essa non opera più come giudizio etico sulla persona, ma come criterio di imputazione del fatto e, soprattutto, come "misura" del consumo fiduciario che esso produce nell'organizzazione.

Onde un fatto di colpevolezza normale produce una sanzione conservativa, o, nell'attuale sistema, un licenziamento illegittimo perché sproporzionato, ma efficace (con sanzione indennitaria). Si tratterebbe, alla luce del paradigma fiduciario, di una crisi fiduciaria gestibile, assorbibile dall'organizzazione che dà luogo (o dovrebbe dar luogo) a sanzioni conservative.

La giusta causa e il giustificato motivo soggettivo segnano l'esaurimento oggettivo del capitale fiduciario, rendendo impossibile, nella valutazione datoriale, la prosecuzione del rapporto. Nella giusta causa, in particolare, la colpa, e non solo l'inadempimento, non opera come mero viatico dell'espulsione definitiva dal contesto lavorativo, ma come presupposto soggettivo di un fatto che, per la sua struttura e gravità, rende impossibile la prosecuzione organizzativa del rapporto anche in via temporanea.

Nelle ipotesi, poi, di comportamento extracontrattuale, il licenziamento non si configura come reazione a un inadempimento in senso tecnico, bensì come accertamento che quanto avvenuto al di fuori del rapporto si riverbera su di esso con tale intensità da incidere in modo irreversibile sul capitale fiduciario, sino a giustificarne la dissipazione e, dunque, l'effetto espulsivo. Proprio per questo, il rigore della valutazione giudiziale deve essere proporzionato alla radicalità dell'esito, evitando che la fiducia di proiezione si trasformi in una clausola discrezionale di selezione espulsiva.

La distinzione tra inadempimento semplice, notevole e gravissimo non misura più, dunque, una graduazione morale della condotta, bensì il diverso grado di compromissione del capitale fiduciario investito nel rapporto: assorbibile nel primo caso, seriamente incrinato nel secondo, integralmente e immediatamente esaurito nel terzo. In

⁶⁸ Si veda l'ampia e puntuale ricostruzione di L. Zappalà, *La colpa del lavoratore*, Giappichelli, 2020.

questa chiave, il licenziamento disciplinare si configura sempre meno come atto terminale di un conflitto e sempre più come giudizio sulla sostenibilità relazionale del contratto di lavoro, inteso non come mero scambio sinallagmatico, ma come contratto relazionale di lunga durata, fondato su cooperazione, affidamento e responsabilità reciproca.

La fiducia cessa così di essere una clausola implicita o una categoria retorica e diventa una infrastruttura giuridica verificabile, misurabile attraverso la coerenza tra fatti, qualificazioni e decisioni. È su questo terreno che si colloca il cambio di paradigma oggi in atto, e che impone di ripensare il licenziamento disciplinare non come sanzione, ma come momento di verifica ultima della tenuta del patto organizzativo.

È a partire da questa dinamica relazionale che può essere sviluppata una teoria coerente del contratto di lavoro contemporaneo, capace di dare conto delle trasformazioni dell'impresa, del lavoro e delle forme di cooperazione produttiva, oltre i limiti delle categorie tradizionali. In questa chiave, il licenziamento disciplinare diventa una vera e propria cartina di tornasole della trasformazione più profonda del contratto di lavoro: un punto di emersione privilegiato delle tensioni che attraversano l'impresa come comunità relazionale e il lavoro come pratica di cooperazione istituzionalizzata. Una ricostruzione che qui può essere soltanto delineata, ma che rinvia a un più ampio ripensamento teorico dell'impresa e del lavoro nella loro dimensione relazionale.

Partecipazione dei lavoratori e democrazia economica nel quadro dei principi costituzionali*

Lorenzo Zoppoli

1. La l. 76/25 “in attuazione” della norma costituzionale. Ma quale art. 46 Cost. viene attuato?	44
2. Tre letture dell’art. 46	46
3. Norma elastica, programma aperto	47
4. Norma da cui derivano precisi vincoli	50
5. Norma programmatica con argini e principi per il legislatore	54
6. La partecipazione nella stagione del costituzionalismo digitale	56
7. L’art. 46 nel trittico di principi e regole del sistema sindacale conforme a Costituzione	58
8. La l. 76: una legge “apparente” da interpretare in conformità al trittico costituzionale	61

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .IT – 509/2026

1. La l. 76/25 “in attuazione” della norma costituzionale. Ma quale art. 46 Cost. viene attuato?

Strana sorte quella dell'art. 46 Cost: dopo tanti anni di stazionamento negli archivi repubblicani – ultima pala di un trittico (artt. 39/40/46) tanto discusso e ammirato dai giuslavoristi di ogni età quanto sostanzialmente ignorato, almeno nelle sue connessioni, dal legislatore italiano degli ultimi 77 anni (1948-2025)⁶⁹ – è stato tirato fuori con inusitata celerità da un'inedita alleanza tra il sindacato “cattolico” e il Governo più a destra che la Repubblica abbia mai avuto. Pochi se l'aspettavano (tra i molti, anche io⁷⁰). In molti invece avevamo provato a dare anima e speranza a una norma che sembrava sempre più prigioniera di un (breve) passato brillante⁷¹ e in perenne ritardo con ritmi e dinamiche delle relazioni di lavoro prima italiane e poi europee (io ci avevo provato un paio di decenni addietro⁷²).

⁶⁹ Colpisce che in una monografia così ampia e accurata come quella di Giuseppe PERA (*Problemi costituzionali del diritto sindacale italiano*, Feltrinelli, 1960) già non vi fosse traccia dell'art. 46 (ma la scelta dell'autore ricalcava quelle del legislatore degli anni '50).

⁷⁰ V. le mie prime considerazioni sul ddl presentato a novembre 2023 come proposta di legge popolare, *La partecipazione sindacale nella civiltà digitale*, in *Dir.rel.ind.*, 2023, p. 958 ss.. V. anche P. TOSI, *La partecipazione sindacale nella crisi*, in *Arg.dir.lav.*, 2023, pp. 257 ss.; C. CESTER, *La partecipazione dei lavoratori: qualcosa si muove?*, *ibid.*, pp. 433 ss.; E. ALES, *Libertà sindacale vs partecipazione? Assenze, presenze, possibilità nello Statuto dei lavoratori*, in *Riv.giur.lav.*, 2020, I, p. 144; T. TREU, *La legge sulla partecipazione dei lavoratori: un primo commento*, in *Dir.prat.lav.*, 2025, p. 1329; A. ALAIMO, *La nuova legge italiana sulla partecipazione dei lavoratori e l'employee's involvement di matrice europea: (poche aperture) e (molte) chiusure*, in *Lav.dir.eur.*, 2025, n. 2; A. ALES, *Tutte le strade portano alla partecipazione?*, *ibid.*; M. CORTI, *Il modello partecipativo italiano nel confronto comparato*, *ibid.*, p. 14 ss.; A. ALES, I. PURIFICATO, J. SENATORI, *Quale partecipazione? Prime note critiche sulla l. n. 76 del 2025*, in *Dir.lav.merc.*, 2025, n. 2; A. INGRAO, *La partecipazione dei lavoratori tra istanze costituzionali e compromessi legislativi: legge n. 76/2025, anatomia di una riforma mancata*, in *Riv.it.dir.lav.*, 2025, I, p. 123 ss.; M. NOVELLA, *La partecipazione dei lavoratori alla gestione dell'impresa*, in G. AMOROSO, V. DI CERBO, MARESCA (diretto da), *Diritto del lavoro*, Lefebvre Giuffrè, 2025, vol. I, p. 312 ss.; R. SANTAGATA DE CASTRO, *La nuova disciplina sulla partecipazione dei lavoratori: contratto collettivo, autonomia statutaria e vincoli costituzionali*, in *Dir.lav.merc.*, 2025, n. 3; E. DAGNINO, *Inquadramento e prospettive della partecipazione gestionale all'italiana: note a margine della legge n. 76/2025*, in *Dir.merc.lav.*, 2025, p. 377 ss.; B. CARUSO, *Lavoro e impresa tra profitto e responsabilità. Le forme giuridiche dello stakeholderism*, in *Riv.it.dir.lav.*, 2025, n. 4. M. TIRABOSCHI, *Finalità e attuazione dei principi costituzionali*, in TIRABOSCHI, SEGHEZZI (a cura di), *Partecipazione dei lavoratori*, Adapt University Press, 2025; V. FERRANTE, *Partecipazione dei lavoratori alla gestione d'azienda. A che punto siamo*, in *Lav.prev.*, 28 marzo 2025; S. D'ASCOLA, *La partecipazione fra modello costituzionale e recente evoluzione del sistema normativo*, in P. ALBI (a cura di), *Partecipazione, conflitto ed eguaglianza nella trama del diritto del lavoro*, Pacini Giuridica, 2025, p. 361 ss.; O. BONARDI, U. CARABELLI, L. ZOPPOLI (a cura di), *Lavoro e democrazia economica nelle organizzazioni del capitalismo*, *Quad.Riv.giur.lav.*, 2025, n. 11-3, con contributi specifici sulla L. 76 di M. CORTI, A. ALAIMO, L. TEBANO.

⁷¹ V. soprattutto il vivace dibattito in assemblea costituente su cui da ultimi M. TUFO, *La “partecipazione” dei lavoratori alla gestione delle aziende*, in L. GAETA (a cura di), *Prima di tutto il lavoro. La costruzione di un diritto all'Assemblea Costituente*, Ediesse, 2014, p. 314 ss.; A. MICHIELI, *L'effettiva partecipazione dei lavoratori nell'art. 46 della Costituzione*, in *Lav.dir.eur.*, 2025, n. 2.

⁷² V. *Lavoro, impresa e Unione Europea. La tutela dei lavoratori nell'Europa in trasformazione*, Franco Angeli, 2006.

Ora all'improvviso il mondo giuslavorista si trova a rileggere l'art. 46 alla luce di una legge su "*partecipazione dei lavoratori alla gestione, al capitale e agli utili delle imprese*" (76/2025) che ha l'ambizione di dare alla nostra venerata Costituzione un'attuazione sistematica e in linea con il diritto dell'Unione (art. 1 della l. 76), un'attuazione in cui la traduzione in legge della regola negletta parrebbe funzionale a mettere nell'ombra le altre due pale del trittico (in effetti soprattutto l'art. 40; ma tanto l'art. 39 è da tempo un mostriciattolo macrocefalo che trascina il suo corpo asfittico dietro un primo comma ingigantito da diverse imprevedibili convergenze dottrinali⁷³). È abbastanza naturale che la prima reazione sia una prevalente ritrosia nel prendere sul serio questa sorta di legge-miracolo che cancellerebbe decenni di storia e milioni di pagine del diritto sindacale italiano (e non solo). Com'è possibile che l'Italia passi da un legislatore (quasi) inesistente a un legislatore (illusionisticamente) onnipotente?

In effetti quasi nessuno la vede così. Anche perché la l. 76 – fuori dalla comprensibile propaganda di chi l'ha voluta⁷⁴ – è oggettivamente assai deludente⁷⁵. Nella sua versione definitiva il legislatore pare aver scritto: "vorrei, ma non oso". Quindi, altro che onnipotenza! Se una linea di continuità c'è con il (recente) passato del diritto sindacale italiano, la si può rinvenire – dando ragione ai cantori della l. 76⁷⁶ – nel rigoroso ossequio al predominio dell'impresa e al volontarismo delle relazioni contrattuali. Tutt'al più una spinta gentile⁷⁷, ma gentile più verso l'impresa che verso i lavoratori.

Proprio per questo mi pare si possa concordare con chi ha considerato la l. 76 un'occasione mancata⁷⁸. Sarebbe però grave che la dottrina seguisse il legislatore in questa tentazione dissipatoria affrettandosi a rileggere l'art. 46 alla luce della l. 76, che siano tali riletture volte ad ostacolare o, al contrario, far decollare i vari modelli partecipativi abbozzati da un legislatore tanto timido quanto insidioso.

E allora forse la cosa migliore è rileggere la norma costituzionale alla luce di tutto quello che si è detto prima della l. 76: che è tanto e inversamente proporzionale alla

⁷³ Amplius L. ZOPPOLI, *Per una nuova legislazione di sostegno: convergenze, divergenze, urgenze*, in A.I.D.La.S.S., *Libertà e attività sindacale dopo i cinquant'anni dallo Statuto dei lavoratori*, La Tribuna, 2021, p. 371 ss. Da ultimo v. anche G. FONTANA, *Potere collettivo, Costituzione, nuovi conflitti*, Giappichelli, 2026.

⁷⁴ V. Cisl, «*Manifesto per un lavoro a misura della persona*» del 26 settembre 2023 (in www.cisl.it).

⁷⁵ Sintetizza bene i motivi A. ALAIMO, *Collaborazione e partecipazione dei lavoratori nelle imprese: diritto (art. 46 Cost.) e non diritti (l. n. 76/25)*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2025, p. 1232 ss.

⁷⁶ V. soprattutto M. TIRABOSCHI, F. SEGHEZZI (a cura di), *Partecipazione dei lavoratori*, Adapt University Press, 2025.

⁷⁷ T. TREU, *Ancora sulla partecipazione*, in *Lav.dir.eur.*, 2025, n. 2; v. anche, criticamente, A. ALAIMO, *Collaborazione e partecipazione dei lavoratori nelle imprese: diritto (art. 46 Cost.) e non diritti (l. n. 76/25)*, cit., p. 1235.

⁷⁸ C. GENTILE, *La legge n. 76/2025 sulla partecipazione dei lavoratori nelle imprese: un'occasione mancata per l'effettiva attuazione dell'art. 46 Cost.*, in *Costituzionalismo.it*, 2025, fasc. 2.

rilevanza pratica di una norma⁷⁹ che la stessa dottrina, che in fin dei conti l'ha sempre studiata, considerava in una orbita divergente rispetto a quella della realtà delle relazioni sindacali italiane. Però non si può certo ignorare una legge dello Stato fresca di stampa e approvata con discreto *battage* tra gli addetti ai lavori. Come minimo bisogna considerarla una sveglia ad alto volume, uno scossone per l'inerzia concettuale con cui si è sempre accolta la prospettiva di una legge sindacale attuativa della Costituzione. E questo scossone sembra consigliare di stare bene attenti affinché il legislatore non esca dal suo lungo sonno inventandosi una Costituzione da attuare diversa da quella che pensiamo di avere senza neanche prendersi la briga di riscriverla con gli strumenti appropriati. Saremmo colpevoli anche noi giuslavoristi se non mantenessimo fermo un punto: la nostra Costituzione in materia sindacale ha scommesso su un futuro improntato ad una grande spinta ideale (libertà, pluralismo, impresa competitiva ma capace di affrontare il conflitto sociale tenendo insieme coesione e solidarietà), ma ha anche inizialmente coltivato l'illusione che ci fossero strumenti pronti all'uso da tirar fuori da un armamentario giuridico che la storia ha poi sepolto. Questo, almeno a me, pare un capitolo tanto chiaro quanto inutile da riaprire oggi. E anche nel rileggere l'art. 46 non penso si possa dare fiato a un legislatore che tra le righe della l. 76 volesse suggerire il recupero di modelli che appartengono al passato (come invero fa pensare una delle finalità espresse sempre nell'art. 1: *"rafforzare la collaborazione tra i datori di lavoro e i lavoratori"*). Piuttosto si può cercare di capire cosa manca alla l. 76 perché, *bon gré mal gré*, aiuti a tirar fuori in Italia un sistema sindacale finalmente (o nuovamente) in grado di tradurre in pratica tutto il meglio che c'è nel trittico costituzionale (che forse è ancor più di quello che ci diciamo in genere oggi guardando – alcuni con timore altri con nostalgia – alla stagione d'oro del sindacalismo nostrano, ovvero agli anni '70).

2. Tre letture dell'art. 46

Proprio per tenere fede al mio programma, nei limiti qui consentiti, non valuterei soltanto la l. 76 alla luce della sua dichiarata "matrice", cioè l'art. 46. Piuttosto mi proporrei di coglierne tutte le interazioni "giuridiche" possibili con la norma costituzionale che, in quanto appunto norma costituzionale, non può essere ridotta né a sola matrice di una legge ordinaria né a seme privo di qualsivoglia identità generativa.

Ciò detto, si può ripartire raggruppando le varie letture dell'art. 46 a seconda che la norma sia stata considerata:

⁷⁹ Basti dire che viene menzionata dalla Corte Costituzionale solo una volta (v. la sentenza n. 138 del 1984).

- a) un programma aperto non preclusivo di nessuna soluzione applicativa;
- b) una norma ricca di veri e propri vincoli riguardanti: fonti, tipologia, soggetti, limiti, finalità della partecipazione;
- c) una norma dalla formulazione non rigida, ma sufficiente a ricavarne argini e principi che servano a conciliare il modello partecipativo con altri principi, regole e valori costituzionali. Insomma una pala del trittico (e non solo: v. art. 41): magari non più un trittico barocco, ma rinascimentale come quello del Beato Angelico di Fiesole.

3. Norma elastica, programma aperto

In effetti per lungo tempo – superato lo shock post-bellico insieme a speranze e paure suscitati da visioni rivoluzionarie confinate dietro il muro di Berlino – la norma, senza ombra di dubbio programmatica⁸⁰, è stata considerata una generica aspirazione o un saggio incoraggiamento a realizzare relazioni industriali non troppo sbilanciate sul versante conflittuale. Ma con approcci tanto diversi tra loro. Si va da quelli molto nostalgici⁸¹ o molto generici⁸² o molto scettici⁸³: salvo poi a invocarne, fuori tempo massimo, una sorta di palingenetica attuazione⁸⁴ guardando genericamente al modello tedesco emerso negli anni '50 o senza preoccuparsi di indicare percorsi concreti. All'approccio di Giorgio Ghezzi che, in uno dei commenti più noti e studiati risalente alla fine degli anni '70⁸⁵, la considerò in fondo una norma irrimediabilmente

⁸⁰ V. per tutti P. OLIVELLI, *Relazione*, in A.I.D.La.S.S., *Rappresentanza collettiva dei lavoratori e diritti di partecipazione alla gestione delle imprese*, Giuffrè, 2006, p. 237 ss., che però pure la ritiene produttiva di vincoli giuridici immediati benché non stringenti.

⁸¹ F. RABAGLIETTI, *Il recesso dell'imprenditore dal rapporto di lavoro*, Giuffrè, 1957, p. 48 ss.; A. CESSARI, *Fedeltà lavoro impresa*, Giuffrè, 1965, p. 96 ss.; G. SUPPIES, *La struttura del rapporto di lavoro*, Cedam, 1963, II, pp. 133-134.

⁸² G. GIUGNI, *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, Napoli, Jovene, 1963, p. 308; R. SCOGNAMIGLIO, *Problemi e prospettive della partecipazione alla gestione delle imprese nell'ordinamento italiano e nel sistema della contrattazione collettiva*, in *Riv.infort.*, 1977, I, p. 5 ss.; G. PERA, *Sulla partecipazione dei lavoratori alla gestione delle aziende*, in *Riv.dir.lav.*, 1977, p. 144; E. GHERA, *Partecipazione dei lavoratori e contrattazione collettiva nell'impresa*, in *Impresa e società*, 1977, n. 5, p. 4 ss.; A. VALLEBONA, *Considerazioni generali in tema di partecipazione dei lavoratori alla gestione delle imprese*, in *Dir.lav.*, 19, I, p. 217 ss.

⁸³ R. PESSI, *Innovazione tecnologica e sistema di relazioni industriali: la contrattazione della trasformazione e il protocollo I.R.I.*, in *Riv.it.dir.lav.*, 1986, I, 7332 ss.; ma soprattutto *La partecipazione negoziale tra esperienze nazionali e indirizzi comunitari*, in A.I.D.La.S.S., *Rappresentanza collettiva dei lavoratori e diritti di partecipazione alla gestione delle imprese*, Giuffrè, 2006, p. 237 ss.

⁸⁴ R. PESSI, *Il diritto del lavoro e la Costituzione: identità e criticità*, Cacucci, 2019, p. 427.

⁸⁵ Sul quale v. da ultimo L. ZOPPOLI, *La partecipazione nel pensiero di Giorgio Ghezzi*, in O. MAZZOTTA (a cura di), *Introduzione al diritto sindacale. Letture e riletture*, vol. II, Giappichelli, Torino, 2024, p. 121 ss. Per altri commenti ad art. 46 v. M. PAPALEONI, *sub. art. 46*, in M. GRANDI, G. PERA (Commentario breve alle leggi sul lavoro, Cedam, Padova, 2001,

anacronistica che poteva essere rianimata solo da una contrattazione collettiva forte e innovativa che facesse un buon uso dei “nuovi” diritti di informazione a sostegno di un sindacato politicamente forte⁸⁶. In quegli anni però si passava dal “Piano di impresa” di Giuliano Amato e Bruno Trentin alla “partecipazione conflittuale”: un ossimoro quest’ultimo ritenuto più realistico di altre declinazioni della norma costituzionale⁸⁷. E in fondo per lungo tempo le sorti dell’art. 46 sono sembrate affidate ad una “contrattazione partecipativa” nutrita di protocolli con imprese parapubbliche (IRI soprattutto⁸⁸), qualche esperienza aziendale d’avanguardia e disegni di legge generosi ma quasi tutti dentro le logiche della legislazione di sostegno di stampo statutario⁸⁹.

Però il potenziale organicistico con tendenza alla disciplina olistica dei rapporti di lavoro non è mai andato del tutto perso. In questa corrente culturale l’art. 46 viene letto come una norma più che duttile, quasi una norma Zelig che riflette le forme assunte nella realtà delle relazioni sindacali italiane. Del resto non molto diversamente dalle altre due pale del trittico che la dottrina giussindacale italiana, dinanzi all’impotenza o all’ignavia del legislatore, disegna e ridisegna fino a farvi rientrare tutto ciò che accade nel sistema sindacale di fatto.

Di recente – ma sempre con riferimento a ricostruzioni teoriche nate prima della l. 76 – si è pure provato, come forse mai prima⁹⁰, a schiacciare l’art. 46 Cost. sull’art. 2094

p. 6 ss.; E. PAPARELLA, *sub. art. 46*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Wolters Kluwer, 2006, p. 932 ss.; P. BELLOCCHI, *sub art. 46*, in G. AMOROSO, V. DI CERBO, A. MARESCA (a cura di), *Diritto del lavoro. La Costituzione, il codice civile e le leggi speciali*, Giuffrè, 2009, vol. I, p. 433 ss.; M. CORTI, *sub art. 6*, in R. DEL PUNTA, F. SCARPELLI (a cura di), *Codice commentato del lavoro*, Wolters Kluwer, 2020, p. 241 ss.

⁸⁶ Pionieristico al riguardo U. ROMAGNOLI, *Contrattazione e partecipazione. Studio di relazioni industriali in una azienda italiana*, il Mulino, 1968, e, dal 2023, in ristampa anastatica in www.darwinbooks.it/scaffale con prefazione di Andrea LASSANDARI

⁸⁷ V. E. GHERA, *Le nuove relazioni industriali: dalla contrattazione rivendicativa alla contrattazione partecipativa*, in *Le relazioni sindacali in Italia. Rapporto Cesos 1988-1989*, Edizioni Lavoro, 1990, p. 283 ss.; M. D’ANTONA, *Partecipazione dei lavoratori alla gestione delle imprese*, in B. Caruso, S. Sciarra (a cura di), *Opere*, Giappichelli, 2000, vol. II, p. 252.

⁸⁸ V. M. ROCCELLA, *Una nuova fase delle relazioni industriali in Italia*, in *Lav.dir.*, 1990, p. 85 ss.; da ultimo T. TREU, *Conclusioni*, in M. CARRIERI, P. NEROZZI, T. TREU (a cura di), *La partecipazione incisiva. Idee e proposte per rilanciare la democrazia nelle imprese*, il Mulino, 2015, p. 344 ss.

⁸⁹ F. CARINCI, *La partecipazione dei lavoratori alla gestione: la via italiana*, in C. ASSANTI (a cura di), *Dallo Statuto dei diritti dei lavoratori alla dimensione sociale europea*, Giuffrè, 1991, p. 203 ss.; L. MARIUCCI, *Per un nuovo rapporto tra conflitto e partecipazione*, in *Lav.inform.*, 1997, n. 10, p. 5 ss.; C. ZOLI, *Gli obblighi a trattare nel sistema dei rapporti collettivi*, Cedam, 1992; A. PERULLI, *Il Testo Unico sul sistema di relazioni sindacali e di partecipazione della Electrolux-Zanussi*, in *Lav.dir.*, 1999, p. 41 ss. Anche se – come ricorda da ultimo L. NOGLER, *Rappresentatività e partecipazione nel settore privato: spunti per un convegno*, relazione al XX Seminario di Bertinoro, Bologna, 12/13 dicembre 2025 – Carinci e Pedrazzoli elaborarono una proposta di legge in cui era presente il modello tedesco (F. CARINCI- M. PEDRAZZOLI, *Una legge per la democrazia industriale*, Marsilio, Venezia, 1984). Questo modello affascinava anche Gino Giugni, come dichiara in una schietta conversazione con Alberto Orioli parlando di “*cogestione dolce-amara*” (*Fondata sul lavoro?*, Ediesse, 1994, p. 144 ss.).

⁹⁰ Ma v. gli autori citati in nota 13.

c.c. in virtù del termine “collaborazione” che è sì un tratto comune alle due norme, ma che si può enfattizzare, come nell’art. 1 della l. 76/25, solo se si fa un’operazione decontestualizzante che a me pare scorretta dal punto di vista storico, semantico e, soprattutto, giuridico⁹¹.

È scorretta da un punto di vista storico perché nell’art. 2094 la collaborazione è la quintessenza dell’organicismo corporativo che l’ideologia politica del tempo ha voluto inserire nel corpo di una norma codicistica costruita con materiali tecnici magari datati ma di certo più pregiati⁹²; e comunque non può poi esserci alcun dubbio che l’organicismo di quella stagione – venato di autoritarismo dalla finalità di ingabbiare qualunque libera dinamica dei rapporti di lavoro attraverso l’ampio ricorso al diritto penale edificato nel ventennio da Alfredo Rocco – nulla ha a che vedere con ideologie e tecniche con cui il Costituente costruisce il nuovo diritto sindacale.

È scorretta da un punto di vista semantico perché la “collaborazione” nell’art. 46 connota un diritto e non un dovere come invece nell’art. 2094 e perché dai lavori dell’Assemblea costituente sappiamo che quella parola è un’evoluzione del termine “partecipazione”, presente in una versione precedente della norma, e accettata, magari con qualche ingenuità, anche dal comunista Di Vittorio – che pensava che l’organicismo corporativo fosse *per tutti i partiti della resistenza* un relitto storico – in quanto “sinonimo” e non in quanto suo “rovescio”.

È scorretta infine, e soprattutto, da un punto di vista giuridico perché, come dicevo inizialmente, anche la “collaborazione” sta in un trittico ordinamentale dove il termine va sistematicamente coniugato con “libertà”, “democrazia” e “sciopero”, inteso quest’ultimo come diritto costituzionale dei lavoratori al conflitto. Quindi l’art. 46 sarà anche norma aperta al dinamismo storico, ma non al punto da poterle far dire il contrario di quel che dice, come scriveva con chiarezza un giurista equilibrato come Renato Scognamiglio già nel 1978⁹³. Quindi un diritto (quanto meno) a controllare la

⁹¹ V. B. CARUSO, R. DEL PUNTA, T. TREU, *Manifesto per un Diritto del lavoro sostenibile*, in www.csdle.lex.unict.it, 2020, p. 24 ss. Sul recupero di una causa “collaborativa” nel contratto individuale espressi subito alcune perplessità: v. *Un nuovo diritto del lavoro sostenibile nei confini di un “Manifesto”: tra politica e diritto*, in *Lav.dir.eur.*, 2020, n. 3. Gli autori però hanno successivamente ribadito e collegato anche più esplicitamente a sviluppi delle relazioni industriali in senso più partecipativo: v. B. CARUSO, R. DEL PUNTA, T. TREU, *Il Diritto del lavoro nella giusta transizione. Un contributo “oltre” il manifesto*, in www.csdle.lex.unict.it, 2023, p. 59 ss.

⁹² V., di recente, la sintesi di G. CAZZETTA, *Contratto di lavoro (storia)*, in *Enciclopedia del Diritto. I tematici. Contratto di lavoro*, diretto da R. DEL PUNTA, R. ROMEI, F. SCARPELLI, Giuffrè, 2023, vol. VI, p. 155 ss.

⁹³ “Va riaffermato ... che il motivo ispiratore, che pervade l’art. 46 Cost. e al quale rimangono legate le possibilità e le speranze della sua attuazione, si fonda sulla considerazione di nuovi assetti ed equilibri all’interno dell’impresa, in cui

gestione dell'impresa nulla può avere a che fare con il dovere di collaborare con l'imprenditore. Nell'ordinamento esistono entrambi, ma non vanno né confusi né sovrapposti.

4. Norma da cui derivano precisi vincoli

Nel quadro variegato e in fondo confuso che emerge dal paragrafo precedente, non sono mancate però ricostruzioni che hanno rinvenuto nell'art. 46 un tessuto normativo da cui vanno estratti vincoli precisi e assai stringenti. Lo scriveva già a metà degli anni '70 Luigi Mengoni considerandola una *"soluzione di tipo organicistico delle relazioni tra i gruppi sociali"* quindi poco adatta ad essere attuata in un contesto conflittuale; e aggiungendo che in ogni caso c'era un vincolo grande come una casa (le esigenze delle imprese) volto a impedire a una legge che si richiamasse all'art. 46 un'attuazione che espropriasse gli imprenditori delle loro prerogative⁹⁴.

Su una lunghezza d'onda parzialmente diversa, Pedrazzoli, a metà degli anni '80, valorizza molto la norma costituzionale in una lettura giuslavorista che potremmo definire neo-olistica (cioè che coniuga strettamente rapporto individuale di lavoro subordinato e relazioni collettive o, nel suo lessico ispirato dai coniugi Webb, *"democrazia industriale"*)⁹⁵. Ne fa così un microsistema normativo forte in grado di condizionare di nuovo tutta la fattispecie del lavoro subordinato, ma in un senso forse diametralmente opposto a quello utilizzato in epoca corporativa (una logica di *"contropotere"*) e ricco di affascinanti suggestioni. Solo che questa nuova connessione, anche prescindendo dalla piena condivisione dei sofisticati argomenti giuridici nutriti da attente analisi storiche e comparate, non prende piede perché la dimensione contrattuale individuale dei rapporti di lavoro quando Pedrazzoli scrive è proprio sul punto di *"autonomizzarsi"*, sganciandosi in qualche misura da quella collettiva in una logica neoliberista incompatibile con una valorizzazione così forte dell'esperienza sindacale o,

possa temperarsi, in vista degli obiettivi da raggiungere, il contrasto, che la norma non pretende di superare, tra le forze del lavoro e il ceto imprenditoriale.... Ma si deve anche ammettere che la formula adottata dall'art. 46, innegabilmente aperta a ogni tipo di collaborazione dei lavoratori all'azienda, possa rinvenire la sua legittima attuazione, se e quando si verificheranno le condizioni di opportunità, nella configurazione ad opera della legge ordinaria, ma anche dell'autonomia collettiva, di strumenti ben più evoluti e rilevanti di *effettivo controllo o addirittura di presenza dei lavoratori nelle sedi decisionali* (corsivo mio), per cui potrà tenersi conto dei modelli partecipativi già realizzati in altri Paesi, che hanno raggiunto in questa direzione uno stadio di evoluzione economico-sociale particolarmente avanzata" (*Il lavoro nella normativa costituzionale*, ripubblicato in *Scritti giuridici 2. Diritto del lavoro*, Cedam, 1996, p. 928-929).

⁹⁴ L. MENGONI, *Introduzione al titolo I*, in *Commentario dello Statuto dei lavoratori* diretto da U. PROSPERETTI, Giuffrè, 1975, p. 33.

⁹⁵ V. soprattutto la monografia *Democrazia industriale e subordinazione*, Giuffrè, 1985.

comunque, “grupale”⁹⁶. L’operazione teorica di Pedrazzoli per questo verso è dunque anacronistica⁹⁷; ciononostante il rilancio dell’art. 46 è fecondo, con un grande impiego di nuove concettualizzazioni molto alimentate dalla comparazione giuridica, specie con la Germania della *Mitbestimmung*, non più trattata come una *deviazione* dalla retta via dei cambiamenti socio-economici strutturali, ma ritenuta il vero prototipo di un modello partecipativo a cui Pedrazzoli vuole in fin dei conti ricondurre anche l’art. 46⁹⁸. Io prendo per buona questa parte del lavoro di Pedrazzoli almeno quanto la sua idea di ricostruire l’unità della fattispecie mi pare oggettivamente e storicamente fallimentare⁹⁹. Però, a mio parere, Pedrazzoli ne fa derivare una serie di vincoli troppo stringenti, fondati su una definizione puntuale della nozione di partecipazione dei lavoratori alle decisioni dell’impresa (come capacità di influire sulle scelte aziendali *congiuntamente* ad opera di imprenditore e lavoratori) che non ha un addentellato né testuale né sistematico nella nostra Costituzione. Da questa definizione essenzialmente dogmatica scaturiscono poi opzioni interpretative molto restrittive come la riserva assoluta di legge, soprattutto a tutela delle prerogative imprenditoriali, o l’esclusione radicale dall’art. 46 della partecipazione finanziaria o dei diritti di informazione e consultazione che non danno vita a modelli di decisione congiunta. Qui mi paiono più convincenti sia le interpretazioni relativamente più aperte di Massimo D’Antona¹⁰⁰ sia la potente lettura etico-valoriale sostenuta da Mario Napoli¹⁰¹. Quest’ultimo, in sintonia con la Cisl, si farà anche promotore di proposte di legge attuative dell’art. 46 che contengono elementi innovativi rispetto a quelle più permeate di cultura conflittuale e che adombrano coraggiose prospettive di inediti terreni di incontro tra logiche di impresa e sindacati dei lavoratori.

Comunque, anche grazie a un nuovo impulso europeo, nel terzo millennio l’art. 46 conosce una sorta di seconda vita¹⁰². E questa seconda vita mi pare all’insegna della

⁹⁶ Il termine è di P. BARCELLONA, *La solidarietà come fatto e come diritto*, in *LD*, 1996, p. 11, ampiamente ripreso da M.G. GAROFALO, *Solidarietà e lavoro*, in M. NAPOLI (a cura di), *La solidarietà*, Vita e Pensiero, 2009, p. 3 ss. Sul progressivo “distacco” del contratto individuale dalla dimensione collettiva v. M. D’ANTONA, *L’autonomia individuale e le fonti del Diritto del lavoro*, in *Dir.lav.rel.ind.*, 1991, p. 5 ss.

⁹⁷ Lo argomentai più diffusamente in *Relazione*, in A.I.D.La.S.S., *Rappresentanza collettiva dei lavoratori e diritti di partecipazione alla gestione delle imprese*, Giuffrè, 2006, pp. 96-98.

⁹⁸ V. da ultimo, *La partecipazione dei lavoratori: un tema di natura costituzionale e politica*, in C. ZOLI (a cura di), *Lavoro e impresa: la partecipazione dei lavoratori e le sue forme nel diritto italiano e comparato*, Giappichelli, 2015, p. 1 ss. *Ivi* a p. 13 scrive che l’art. 46 è una norma che si è “per anni del tutto eclissata”.

⁹⁹ V. la mia relazione citata in nota 29.

¹⁰⁰ M. D’ANTONA, *Partecipazione, codeterminazione, contrattazione (temi per un diritto sindacale possibile)*, in *Riv.giur.lav.*, 1992, I, p. 137 ss.

¹⁰¹ M. NAPOLI, *Per un progetto legislativo sulla partecipazione*, in M. NAPOLI, *Lavoro, diritto, mutamento sociale (1997/2001)*, Giappichelli, 2002.

¹⁰² V., da ultimo, M. CORTI, *sub art. 6*, cit.. Misi al centro questa fase nella relazione citata in nota 29.

riscoperta di un tracciato nuovo per le relazioni industriali italiane che, senza perdere la vitalità di conflitto e contrattazione, potrebbero riscoprire le virtù democratiche dei modelli partecipativi, fuori da ogni ritorno a visioni organicistiche o monolitiche dell'impresa e del sistema economico. Insomma una partecipazione a trazione europea con forte carica innovativa¹⁰³. Però in questo approccio l'art. 46 rischiava comunque o l'afonia o una vera e propria sordina, sia perché cronologicamente lontano da un'applicazione mediata attraverso i complicati percorsi del diritto europeo sia perché da taluni (*in primis* Pedrazzoli) interpretato con amputazioni spiazzanti rispetto alla proteiforme nozione di "coinvolgimento dei lavoratori" che emerge in Europa nello scorcio del millennio. E il giurista non può a mio parere accettare a cuor leggero il sostanziale svuotamento di una norma costituzionale per quanto motivata con l'indifferenza del legislatore nazionale (l'argomento basato su tale indifferenza oltre tutto prova troppo perché, come s'è detto, il trittico costituzionale cui appartiene l'art. 46 è in gran parte ignorato dalla legge). Proprio questa convinzione, molto presente nella mia relazione al più volte citato convegno A.I.D.La.S.S. del 2005, mi pare sia stata centrale nel ricco dibattito teorico che si è sviluppato nel nuovo millennio con la pubblicazione di varie monografie in materia, qualcuna davvero di ottimo livello¹⁰⁴.

A parte l'impegno crescente della dottrina su questo terreno, va anche tenuto conto che una decina di anni fa un altro paio di proposte di legge hanno riprovato a dare vitalità all'art. 46. La prima è il ddl del 2014 promosso dalla rivista napoletana *Diritti lavori mercati*, che, con approccio certamente "ambizioso e onnicomprensivo"¹⁰⁵, guarda sia al modello tedesco per la partecipazione (in forma assai *soft* e nutrito dal diritto dell'Unione) sia al modello anglosassone per la rappresentanza in azienda, confidando in una lettura dell'art. 46 molto rivolta al futuro. La seconda si rinviene nella

¹⁰³ V. F. GUARRIELLO, *La partecipazione dei lavoratori nella società europea*, in *Dir.lav.rel.ind.*, 2003, p. 1 ss.; A. ALAIMO, *Il coinvolgimento dei lavoratori nell'impresa: informazione, consultazione e partecipazione*, in B. CARUSO, S. SCIARRA (a cura di), *Il lavoro subordinato*, in *Trattato di Diritto privato dell'Unione europea*, Giappichelli, 2009, p. 641 ss.; M. CORTI, *La partecipazione dei lavoratori. La cornice europea e l'esperienza comparata*, Vita e Pensiero, 2012. Anche Marco Biagi ne era convinto: v. L. ZOPPOLI, *Rileggendo un "classico moderno": Cultura e istituti partecipativi delle relazioni industriali in Europa di Marco Biagi*, in *Dir.lav.rel.ind.*, 2022, p. 573 ss.

¹⁰⁴ V. M. CORTI, *La partecipazione dei lavoratori. La cornice europea e l'esperienza comparata*, Vita e Pensiero, 2012; A. DURANTE, *Il coinvolgimento dei lavoratori nell'impresa tra libertà economica e democrazia industriale. L'ordinamento giuridico europeo e le prospettive italiane*, Universitas Studiorum, 2013; M. BIASI, *Il nodo della partecipazione dei lavoratori. Evoluzioni e prospettive nel confronto con il modello tedesco ed europeo*, Egea, 2013; F. PASCUCCHI, *La partecipazione dei lavoratori. Responsabilità sociale e amministrazione d'impresa*, Ipsoa, 2013; M. GAMBACCIANI, *Diritti sindacali partecipativi e "dovere" di contrarre*, Giappichelli, 2023; A. MICIELI, *La partecipazione nei rapporti economici. Il compito disatteso della Repubblica*, Giappichelli, 2024.

¹⁰⁵ T. TREU, *Conclusioni*, cit., p. 353.

Carta dei diritti dei lavoratori della Cgil del 2016 che, all'interno di un quadro attuativo della Costituzione che contempla l'art. 39 nella sua originaria formulazione, riprendeva il versante diritti di informazione ed esame congiunto, con un occhio particolare alle aziende parapubbliche, rilanciando la prospettiva degli anni '90 del secolo scorso e poco confidando nell'espansione del modello tedesco appena adombrato per le imprese "strategiche". La proposta di *DLM*, pur presa subito in seria considerazione in un'ottica di relazioni industriali¹⁰⁶, rimarrà nel dibattito teorico come una sorta di orizzonte affascinante, ma irraggiungibile¹⁰⁷. La seconda diventa disegno di legge popolare¹⁰⁸: ma, a differenza della proposta Cisl che ha dato vita alla l. 76, resterà sepolta tra i tanti progetti non valorizzati nelle passate legislature, seppure non del tutto dimenticato dalla dottrina¹⁰⁹.

Degno di nota è che in questi anni autorevolissimi studiosi, giuslavoristi o sociologi delle relazioni industriali, cominciano a differenziare con più forza i modelli partecipativi riconducibili anche all'art. 46 e coniano una nuova espressione, magari priva di valenza giuridico-ermeneutica ma significativa sul piano della politica del diritto: "la partecipazione incisiva"¹¹⁰. Dove l'incisività è però espressamente collegata al ruolo dell'*hard law*¹¹¹.

¹⁰⁶ V. M. CARRIERI, P. NEROZZI, T. TREU (a cura di), *La partecipazione incisiva*, cit.. Ma v. anche, con analisi di carattere più giuridico, *L'attuazione degli articoli 39 e 46 della Costituzione. Tre proposte a confronto*, *Quad. Riv. giur. lav.*, n. 1, 2016, con scritti di L. MARIUCCI, E. GRAGNOLI, A. LASSANDARI, S. SCARPONI, V. LECCESE, D. GOTTARDI, A. BELLAVISTA, A. MARESCA, A. ZOPPOLI, F. SCARPELLI, V. BAVARO, U. CARABELLI.

¹⁰⁷ Da ultimo la ricorda A. ALAIMO, *Collaborazione e partecipazione dei lavoratori nelle imprese*, cit.

¹⁰⁸ V. L. ZOPPOLI, *Tradizione e innovazione nella carta dei diritti universali del lavoro della Cgil*, in L. CALCATERRA (a cura di) *Studi in onore di Raffaello De Luca Tamajo*, Editoriale scientifica, 2018, p. 113 ss.

¹⁰⁹ V. C. PAREO, *Le nuove frontiere della partecipazione nella doppia transizione*, in P. ALBI (a cura di), *Partecipazione, conflitto ed eguaglianza*, cit., p. 381 ss.

¹¹⁰ M. CARRIERI, P. NEROZZI, T. TREU (a cura di), *La partecipazione incisiva*, cit.

¹¹¹ "Dobbiamo poi chiederci quanto possano e debbano essere stringenti e, per così dire, cogenti le previsioni in materia. Nella discussione scientifica non manca chi sostiene che sia preferibile prendere in considerazione, almeno in via opzionale, una sorta di strada di *soft law* che lasci alle parti la scelta della forma partecipativa ottimale in ragione delle loro convenienze e priorità. Oppure ancora che possa essere immaginato come l'obiettivo della codeterminazione alla tedesca faccia parte di un "menù" opzionale a disposizione delle parti, e quindi legato alla loro volontà e alle loro scelte. Queste ipotesi non ci paiono idonee ad affrontare di petto la questione, per quanto la loro prudenza poggi su alcuni fondamenti da non sottovalutare. In realtà la partecipazione incisiva, per decollare pienamente, ha bisogno di una spinta, perché appare improbabile...che prenda forma come effetto spontaneo della buona volontà degli attori. Inoltre una delle criticità italiane risiede, a nostro avviso, nella eccessiva eterogeneità delle prassi di partecipazione adottate per via contrattuale. Non sempre queste modalità rispondono ad esigenze funzionali e di efficacia: piuttosto si sono rivelate il prodotto di casualità e situazioni congiunturali, spesso imputabili agli orientamenti soggettivi del *management*. Dunque appare preferibile introdurre in questo campo, per quanto possibile e senza forzature, elementi omogenei e generalizzabili. E quindi l'intervento da immaginare ... dovrebbe essere più prossimo agli stili dell'*hard law*, pur se fuori dalle logiche delle camicie di forza" (*ibid.*, pp. 25-26).

Ma tenere il progetto su un registro “ambizioso e onnicomprensivo”, come l’incisività richiederebbe, non convince chi potrebbe promuoverne gli sviluppi sul piano della concreta praticabilità. Più praticabile appare favorire gradualmente la maturazione delle pre-condizioni nelle aziende¹¹² (in sostanza qualcosa di molto simile alla l. 76). Anche se oltre dieci anni prima, persino Marco Biagi, non certo un fan della “legge sindacale” attuativa della Costituzione, si era seriamente interrogato sul grado di “normativismo” necessario a favorire una cultura partecipativa in un sistema di relazioni industriali ispirato al più rigoroso pluralismo¹¹³. Ma Biagi, appunto, parlava dell’Europa e non del nostro art. 46.

5. Norma programmatica con argini e principi per il legislatore

Mi pare dunque si possa dire che all’inizio del millennio l’art. 46, seppure a fatica, si è senz’altro riguadagnato il suo dignitoso spazio nel trittico costituzionale anche prima di una legge che intendesse attuarlo con ambizioni sistematiche. A parte quelle letture che vorrebbero legarlo ad un passato al quale è estraneo, molti sono i contributi che nella chiave suddetta ne hanno rivitalizzato anche una certa portata precettiva. Senza esasperarne i vincoli, si può dunque fare il punto su alcuni argini e principi molto attuali che l’art. 46 pone all’auspicato sviluppo della gamba partecipativa del nostro sistema di relazioni sindacali. Tre mi sembrano i punti di forza per scavare un visibile solco in cui il non più carsico¹¹⁴ fiume (o torrente, si vedrà) di un eventuale – ma oggi più probabile – moto partecipativo possa scorrere in conformità ai principi tracciati dalla Costituzione: a) riserva di legge; b) diritto a dimensione collettiva; c) diritto da garantire a tutti i lavoratori.

A) La riserva di legge è esplicita e fa del 46 una norma programmatica. Se ne capisce anche bene la ragione: il legislatore deve garantire il rispetto di due rilevanti interessi esplicitamente indicati nello stesso 46, l’elevazione economica e sociale del lavoro e le esigenze della produzione. Qui una prima osservazione da fare però è che non si tratta di un bilanciamento tra due interessi equivalenti. La norma è molto chiara: “l’elevazione economica e sociale del lavoro” (in questo caso “lavoro” inteso nel senso soggettivo di “lavoratori subordinati”, cioè eterodiretti, e perciò destinati a “subire” le scelte che restano prerogative dell’impresa) è la finalità che il legislatore deve perseguire, anche in attuazione dell’eguaglianza sostanziale di cui all’art. 3, c. 2, Cost.;

¹¹² T. TREU, *Conclusioni*, cit., p. 337.

¹¹³ V. ZOPPOLI, *op. cit.* in nota 35.

¹¹⁴ Così A. MICHIELI, *L’effettiva partecipazione*, cit., p. 2, citando A. ALAIMO, *L’eterno ritorno della partecipazione: il coinvolgimento delle nuove regole al tempo delle nuove regole sindacali*, in WP Massimo D’Antona.IT, 219/2014.

mentre le esigenze della produzione costituiscono un limite da rispettare per garantire la libertà dell'iniziativa economica privata di cui all'art. 41 Cost. Senza dimenticare però che tale iniziativa economica sta in Costituzione già con dei suoi propri limiti, resi di recente anche più rilevanti (v. tutela ambientale) da cui si ricava che la "socialità" (ovvero "utilità sociale") dell'impresa, sempre più spinta ad agire secondo logiche di mercato, va garantita *anche* da un regime giuridico che amplifichi il ruolo di soggetti che nell'impresa stessa facciano valere interessi ulteriori rispetto a quelli, sempre rilevanti, della produzione. Pure a questo può e deve essere finalizzata la partecipazione ex art. 46. La seconda osservazione sulla riserva di legge riguarda la sua natura: assoluta o relativa? La questione assume una notevole rilevanza proprio dinanzi ad una legge come la n. 76 che, come già ho scritto¹¹⁵, ha una struttura leggera, finanche "apparente", rimettendo quasi tutta la concretizzazione dei vari percorsi partecipativi alla contrattazione collettiva. Si dubita fortemente che ciò sia compatibile con l'art. 46¹¹⁶. I dubbi appaiono ben condivisibili; però sulla questione preferisco tornare successivamente (v. par. 7).

B) Il diritto previsto dall'art. 46 riguarda il coinvolgimento dei lavoratori nella gestione dell'impresa e in quanto tale non può essere declinato a livello individuale, ma deve avere una marcata dimensione collettiva, nel senso che va riconosciuto a soggetti in grado di far valere concretamente l'interesse collettivo dei lavoratori nella gestione delle imprese¹¹⁷. Non mi pare che questa struttura del diritto si riverberi sulla tipologia delle forme partecipative, almeno nel senso che non esclude nessun regime partecipativo che abbia in sé la possibilità di dar vita a un controllo nell'interesse collettivo dei lavoratori (seppure temperato dal limite dell'interesse di ciascuna impresa in cui la partecipazione venga praticata). Però, se si parte da questa ricostruzione dell'art. 46, la più coerente per lettera e collocazione sistematica, non possono considerarsi attuative del disposto costituzionale quelle norme che mancano del tutto di una, pur potenziale, soggettività collettiva (v. artt. 5, 6 e 7 della l. 76).

C) Infine, si è ritenuto di recente che l'art. 46 riconosca il diritto a partecipare a *tutti* i lavoratori interessati e che tale principio sia in grado di vincolare il legislatore ogniqualvolta riconosca, almeno a livello della singola impresa, un diritto partecipativo riconducibile alla norma costituzionale. Ciò comporterebbe, ad esempio, che diritti partecipativi attribuiti alle rsa di cui all'art. 19 sarebbero in contrasto con la

¹¹⁵ Una legge "apparente" sulla partecipazione alla gestione delle imprese, in *Dir.lav.rel.ind.*, 2025, n. 4.

¹¹⁶ V. per tutti R. SANTAGATA DE CASTRO, *La nuova disciplina sulla partecipazione*, cit.

¹¹⁷ Lo sostenni nel 2005 e ne sono ancora pienamente convinto. Mi piace ricordare, tra i molti che concordano, M. CORTI, *sub art. 46*, cit.

Costituzione se alla medesima rsa non si riconoscesse una legittimazione che coinvolgesse tutti i lavoratori, ovvero se essa non assumesse le caratteristiche di una rsu¹¹⁸. Si tratta di una proposta interpretativa piuttosto impegnativa che costringe ad un rigoroso *check-up* della nutrita legislazione in materia di diritti di informazione e consultazione dei lavoratori. Ma mi pare una condivisibile vitalizzazione dell'art. 46 specie in un momento in cui vige una legge che intende attuarlo programmaticamente. Anche qui ne discende che quelle norme della stessa l. 76 che sembrano ignorare tale principio derivante dall'art. 46 (ad esempio art. 9) vanno ritenute incostituzionali o da interpretare nel senso indicato.

6. La partecipazione nella stagione del costituzionalismo digitale

A favore di un'attenta interpretazione dell'art. 46 a supporto della partecipazione più incisiva possibile c'è poi l'attuale fase tecnologica in cui l'intelligenza artificiale o IA rischia di innescare mutamenti antropologici e ordinamentali che riguardano anche quel che l'impresa moderna, per quanto spersonalizzata, ancora condivide con l'idea di umano: il controllo sulle tecnologie. Sul punto la l. 76 è manchevole o distratta¹¹⁹. Nè, pur con buona volontà, è facile integrarla con normative nazionali vecchie o nuove¹²⁰. In aggiunta si segnala la necessità di nuove letture costituzionali all'altezza della attuale fase tecnologica. Anche qui ovviamente si ripropongono vecchi dilemmi. Uno per tutti: più libertà per le imprese o più diritti per i lavoratori? È una questione che si può porre – e si è posta con spettro oggettivo ben più ampio¹²¹ – sul piano degli ordinamenti costituzionali *in fieri*, specie a livello sovranazionale. A mio parere non v'è però ragione perché la questione non debba abbracciare anche l'interpretazione delle norme costituzionali nazionali, interpretazione che entra di forza nelle scelte di politica del diritto soprattutto quando parliamo di norme come l'art. 46 così sensibili, per genesi, fattura e storia applicativa ai mutamenti di contesto. In questo caso il contesto in corso di profonda trasformazione (si parla di transizione digitale a livello mondiale) è di tipo tecnologico; ma bisogna essere ciechi per non cogliere come questa trasformazione stia incidendo profondamente su morfologia ed equilibri dei poteri tanto pubblici quanto privati. Alcune grandi imprese (le c.d. *big tech*) – che producono

¹¹⁸ V. L. NOGLER, *Rappresentatività e partecipazione nel settore privato: spunti per un convegno*, relazione al XX Seminario di Bertinoro, Bologna, 12/13 dicembre 2025; ma v. già L. NOGLER, *Statuto dei lavoratori e ideologia del "nuovo sindacato"*, in *Costituzionalismo.it*, 2020, n. 1, p. 206.

¹¹⁹ V. L. ZOPPOLI, *op. cit.* in nota 47; A. ALAIMO, *op. ult. cit.*; C. LAZZARI, *Legge 14 maggio 2025, n. 766 e tutela e sicurezza sul lavoro: primi spunti per una lettura organizzativa*, in *Dir.sic.soc.*, 2025, 2, p. 1 ss.

¹²⁰ V., anche per ulteriori indicazioni bibliografiche, L. ZOPPOLI, *Il labirinto europeo dei diritti sociali. Salute, sicurezza e digitalizzazione*, in *Riv.giur.lav.*, 2026, I, n. 1.

¹²¹ V. O. POLLICINO, *Costituzionalismo digitale. Pensare la democrazia al tempo dell'IA*, il Mulino, 2025.

e gestiscono la produzione di sistemi algoritmici dalla diversa gradazione evolutiva (fino a vere e proprie intelligenze “agentiche”¹²²) e piattaforme di servizi operanti sulla base di quelle tecnologie – stanno assumendo forza e poteri smisurati tali da condizionare i sistemi politici, comunicativi ed economici nazionali. Una grande questione giuridica di ordine globale è come limitare questi poteri estendendo i principi del costituzionalismo a tutela della libertà e della dignità degli umani anche ai nuovi poteri tanto nei rapporti con altri poteri pubblici quanto nella loro veste di poteri privati. A tal riguardo uno degli aspetti più spinosi riguarda gli strumenti per eliminare o ridurre l’opacità dei criteri di funzionamento dei vari sistemi algoritmici, che nella più recente evoluzione tendono a superare l’automazione per varcare la soglia dell’autonomia¹²³. Dinanzi a questi processi il costituzionalismo digitale procede con varie tecniche regolative più o meno evolute. Nei più recenti sviluppi del diritto dell’Unione si registra una ancora perfettibile affermazione del principio antropomorfo, di cui sono importanti manifestazioni il diritto al controllo umano e il diritto a conoscere i criteri di funzionamento dei sistemi (diritto alla spiegazione): due diritti che confinano e variamente si combinano con garanzie di tipo procedurale volte ad impedire preventivamente che l’adozione di sistemi gestionali algoritmici sia lesiva dei diritti fondamentali. In concreto si può far riferimento a tre importanti regolamenti dell’Unione: 2016/679 (GDPR), 2022/206 (DSA), 2024/1468 (AI). In questi testi tali diritti di rango costituzionale vengono essenzialmente declinati in chiave individuale e con una tendenza ad affidare tecniche regolative a soggetti privi di legittimazione democratica (c.d. standardizzazione tecnica della regolazione¹²⁴): ma si tratta di una debolezza che appartiene ad una fase complicata che non caratterizza per intero il diritto dell’Unione (regole di stampo diverso si trovano ad esempio nella c.d. Direttiva piattaforme) e che, nella sua miopia, non deve fare arretrare le garanzie costituzionali degli Stati membri. Il controllo procedurale dei sistemi algoritmici generativi in ogni caso può dunque considerarsi un nuovo principio di rango costituzionale che va declinato in modo proporzionale all’emersione del rischio di compressione delle libertà costituzionali e della dignità della persona, in particolare della persona del lavoratore che si sviluppa all’interno delle formazioni sociali come l’impresa (art. 2 Cost.). Da questo processo in atto viene a mio parere un forte sostegno ad interpretazioni che potenzino la portata dell’art. 46 nei confronti dei poteri privati che ancor più oggi rischiano di comprimere l’“elevazione economica e sociale del lavoro” umano. Nel senso

¹²² V. F. BASSANINI, *Prefazione*, in ASTRID, *Modelli di intelligenza artificiale generativa e assetti di mercato*, Passigli Editori, 2026, p. 12.

¹²³ V. O. POLLICINO, *Costituzionalismo digitale*, cit., p. 155.

¹²⁴ V. R. TONELLI, *Standardizzazione tecnica e diritto del lavoro*, JUVENE, 2025, p. 200 ss.

appunto che se l'IA deve essere antropocentrica – nuovo principio in via di affermazione almeno in Europa, seppure contrastato dalla tendenza trumpiana a de-costituzionalizzare il diritto sovranazionale¹²⁵ – le normative sull'impresa devono potenziare tutti i fattori interni che rendono l'impresa stessa una “formazione sociale” in cui si sviluppa la persona umana, *in primis* quella del lavoratore che nell'organizzazione vede doverosamente impegnata la sua energia lavorativa. Quanto al controllo sulle tecnologie questo significa il potenziamento del controllo collettivo dei lavoratori sul concreto impatto che una tecnologia potente come l'IA può avere nello svolgimento delle attività quotidiane nell'impresa. Anche per non affidare imprevedibili macchinismi alla sola responsabilità della proprietà. Viene da riprendere un antico principio etico-deontologico dei fautori della partecipazione: “l'impresa è una cosa troppo seria per lasciarla solo nelle mani del *management*”¹²⁶.

7. L'art. 46 nel trittico di principi e regole del sistema sindacale conforme a Costituzione

Se dunque l'art. 46 si legge in modo strettamente connesso con 39¹²⁷ e 40 e tenendo conto degli sviluppi appena richiamati del costituzionalismo digitale, si può ricavare: a) una conferma della sua collocazione in una dimensione di relazioni collettive; b) una ulteriore conferma che la norma, oltre a contenere principi, richiede senz'altro una legge attuativa, ma, riprendendo un punto prima già accennato, non contiene una riserva assoluta; c) che la partecipazione non è alternativa al conflitto: 40 e 46 devono coesistere senza elidersi o anche solo ostacolarsi.

Sono tre profili ampi su cui molto si potrebbe ancora aggiungere. Propongo solo qualche piccolo approfondimento sui punti b) e c).

La soluzione della riserva relativa di legge, oggi più di ieri, mi pare discenda da una coerente collocazione del 46 nel trittico costituzionale, all'interno del quale un'altra pala, l'art. 40, ha conosciuto una più che trentennale, ancorché parziale, attuazione legislativa (l. 146/90) in cui la contrattazione gioca un ruolo di primissimo piano. Non foss'altro che per coerenza sistematica, anche per la partecipazione va bene dunque il rinvio legale alla contrattazione collettiva, ma non una contrattazione di diritto

¹²⁵ V. P. DE SENA, D. MAURI, *Diritto internazionale: la fine delle regole?*, in *Rapporto ISPI 2026. Liberi tutti?*, Ledizioni, 2026, p. 53 ss.

¹²⁶ V. G. BAGLIONI, *La nozione di partecipazione dei lavoratori nella Direttiva sulla Società europea*, in *Dir.lav.rel.ind.*, 2003, p. 173.

¹²⁷ V., per un forte invito in tal senso in epoca del tutto insospettabile, M. D'ANTONA, *Partecipazione, codeterminazione, contrattazione*, cit., p. 158.

comune. Qui – a parte il precedente testuale dell'art. 8 del d.lgs. 138/2011 conv. con l. 148/2011, che disciplina la contrattazione collettiva di prossimità avente come finalità anche l'adozione di "forme di partecipazione" ad essa riconoscendo uno speciale regime vincolante – valgono due considerazioni. Se la contrattazione deve avere la forza di realizzare un diritto costituzionale alla partecipazione alla gestione delle imprese riguardante tutti i lavoratori interessati, almeno in un certo ambito, non può farlo in un regime di contrattazione di diritto comune. Il discorso non riguarda ovviamente né unicamente né in prevalenza il livello aziendale, già di suo tendenzialmente con efficacia espansiva. Infatti non solo il trittico costituzionale non favorisce la frammentazione aziendalistica, essendo la partecipazione dei lavoratori alla vita economica e sociale un principio fondamentale di valenza universale, ma la l. 76 non esclude affatto che i modelli partecipativi siano previsti da contratti territoriali o nazionali. Tra questi ultimi anche la contrattazione di categoria cui fa esplicito riferimento l'art. 39 Cost. Certamente non si può ricavare dall'art. 46 un divieto per la contrattazione di diritto comune di regolare istituti partecipativi; nemmeno se lo si facesse a tutela delle "esigenze delle imprese", che mi parrebbero a sufficienza garantite almeno fino a che la stipulazione di un contratto collettivo, specie di livello aziendale, non viene imposto in alcun modo da nessuno. Però nel rapporto legge/contratto collettivo, soprattutto dopo la l. 76 e alla luce delle interpretazioni che la sminuiscono o ne segnalano la pericolosità¹²⁸, c'è una pista interpretativa da seguire che non porta forse all'incostituzionalità della nuova legge per contrasto con l'art. 46¹²⁹, ma a chiarire le interpretazioni *necessarie* a garantire la riconducibilità della stessa ai principi costituzionali (secondo i canoni della interpretazione costituzionalmente orientata, doverosa prima di caducare leggi per giunta epocali). Una tale opera di interpretazione orientata, pur da taluni assai criticata, consentirebbe in tal caso al giudice ordinario di far funzionare più correttamente la l. 76 senza costringerla più di tanto nella sua classificazione tra le leggi "apparenti"¹³⁰. E allora forse non basta il riferimento generico a sindacati comparativamente più rappresentativi (art. 2), ma occorre coniugare rinvio al contratto collettivo e pieno rispetto della libertà sindacale così come si deduce anche dalla più recente giurisprudenza della Corte costituzionale (231/2013 e 156/2025)¹³¹. Anche perché qui, come si diceva, il rinvio ai contratti collettivi difficilmente può essere considerato come rinvio alla contrattazione di diritto comune (che peraltro mi pare fatta

¹²⁸ Per le prime v. A. INGRAO, *La partecipazione*, cit.; M. NOVELLA, *La partecipazione dei lavoratori*, cit.; per le seconde v. A. GABRIELE, *I diritti di partecipazione "sindacale" in azienda nell'era delle grandi transizioni*, in *Lav.dir.eur.*, 2025, n. 3, p. 12.

¹²⁹ Sul punto v. R. SANTAGATA DE CASTRO, *La nuova disciplina sulla partecipazione*, cit.

¹³⁰ Sui plurimi significati di tale classificazione v. il saggio citato in nota 47.

¹³¹ In senso analogo L. NOGLER, *Rappresentatività e partecipazione nel settore privato*, cit.

esplicitamente salva se contiene condizioni più favorevoli per i lavoratori: art. 11): piuttosto si tratta di un rinvio simile a quello della l. 146/90 (dove però c'è la Commissione di garanzia, ben diversa dalla Commissione prevista dalla stessa l. 76: la prima, com'è noto, vigila sui contenuti regolativi degli accordi collettivi e ne sostiene la forza giuridica) o, ancor più, ai contratti che condizionano dall'interno scelte di assetto strategico dell'impresa o l'esercizio di poteri datoriali¹³². Quindi anche la l. 76 contiene rinvii legali a contratti con efficacia tendenzialmente *erga omnes*: un'efficacia che li renderebbe idonei a tradurre in legge la partecipazione in conformità al tritico costituzionale. Anche i contratti di prossimità, che, come si diceva poc'anzi, possono avere ad oggetto la partecipazione, devono essere stipulati rispettando "un criterio maggioritario": questo potrebbe essere un modello per modificare la l. 76¹³³. In attesa di auspicabili modifiche, dai ragionamenti svolti mi pare derivino alcune conseguenze sul piano interpretativo: a) il diritto a negoziare i contratti di cui alla l. 76 va riconosciuto a tutti i sindacati comparativamente più rappresentativi; b) la rappresentatività dei sindacati che stipulano i contratti di cui alla l. 76 va verificata oggettivamente facendo riferimento ogni volta che sia possibile ai parametri ormai diffusi delle deleghe e dei voti riguardanti i sindacati operanti nell'azienda, nel territorio o nella categoria contrattuale¹³⁴; c) la non ammissibilità di contratti aziendali stipulati con rsa prive di una legittimazione tra tutti i lavoratori.

Questa interpretazione della legge alla luce del tritico costituzionale non vuol dire che si debba mettere la parola fine alla classica contrattazione partecipativa di diritto comune. In assenza di una esplicita norma di chiusura in tal senso nella l. 76 (di tenore opposto mi pare il già citato art. 11) è tesi insostenibile. Però nell'ampia materia partecipativa oggi regolata dalla legge, se dovesse nascere un contrasto tra un contratto cui rinvia la l. 76, stipulato secondo l'interpretazione costituzionalmente orientata appena proposta, e un contratto di diritto comune, sarebbe difficile non sostenere la prevalenza del primo. In tal senso si può ancora richiamare l'art. 8 del d.l. 138/2011 secondo cui i contratti di prossimità "operano anche in deroga ... alle relative regolamentazioni contenute nei contratti collettivi nazionali di lavoro", che a norma del

¹³² Su questi temi, v., da ultimo anche per ulteriori riferimenti bibliografici, I. ALVINO, *I rinvii legislativi al contratto collettivo*, in G. AMOROSO, V. DI CERBO, A. MARESCA, in *Diritto del lavoro*, cit., spec. p. 5 ss.

¹³³ Sulla problematicità applicativa di questa norma v. da ultimo, A. PRETEROTI, *Alla ricerca del sindacato comparativamente più rappresentativo ai sensi dell'art. 8, d.l. n. 138/2011*, in *Ambientediritto*, 2026, n. 1.

¹³⁴ Per una recente ricostruzione della rappresentatività dei soggetti negoziali nei rinvii legali a contratti collettivi v. P. MONDA, *Potere sindacale, democrazia e rinvio legale*, Editoriale scientifica, 2024, spec. p. 212 ss.

decreto stesso restano in un regime di diritto comune¹³⁵. Diversa sarebbe la situazione dei contratti collettivi nazionali attuativi della l. 76 che fossero stipulati nel rispetto dell'interpretazione costituzionalmente orientata e ai quali dunque potrebbe riconoscersi una posizione giuridica rafforzata. Invece mi parrebbe impregiudicata la questione dei rapporti tra contratti collettivi di diverso livello tutti stipulati in base alla l. 76/2025, essendo tale legge anche a questo riguardo lacunosa.

Quanto infine al rapporto tra i diritti che derivano dagli artt. 40 e 46, a parte la loro coesistenza costituzionalmente necessaria, si tratta di trovare percorsi concreti che possano evitare frizioni o addirittura collisioni. Sono due diritti costituzionali dei lavoratori che si collocano entrambi in una dimensione collettiva e che devono trovare modalità di esercizio tali da ridurre il potenziale contrasto. Quando il lavoratore che partecipa può entrare in contrasto con il lavoratore che protesta? È un problema del legislatore o delle rappresentanze dei lavoratori o di modelli societari? Al riguardo la l. 76 non fornisce alcuna indicazione concreta, probabilmente rinverdendo la antica fiducia nella graduale maturazione spontanea delle culture sindacali dirette a conciliare conflitto e partecipazione¹³⁶. In verità la storia degli ultimi anni non è delle più confortanti. Attendere "l'effetto che fa" (*copyright*: Enzo Jannacci) la legge 76 così com'è può essere una scelta, ma a mio parere non è delle più felici e, forse, neanche innocue. Io, in altro clima, avrei anche qui scommesso su una più forte "abilitazione" per una contrattazione collettiva rafforzata quanto a regime giuridico e legittimazione democratica. Ma occorrerebbe tutt'altro che una "legge apparente".

8. La l. 76: una legge "apparente" da interpretare in conformità al trittico costituzionale

In ogni caso se guardiamo al trittico costituzionale, l'attuazione del solo art. 46 non è unicamente occasione mancata per i contenuti della l. 76 o per una sorta di fuga in avanti. Rischia anche di dar vita ad un disegno legislativo che dal sonno (del legislatore) tiri fuori nuovi mostriciattoli, come un trittico con una pala gigante e le altre due lasciate sbilenche o deformi. Comunque un trittico da non mostrare più con orgoglio, ma da nascondere oppure da riportare ad equilibrio mettendo la sordina (o nuovo carburante) a una legge nuova nata con ambizioni vecchie. Se però giudici e dottrina non commettono l'errore di interpretare una norma costituzionale alla luce di una

¹³⁵ Sui vari profili problematici di questa norma v. però, da ultimo, anche per ulteriori indicazioni bibliografiche, C. TIMELLINI, *Il rapporto tra contratti collettivi di diverso livello. La gestione del conflitto tra relazioni industriali, criteri esterni e contratti di prossimità*, Giappichelli, 2025.

¹³⁶ V. L. ZOPPOLI, *Relazione*, cit. e R. PESSI, *La partecipazione negoziale*, in A.I.D.La.S.S., *Rappresentanza collettiva*, cit., risp. p. 214 e 250.

legge ordinaria (occorre fare esattamente l'inverso) e le forze sociali non si limitano a piazzare soltanto le rispettive bandierine su "norme di carta" (parafrasando Totò, che però parlava di ben altro), il nostro ordinamento, come si è visto, lascia spazio a precise ricostruzioni ermeneutico-sistematiche utili a rendere la l. 76 meno impotente o apparente e farne uno strumento per ingaggiare nuove sfide sul fronte cruciale della promozione di un sistema sindacale in cui imprese e grandi sindacati riconoscano il ruolo imprescindibile del lavoro umano anche in una stagione dove ad insidiarlo si apprestano poteri rafforzati, vecchi o nuovi che siano.

Il “maggiore consenso possibile”: tra quantità e qualità nella rappresentanza sindacale*

Carmine Russo

1. L'asimmetrica misurazione del consenso nei due livelli di contrattazione.	64
2. All'origine della rappresentanza composta.	66
3. La ragionevole esigenza di un consenso integrato.	68
4. Quantità o qualità della rappresentanza	70
5. Ipotesi di misurazione del consenso al secondo livello di contrattazione mediante la ponderazione tra dato elettorale e dato associativo.	72

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .IT – 510/2026

1. L'asimmetrica misurazione del consenso nei due livelli di contrattazione.

Le relazioni sindacali nel settore del lavoro pubblico soffrono, rispetto a quelle del settore privato, di un elevato tasso di istituzionalizzazione. Questa caratteristica è da sempre stata evidenziata da studiosi e protagonisti del modello istaurato nelle due fasi di riforma realizzatesi nel corso dei trascorsi anni '90 ed è da sempre stata giustificata e motivata con due principali esigenze: il controllo della spesa pubblica e il ruolo socioeconomico delle pubbliche amministrazioni.

Come è noto, questa istituzionalizzazione tocca diversi tasselli del sistema ad entrambi i livelli di contrattazione: dalla selezione dei soggetti ai sistemi di controllo, dalle materie negoziabili alla predeterminazione delle risorse finanziarie disponibili per il negoziato.

In un solo caso il tasso di istituzionalizzazione è asimmetrico tra i due livelli: quello della misurazione del consenso sindacale da verificare al momento della firma del contratto. Così che mentre per il livello nazionale vale il principio del 51%¹³⁷ di rappresentatività misurata sulla media dei dati associativi e elettorali¹³⁸, per il livello di amministrazione non esistono criteri misurabili o verificabili di consenso espresso.

Tra i principi generali che governano il modello di relazioni sindacali del settore del lavoro pubblico, in assenza di regole che servano a misurare il consenso sindacale su decisioni da assumere nelle sedi di contrattazione di secondo livello, è comunemente richiamato il principio del *"maggiore consenso possibile"*, la valutazione del cui raggiungimento è affidata alla delegazione datoriale.

Questo principio contiene in sé un elemento di ambiguità che l'aggettivo comparativo "maggiore" nasconde ma non elimina. Infatti, non tiene conto della diversa legittimazione e della conseguente diversa funzione che le due componenti della delegazione sindacale (associativa ed elettiva) sono chiamate a svolgere allo stesso tavolo negoziale.

Proprio perché si tratta di due legittimazioni e di due funzioni, l'aggettivo maggiore

¹³⁷ Anche su questo aspetto, le recenti tensioni determinate dalla mancata firma dei contratti nazionali ha fatto sviluppare qualche ipotesi correttiva da perseguire senza ricorrere all'intervento legislativo. Si rinvia ad esempio a Zoppi L., La rappresentatività sindacale del pubblico impiego nel quadro legale in fibrillazione (dattiloscritto); Russo, Le relazioni sindacali nel lavoro pubblico: un modello da rivedere? in il Progetto 3/2025

¹³⁸ Ma bisogna ricordare la possibilità di una duplice ipotesi di misurazione del dato numerico di rappresentatività evidenziata in un caso di mancata firma di un contratto nazionale di comparto da parte di alcune organizzazioni sindacali rappresentative e che fu affrontata nel parere del Consiglio di Stato, Adunanza della Sezione Prima, 3 dicembre 2008 n. 4108.

non può essere inteso come mera sommatoria¹³⁹ aritmetica di soggetti collettivi, né come emarginazione o negazione di una delle due rappresentanze a favore dell'altra.

D'altra parte, non bisogna dimenticare che l'aggettivo "maggiore" utilizzato a fini selettivi nel nostro ordinamento sindacale non ha dato i risultati soddisfacenti che si attendevano, tanto da essere sostituito dallo stesso legislatore (si pensi alla locuzione "maggiore rappresentatività", sostituita, peraltro senza migliori esiti, dalla locuzione "associazioni comparativamente più rappresentative").

Questa consapevolezza deve far individuare criteri concreti e accertabili di misurazione del consenso, con tecniche che contemperino la duplice funzione esercitata e che favoriscano la loro interazione. Anche per scongiurare rischi di collasso del modello basato su due livelli, soprattutto nei casi di maggiore concorrenzialità tra RSU e associazioni firmatarie il contratto nazionale e/o anche tra queste ultime.

Nei casi in cui sono state chiamate ad esprimersi, giurisprudenza¹⁴⁰ e pareristica ARAN si sono limitate a dichiarare la natura archetipica del principio, precisando che "la valutazione rientra nella discrezionalità dell'amministrazione, in relazione sia al grado di rappresentatività locale delle sigle ammesse alle trattative, sia al fatto che acconsentano alla stipulazione dell'accordo il maggior numero possibile delle stesse"¹⁴¹.

Il limite che si ravvisa negli orientamenti citati in nota, è di non affrontare il tema della necessaria integrazione tra le due legittimazioni e conseguenti funzioni svolte dalla doppia rappresentanza del lavoro¹⁴².

In sintesi, le ragioni per cui questa argomentazione, per quanto consolidata nel tempo, appare insufficiente sono riconducibili ai seguenti tre aspetti:

- Detta criteri di valutazione generici, in parte basati sulla rappresentatività locale e in parte sul numero delle organizzazioni senza fornire strumenti di contemperamento o ponderazione;
- Non affronta il tema della contemporanea presenza della RSU;

¹³⁹ Se ben comprendo, è questa la criticabile posizione di Bavaro, La rappresentatività sindacale a fondamento dei diritti sindacali nella P.A.: note critiche sul "caso" CCNL funzioni centrali del 2025, LPA 1/2025

¹⁴⁰ Tribunale Roma, 15 luglio 2003 n. 205113; Tribunale Cassino, 30 luglio 2010 n. 237

¹⁴¹ ARAN, *Orientamento applicativo CQRS 126*. Condivide esplicitamente tale orientamento, Aransicilia, *Problematica sulla contrattazione decentrata*, 7 agosto 2013. L'orientamento è anche ribadito in ARAN, *La procedura della contrattazione decentrata integrativa*, 1° marzo 2013.

¹⁴² Mostra una esplicita attenzione al necessario raccordo tra i due livelli di contrattazione, Tribunale Roma, decreto 9 luglio 2022.

- Finisce per le suddette ragioni per avallare una discrezionalità tanto ampia da confinare con il rischio di un accreditamento datoriale.

2. All'origine della rappresentanza composta.

Per fornire una risposta ed una proposta ai problemi posti, è opportuno richiamare i motivi e i percorsi che hanno determinato l'attuale normativa di riferimento, anche evidenziando le ragioni per cui, a differenza del settore privato, il settore pubblico ha mantenuto la doppia presenza associativa ed elettiva al secondo livello di contrattazione.

L'attuale disciplina prende corpo nel 1993 nel settore privato con il Protocollo del 23 luglio e nel settore pubblico con il d.lgs. 29/1993; in entrambi i settori, confermato il modello basato su due livelli di contrattazione, la rappresentanza elettiva viene accompagnata (e, quasi, attenuata) dalla componente associativa attraverso la doppia presenza e nel settore privato addirittura con la previsione di 1/3 designato dalle organizzazioni firmatarie il CCNL all'interno delle stesse RSU.

Una scelta consapevole mirante proprio a garantire il coordinamento tra i due livelli e la non contraddittorietà delle relative discipline.

Non essendo qui necessario né utile soffermarci sul come e perché questo assetto nel settore privato sia stato semplificato negli anni successivi, ci limitiamo a ricordare, anche per effetto della maggiore aziendalizzazione della contrattazione, l'eliminazione del terzo designato o eletto dalla composizione della RSU e in molti settori del privato anche la presenza delle associazioni sindacali al tavolo aziendale, fino a giungere all'assetto definito dal Testo Unico del gennaio 2014.

Al contrario, nel settore pubblico le ragioni di un forte collegamento tra contratto nazionale e contratto integrativo sono ancora e tuttora più rilevanti che nel settore privato e derivano principalmente dalle mai superate esigenze di controllo della spesa pubblica e, quindi, dalla esigenza di evitare che le risorse economiche e normative del secondo livello si sommino a (o contrastino con) quelle definite in sede di contratto nazionale.

Nel settore del lavoro pubblico, infatti, l'eventuale difformità delle clausole del contratto integrativo da quello nazionale,

- comporta la nullità delle clausole difformi (art. 40.3-quinquies del d.lgs. 165/2001);

- determina un danno erariale da contrattazione (Corte dei conti Lazio 16 luglio 2021, n. 620);
- configura una responsabilità erariale per la dirigenza politica e negoziale delle amministrazioni (Corte Cassazione, Sezioni Unite, 14 luglio 2015, n. 14689);
- comporta la restituzione da parte dei lavoratori delle quote di retribuzione illecitamente percepite (Corte Costituzionale 27 gennaio 2023, n. 8).

In dottrina e giurisprudenza¹⁴³ non si è mancato di sottolineare il raccordo “istituzionalizzato” che lega i due livelli di contrattazione, al punto da considerarlo assolto e garantito *ex lege* dalla norma di chiusura contenuta nell’art. 40.3-quinquies.

Ma occorre riflettere sul fatto che non è la prima volta che l’ordinamento sindacale preferisce affidarsi ai soggetti piuttosto che alle norme per garantire una effettività della propria disciplina¹⁴⁴. Proprio per questo delicato intreccio tra esigenze organizzative (a maggior ragione di un servizio pubblico) e interessi e diritti dei lavoratori, soprattutto con effetti sull’organizzazione, la selezione dei soggetti decisionali è più importante della razionale linearità del vincolo giuridico. In questo senso, la responsabilità è più importante e rilevante della fonte, tanto che la stessa Corte dei conti, istituzionalmente deputata a individuare e sanzionare responsabilità erariali, ha precisato nella sentenza della sezione del Lazio citata in precedenza che la ricognizione sul contratto integrativo ha solo lo scopo di individuare comportamenti illeciti e conseguenti responsabilità individuali, mentre il suo giudizio non ha effetti sulla vigenza o validità del contratto. E, quindi, la selettività dei soggetti e l’attribuzione di specifiche funzioni non possono essere *bypassate* privilegiando, in caso come quello che stiamo esaminando, una componente a scapito di un’altra che in parte la legge e in parte il contratto nazionale, nell’azione comune che svolgono di definizione del modello contrattuale, vogliono che siano presenti allo stesso tavolo.

In modo ancora più esplicito, se è vero che l’art. 42, comma 7 del d.lgs. 165/2001 fonda il diritto della RSU come soggetto contrattuale ed eventualmente esclusivo (per volontà dei contratti collettivi) delle prerogative partecipative, è altrettanto vero che affida alla contrattazione collettiva il potere di integrare tale rappresentanza con quella associativa delle organizzazioni firmatarie i contratti nazionali. Una parte degli

¹⁴³ Bavaro, op. cit.; Gargiulo, Le relazioni sindacali nel lavoro pubblico dinanzi alle prove della immaturità, ivi. In giurisprudenza, cfr. Tribunale Roma, 29 aprile 2024

¹⁴⁴ Si ricorderà come sia nato con la legislazione di sostegno e fin dal dibattito che accompagnò l’approvazione dello Statuto dei lavoratori l’orientamento legislativo di garantire la presenza nei luoghi di lavoro della rappresentanza sindacale proprio a garanzia del rispetto della disciplina ivi contenuta.

interpreti¹⁴⁵ considera il verbo “integrare” come aggiunta di una componente influente ai fini della perfetta composizione della delegazione trattante di parte sindacale e, ritenendo che la legittimazione per legge sia più rilevante ed esaustiva di quella per via contrattuale, giunge alla conclusione che sia sufficiente il consenso della RSU per ritenere soddisfatto il requisito del “maggiore consenso possibile”.

In verità, questa interpretazione non solo contrasta con il significato che il verbo integrare ha nella lingua italiana,¹⁴⁶ ma nega il potere/diritto dei contratti nazionali di disporre la presenza di propri rappresentanti territoriali allo stesso tavolo negoziale; di fatto, gerarchizzando il rapporto tra legge e contratto in una disciplina tanto delicata e di pertinenza delle parti come il modello di relazioni sindacali (art. 40.1).

3. La ragionevole esigenza di un consenso integrato.

Assolutizzare il potere negoziale di una soltanto delle componenti della rappresentanza sindacale può far correre il rischio di negare addirittura il diritto alla contrattazione integrativa: è il rischio che corre l'orientamento applicativo ARAN CFL78 quando afferma che nelle amministrazioni nelle quali non sia stata eletta la RSU e fino alla sua costituzione “non è possibile dare corso alla contrattazione integrativa”.

In questo caso, mentre si condivide lo sprone che l'amministrazione possa dare alle organizzazioni rappresentative di formare la rappresentanza elettiva, appare eccessivo e perfino ingerente nella libertà sindacale negare l'avvio della contrattazione collettiva con la rappresentanza presente. Non bisogna infatti dimenticare che il diritto prioritario per i lavoratori è quello di vedersi applicate le condizioni di lavoro che il contratto nazionale affida alla contrattazione integrativa e che questo diritto permane quali che siano le dinamiche interne al fronte sindacale. Lo stesso dovrebbe dirsi nel caso inverso, nel quale fosse presente la sola RSU e per qualche ragione fossero assenti o “disinteressati” i rappresentanti territoriali dei firmatari il contratto nazionale. Queste due ipotesi, tra loro speculari, mi appaiono le uniche in cui l'assenza di una componente legittimi la presenza (e, quindi, l'eventuale firma) di una sola delle due.

In verità, l'orientamento fornito dall'ARAN in diverse situazioni non è sempre lineare

¹⁴⁵ Così, ad esempio, Bavaro, op. cit.

¹⁴⁶ Il significato del verbo integrare ha un valore del tutto opposto a quello attribuito al suo utilizzo nel dettato dell'art. 42.7 del d.lgs. 165/2001. Il vocabolario Treccani, infatti, fornisce la seguente definizione “Completare, rendere intero o perfetto, supponendo a ciò che manca o aggiungendo quanto è utile e necessario per una maggiore validità, efficienza, funzionalità”

o univoco nell'interpretare l'atteggiamento da avere in caso di contrasto di posizioni tra le diverse componenti della delegazione sindacale. Nei casi in cui più apertamente ha fornito un orientamento applicativo ha mostrato anche qualche titubanza a distanza di poco tempo. Infatti, in un parere fornito su richiesta di una amministrazione¹⁴⁷, ha affermato che nel caso in cui il consenso alla firma sia fornito dalla sola RSU a maggioranza ma con il parere contrario di tutte le organizzazioni sindacali firmatarie il contratto nazionale, il contratto integrativo possa essere validamente firmato; a distanza di poco tempo, in un orientamento applicativo di carattere generale, dopo aver dichiarato che un contratto firmato dalla sola RSU non per questo è automaticamente valido o invalido, ha precisato che "la RSU, espressione della rappresentanza elettiva di prossimità, e le OO.SS. firmatarie del CCNL, la cui funzione è garantire un collegamento negoziale tra il CCNL sottoscritto a livello nazionale e le sue declinazioni in ambito locale. Un contratto integrativo che prescindesse stabilmente dal consenso di una delle due tipologie di soggetti, alterando l'equilibrio definito dai contratti, rischierebbe di snaturare la logica stessa del sistema, trasformando la ricerca del consenso in una mera formalità procedurale¹⁴⁸".

Ma è proprio la mancanza di un criterio trasparente di misurazione del "maggiore consenso possibile" che può indurre, pur senza posizioni precostituite, a elaborare orientamenti sulla base del singolo caso portato all'attenzione dell'interprete; con conseguenti rischi di orientamenti che non sempre hanno una rintracciabile logica univoca e che rischiano di determinare, come detto, anche se involontariamente, forme di accreditamento datoriale.

In altri termini se si vuole che il tavolo negoziale di secondo livello parli una propria lingua anche autonoma ma non in contraddizione con quella del livello nazionale, non si può invitare il soggetto associativo a negoziare, facendogli contemporaneamente sapere che del suo giudizio, alla fin dei giochi, si potrà fare anche a meno. Perché se la componente elettiva è fondamentale per far esprimere "le voci di dentro" l'amministrazione, ugualmente fondamentale è la componente associativa per far sentire "le voci di sopra" di chi ha firmato il contratto nazionale.

E non va sottaciuto che l'importanza del rispetto del vincolo è tanto rilevante che la Corte di cassazione ha da tempo affermato che è possibile "denunciare direttamente

¹⁴⁷ Risposta all'Azienda ospedaliera Ordine Mauriziano di Torino

¹⁴⁸ Orientamento applicativo ID 36585 del 3 marzo 2026

in cassazione il contrasto fra la contrattazione integrativa e le disposizioni di legge imperative o la contrattazione collettiva nazionale di riferimento”.¹⁴⁹

Tutti questi rischi devono indurre prudenza nell’allentare il rapporto tra i due livelli di contrattazione, anche e soprattutto se ciò avviene attraverso l’offuscamento della diversa funzione che le due componenti della delegazione sindacale sono chiamate a svolgere ai fini di un contemperamento degli interessi in gioco in base alla loro differente fonte di legittimazione:

- la componente elettiva come espressione degli interessi dei lavoratori occupati nella specifica amministrazione sede di contrattazione
- la componente associativa territoriale delle organizzazioni firmatarie come espressione dell’equilibrio del contratto integrativo con il contratto nazionale.

4. Quantità o qualità della rappresentanza.

In definitiva, il “maggiore consenso possibile” non è una misura *quantitativa* delle posizioni espresse, ma una valutazione *qualitativa* del contenuto del contratto all’interno di un modello di relazioni sindacali articolato e per sua natura suscettibile di contrasti anche interni alla delegazione di rappresentanza del lavoro.

L’assenza di criteri trasparenti e coerenti con la natura associativa dei rappresentanti delle organizzazioni firmatarie del contratto nazionale può rischiare di nascondere la natura del consenso o dissenso espresso; e in ultima analisi, di rendere di difficile individuazione la motivazione che ne è alla base.

Il problema non si pone per la RSU considerando la sua origine elettiva e la sua natura di soggetto unitario che si esprime a maggioranza; si pone invece per le organizzazioni sindacali che, ferma l’indicazione ricavabile dai pareri ARAN e dalla giurisprudenza di valutarne anche la rappresentatività (meglio, consenso) locale, obbliga ad individuare in quale ambito e con quale procedura ciò possa essere fatto.

Da un decreto ex art. 28 l. n. 300/1970 del Tribunale di Verona¹⁵⁰, apprendiamo di un

¹⁴⁹ Da ultimo, Corte di cassazione, 26 luglio 2025, n. 21480. In questa sentenza si ritrova anche il seguente principio di diritto: “In tema di pubblico impiego contrattualizzato, è consentito denunciare direttamente in sede di legittimità non la violazione o falsa applicazione dei contratti o accordi collettivi integrativi, ma solo il contrasto fra tali contratti ed accordi e le disposizioni di legge imperative o la contrattazione collettiva nazionale di riferimento; inoltre è possibile chiedere, nella medesima sede e in ordine agli stessi contratti e accordi integrativi, la verifica del rispetto dei canoni legali di interpretazione indicati dagli articoli 1362 ss. C.c. e dell’assolvimento dell’obbligo di motivazione minima ex art. 111 Cost.

¹⁵⁰ Tribunale Verona, 1° settembre 2022

caso (che non era oggetto del ricorso e non rientra quindi nelle valutazioni del giudice) in cui tale consenso associativo è stato misurato contando i voti ottenuti dalle singole liste nelle elezioni della RSU rispetto ai voti espressi.

Questo meccanismo, che comunque si basa sul voto espresso, ha l'inconveniente di misurare due volte lo stesso dato, assegnando l'esito una volta alla composizione della RSU e una volta alla rappresentanza dell'associazione sindacale; in questo modo si confondono le motivazioni della volontà espressa che può essere diversa (come in effetti spesso avviene) tra quello scaturito dall'enfasi della campagna elettorale e quello derivante dall'adesione all'associazione.

Fermo restando che l'ambito della misurazione debba essere comunque quello della singola amministrazione¹⁵¹ nella quale il contratto deve trovare applicazione, più coerente appare se il dato associativo venga misurato unicamente sulla base delle deleghe rilasciate alle singole associazioni sindacali.

Rispetto a quanto detto, non può essere considerata un ostacolo la previsione dell'art. 40, comma 7 che prevede la presenza obbligatoria della RSU in fase di contrattazione e quella eventuale delle organizzazioni firmatarie il CCNL se prevista dagli accordi quadro.

Questo comma, infatti, nel momento in cui affida alle parti la decisione di "integrare" la delegazione sindacale, non definisce una gerarchia tra i soggetti legittimati in parte dalla legge e in parte dagli accordi quadro. Se facesse ciò, limiterebbe la libertà sindacale della fondamentale decisione di stabilire gli strumenti e i soggetti del modello che sono chiamate a realizzare e governare; e ciò sarebbe contrario a principi fondamentali di rilevanza costituzionale perfino in un modello istituzionalizzato come quello del pubblico impiego.

Inoltre, secondo i principi civilistici, in una contrattazione di diritto comune la legge può definire un obbligo a trattare e non un obbligo a contrarre. E ciò è vero sia nel senso che la parte datoriale non può essere costretta alla firma, sia nel senso che non può essere obbligata a firmare necessariamente con una parte soltanto della delegazione sindacale.

Insomma, la necessità ricavabile dal suddetto comma dell'art. 40 è riferita alla presenza al tavolo e non alla firma da apporre per dotare il contratto integrativo di efficacia.

¹⁵¹ Per le amministrazioni delle Funzioni centrali e del settore Scuola del comparto Scuola-Università-Ricerca, il consenso associativo può essere rilevato al livello di singola amministrazione e non nelle diverse sedi locali.

Da queste considerazioni prende corpo la proposta allegata che oltre che alle norme citate, in una prospettiva di effettività ed esigibilità delle relazioni sindacali, affida i propri equilibri al responsabile esercizio da parte di tutti i soggetti coinvolti delle proprie prerogative.

La proposta si prefigge anche l'ulteriore obiettivo di promuovere il confronto e l'accordo tra le due diverse componenti della rappresentanza sindacale, in modo da ridurre o eliminare, se possibile, un elemento di litigiosità endosindacale e facilitare anche per questo verso il negoziato tra le parti.

5. Ipotesi di misurazione del consenso al secondo livello di contrattazione mediante la ponderazione tra dato elettorale e dato associativo.

1. Questa ipotesi parte dal presupposto di garantire pari dignità alla doppia componente sindacale presente al negoziato della contrattazione integrativa. Infatti, contrariamente a quanto avviene nel settore privato, dove è stata premiata la sola componente elettiva, nel settore pubblico la doppia componente è indispensabile per contemperare gli interessi dei lavoratori occupati nella singola amministrazione (componente elettiva) e il raccordo di coerenza con il contratto nazionale (componente associativa dei sindacati firmatari). Questo secondo aspetto non può essere sottovalutato né sparire nella valutazione e misurazione del *"maggiore consenso possibile"* perché, in caso contrario, metterebbe in discussione l'intero assetto delle relazioni sindacali nel settore pubblico; anche considerando il rischio di nullità delle clausole difformi. Insomma, il consenso locale delle associazioni sindacali firmatarie è una ulteriore garanzia di tenuta del modello contrattuale basato su due livelli coerentemente articolati.
2. L'obiettivo di questa "simulazione" è di consentire la misurazione del consenso al secondo livello di contrattazione che sia sede di elezione della RSU in un clima di competitività e pluralismo sindacale, valorizzando l'unitarietà della rappresentanza elettiva, ma riconoscendo un ruolo fondamentale alla rappresentanza associativa, diretta espressione delle organizzazioni firmatarie il CCNL in un modello bipolare della contrattazione. La realizzazione dell'ipotesi non richiede modifiche legislative.
3. Nella prospettiva del rafforzamento del secondo livello, il governo del consenso associativo ed elettivo deve essere verificato nell'ambito di applicazione del contratto integrativo, ma non deve perdere il legame con il primo livello. Questa strada è ormai indicata anche da una giurisprudenza che ritiene non adeguato il

meccanismo di far derivare il consenso al livello di contrattazione integrativa dalla sola valutazione datoriale senza dati verificabili di rappresentatività.

4. L'equilibrio tra queste esigenze è perseguito riconoscendo un peso di consenso uguale alla rappresentanza elettiva da una parte e all'insieme delle associazioni firmatarie il CCNL dall'altra.

5. Il processo di misurazione si costruisce in base ai seguenti punti e presuppone la certificazione del dato associativo.

- a) il dato associativo è misurato sulle organizzazioni firmatarie presenti nell'ambito del secondo livello.
- b) la RSU è soggetto collettivo che esprime una sola posizione a maggioranza, come previsto dal CCNQ 12 aprile 2022.
- c) il valore convenzionale della decisione della RSU (*quoziente elettorale*) è pari a 50/100 del consenso totale
- d) il valore convenzionale dell'insieme dei sindacati firmatari (*quoziente associativo*) è pari a 50/100
- e) al quoziente elettorale si aggiunge (50+50) o si sottrae (50-50) il quoziente associativo per determinare la esigibilità o meno della decisione da assumere quale misura del consenso raccolto
- f) qualora si determini una situazione di competitività tra sigle, si attribuisce ad ogni schieramento interno il valore della somma del loro consenso associativo
- g) i valori così ottenuti, che determinano il prevalente consenso associativo, si sommano o si sottraggono al quoziente elettorale per determinare il consenso sulla decisione da assumere.

Esempi:

decisione unanime e concorde di RSU e tutte le OO.SS:	$50 + 50 = 100/100$	esito positivo
decisione discorde tra RSU e tutte le OO.SS	$50 - 50 = 0/100$	esito negativo
decisione discorde tra RSU e uno schieramento superiore al 60% del valore associativo (30% del valore composto), contrapposto ad un altro	$50 + 30 - 20 = 60/100$	esito positivo

schieramento con valore associativo pari al 40% del valore associativo (20% del valore composto)		
decisione discorde tra RSU e uno schieramento superiore al 30% del valore associativo (15% del valore composto), contrapposto ad un altro schieramento con valore associativo pari al 70% del valore associativo (35% del valore composto)	$50 + 15 - 35 = 35/100$	esito negativo

Positive Integration, Not Competence Creep: The Court's Non-Revolutionary Rescue of the Minimum Wage Directive*

Antonio Lo Faro

1. No New Chapter in the Social Europe “Black Book”...	76
2. ... but the journey toward a decent wage still has a long way to go	77
3. The “short year” of the Directive	79
4. A “conservative” ruling	80
5. The direct interference test “in the negative” (what the exclusion of pay from the Union competence does not entail)...	81
6. ...and “in the positive” (when an EU intervention in matters of pay amounts to a breach of the principle of conferral)	84
6.1. The promotion of collective bargaining does not violate the Treaty; it implements it	86
6.2. Procedures, levels and constituent elements: the Directive passes two out of three ‘direct interference’ tests	87
7. Beyond competence: the choice of legal basis	92
8. Conclusions: A balanced compromise open to multiple readings	93

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .INT – 163/2026

1. No New Chapter in the Social Europe “Black Book”...

Waiting, apprehension, continuity, and equilibrium: these four terms encapsulate the essence of *Denmark and Sweden v Parliament and Council*¹⁵², a case that has, with good reason, garnered more attention than any other in EU (social) law scholarship in recent years.

In the lead-up to the Court’s decision, the case had been gathering widespread attention well beyond the circles of labour law scholars, insofar as it concerned a piece of EU legislation – Directive 2022/2041 on adequate minimum wages – which at the time of its long-awaited adoption had been greeted by many as a manifesto heralding a new era for European social law and policy¹⁵³, if not as a sign of an overall post-crisis and post-pandemic reorientation of EU priorities.

In truth, the high political expectations placed on the Commission’s initiative – following the declared intentions put forward by the first von der Leyen Commission since taking office¹⁵⁴ – were not matched by the final text of the Directive. As it is well known, the initial momentum of the Commission soon had to contend with a series of “obstacles” of various natures: from vigorous objections coming from an unprecedented cross-sectional coalition of member states, ranging from the Visegrad populists to the “frugal” states of Central Europe and the Scandinavian social democracies, to the refusal of both social partners to embark on a negotiation process on the Commission proposal under Article 154(4) of the Treaty. As a result, the final text was admittedly less ambitious than the original intentions, abandoning any perspective to introduce statutory minimum wage mechanisms in countries that never had such instruments (Italy, Austria, Denmark, Sweden, and Finland), and instead accepting the idea of a “dual regulatory channel”: on the one hand, “refining” national legal frameworks of countries where a statutory minimum wage already exists (all Member States except the five previously mentioned); and on the other hand, allowing Member States currently lacking such mechanisms to continue without them, provided that “adequate” wage levels are guaranteed through sufficiently «strong and well-functioning» collective bargaining, as Recital 22 puts it.

¹⁵² Case C-19/23 *Kingdom of Denmark v European Parliament and Council of the European Union* (hereinafter ‘the judgment’).

¹⁵³ See C. Kilpatrick, *The Roaring 20s for Social Europe. The European Pillar of Social Rights and burgeoning EU legislation*, 29 2 (2023) *Transfer* 203.

¹⁵⁴ *Workers in Europe should have a fair minimum wage that allows for a decent living, A strong social Europe for just transitions*, COM(2020) 14 final 14.1.2020.

Prudent as it is, the Directive nevertheless continued to be vehemently opposed by “the Nordics” in the name of safeguarding a national social model – undoubtedly worth defending – traditionally based on collective agreements much more than on legislation. The action for annulment, in this context, was a natural epilogue to a political opposition whose *raison d’être*, however, was more a matter of principle¹⁵⁵ than a justified objection against a text that, indeed, does not in any way oblige Nordic states to modify a single aspect of their well-functioning contractual models of wage-setting.

As is well known, the Court essentially upheld the validity of the Adequate Minimum Wage Directive, departing from the outcome one could have statistically expected considering that annulment judgments align with the Advocate General’s Opinion in over two-thirds of cases¹⁵⁶. Yet, in this case the Grand Chamber almost entirely disregarded the AG’s opinion, thus alleviating the concerns of those who feared that *Denmark and Sweden v Parliament and Council* could add another chapter to the small “black book” of the judicial history of social Europe, whose summary already includes *Viking*, *Laval*, *Rüffert*, *Alemo-Herron*, *EPSU* and other decisions that significantly eroded the legitimacy the Court had earned over time in the laborious shaping of what is still defined – with perhaps a somewhat *retro* terminology – as the “European social dimension”.

2. ... but the journey toward a decent wage still has a long way to go

Although some commentators assessed the Court’s ruling in different terms¹⁵⁷, the Directive on adequate minimum wages is therefore fundamentally safe; and it was by no means a foregone conclusion that this would be the case. A certain degree of diversity in the Court’s ruling assessment is, indeed, rather unsurprising. As always happens in cases where the applicant’s claim is partially upheld, the ‘half-full or half-empty glass’ metaphor is highly tempting: to say that the Court *partially annulled* the Directive would be formally true but – arguably – substantially misleading, while it

¹⁵⁵ See A. Iossa, *All Quiet on the Northern Front — the EU Directive on Adequate Minimum Wages as Seen from Sweden*, (2025) *Comparative Labor Law & Policy Journal [Dispatch]* 2.

¹⁵⁶ The data, which comes from C. Arrebola, A.J. Mauricio, H. Jimenez Portilla, *An Economic Analysis of the Influence of the Advocate General on the Court of Justice of the European Union*, 5 1 (2016) *Cambridge J. Int’l & Comp. L.* 82, was confirmed by a 2019 study by the European Parliament’s Research Service, *Role of Advocates General at the CJEU*.

¹⁵⁷ See the passionate editorial by S. Garben, *Tragedy of a Death Foretold - The Partial Annulment of the EU Minimum Wage Directive*, 6 (2025) *ELR* 2, according to whom «the Court annulled the provisions of Directive 2022/2041 that made this ‘directive on adequate minimum wages’ worth its title».

could be more fitting to say that the Court *partially saved* the Directive by annulling only some limited part of it which does not significantly alter its normative content (see below Sec. 6)¹⁵⁸.

Once one dismisses the messianic expectations of a Directive that never was, and accepts the idea that the text discussed before the Court was a mild compromise anchoring EU intervention on the two basic axes of promoting collective bargaining and setting minimum requirements for effective statutory minimum wages where they already exist, the premise – and indeed the conclusion – is that the Directive's political compromise basically stands. Viewed against this background, the real meaning of the case was therefore neither a life-or-death issue for the actual eradication of low-wage employment in Europe, nor was it about an EU assault on the industrial relations traditions of the Nordic social systems. What was at stake, rather, was merely the preservation of a timid and fragile – albeit politically relevant – initial attempt at building a European social policy aimed at ending – within the limits of the EU's narrow competencies on the matter – the previous austerity era.

Does this mean that the way is now paved for an inexorable march of progress toward the end of in-work poverty in Europe? Certainly not; but on the other hand neither was it the case before the decision of the Luxembourg Court. What seems to be unquestionable, however, is that the Directive's survival will bring debates on its implementation back on the Member States' agendas¹⁵⁹, while keeping discussion open about its capacity to provide an effective EU contribution to a much-needed adequate wage policy in Europe, as I'll try to summarize in the final section of this paper (see below, Sec. 8).

The asserted political significance of the Court's decision (which certainly pertains to the sphere of subjective evaluation), could not have been possible had the Court interpreted the legal issue of the EU competencies in a different way. The analysis therefore shifts to the strict legal aspects of the decision, where the Court's rescue of the Directive had to face the opposing vision of the Advocate General: a battle the

¹⁵⁸ A 'surgical cut' as L. Ratti described it in his *Out of the Shadows: The Court of Justice and the Limits of EU Law Competence on Determining Minimum Wages*, (2025) *EU Law Live*. In the same vein A. Aranguiz, *On the frontlines of Social Europe: the Minimum Wage Directive*, according to whose opinion «The fact that the directive wasn't thrown out altogether was a huge success for social Europe [...] The general part of it still stands and the two provisions that were annulled would not have had a big impact anyway».

¹⁵⁹ For a state-of-the-art overview of the implementation process, see T. Müller, *Here comes the sun. The formal transposition and political impact of the European Directive on Adequate Minimum Wages in the EU* (ETUI 2025).

Court won by deploying the weapon of “judicial conservation”, relying on its established case law regarding the interpretation of the EU principle of conferral.

3. The “short year” of the Directive

2025 was the “short year” of the Directive on adequate minimum wages. Beginning on 14 January with the filing of the AG’s Opinion and ending on 11 November with the adoption of the Grand Chamber’s judgment, this brief period was marked by a large number of doctrinal contributions – certainly unusual for pending proceedings – almost unanimously critical of the AG’s positions with regard to a series of alleged violations of the principle of conferral¹⁶⁰.

In this context, the prolonged wait for the judgment – which lasted longer than average – was seen by some as a prelude to a possible judicial outcome that would be fatal to the Directive: if the Court does not immediately rule out the possibility of annulment, it was argued, it means that in Luxembourg the AG’s arguments are not considered entirely without merit, or at least that the issue presents some elements of uncertainty that both the Council’s legal service¹⁶¹ and the majority of observers had previously dismissed, considering the doubts about EU competences and legal basis to be unfounded.

¹⁶⁰ See, with different nuances but all critical of the AG’s Opinion, E. Bramehuber, [EU Competence in the Field of Social Policy: why the AG’s Opinion on the Adequate Minimum Wage Directive in C-19/23 \(does not\) matter\(s\)](#), (2025) *EU Law Live*; N. Countouris, *Avoiding another ‘Viking and Laval’ moment – a critical analysis of the AG opinion on the Adequate Minimum Wage Directive*, 16 2 (2025) *European Labour Law Journal* 315; M. Delfino, [La competenza contesa fra Unione europea e Stati membri in materia di salari minimi adeguati. Note a margine delle Conclusioni dell’Avvocato Generale nella causa Danimarca c. Parlamento e Consiglio](#), (2025) *RGL giurisprudenza online*; R. Erne [The EU Minimum Wage Directive: To Be or Not to Be?](#), (2025) *Social Europe*; ETUC, [Counter-Opinion to the Opinion of Advocate General Emiliou delivered on 14 January 2025 in the case Denmark v EP and Council](#), (ETUC 2025); C. Kilpatrick and M. Steiert, [A little learning is a dangerous thing: AG Emiliou on the Adequate Minimum Wages Directive \(C-19/23, Opinion of 14 January 2025\)](#), (2025) *EUI, LAW, Working Paper*, 2025/02; E. Menegatti, [Why the Directive on Adequate Minimum Wages does fit within EU competence. A response to the Advocate General’s opinion](#), (2025) *ETUI Policy Brief* 2025.02; G. Orlandini, [Tanto rumore per nulla? A rischio annullamento la direttiva sui salari minimi adeguati](#), 1 (2025) *Diritti & Lavoro Flash* 4; E. Paulet, [Navigating Competence Boundaries – Advocate General Emiliou advises to annul in its Entirety the Minimum Wage Directive in Case C-19/23](#), (2025) *EU Law Live*; A. Sgroi, [L’Europa sociale a processo: la direttiva sui salari minimi adeguati e il problema della base giuridica](#), 7 (2025) *Working Papers di Fa.Ri*. For a cautiously supportive comment, LE Allies, [The EU legislator walking a tightrope over thin ice: A comment on the AG’s Opinion in C 19/23 Denmark v Parliament and Council](#), (2025) *European Law Blog*.

¹⁶¹ During the troubled decision-making process that led to the adoption of the Directive, the Council’s Legal Service issued an Opinion supporting the correctness of the chosen legal basis, which remained ‘secret’ for some time despite a request for access by a Swedish citizen. Only following the Ombudsman’s intervention was a redacted version of the Opinion made public, but this did not prevent the reticent Council from being found [guilty of maladministration in September 2023](#) even though the Directive had already been adopted.

However, the reasons for the unusual length of the proceedings – almost three years from the action to the judgment – are likely to be found elsewhere. Certainly, there is no account, and probably never will be, of the *interna corporis* that accompanied the Court's decision-making process on this occasion. However, given the outcome, it is reasonable to assume that the protracted proceedings were due more to the political sensitivity of the issue than to actual legal uncertainties.

The Court's ruling – and this is a preliminary assumption that seems possible to make at the outset – is politically fundamental but not legally revolutionary. Its significance lies precisely in having preserved, rather than innovated, an interpretation of the Union's areas of social competence which – although broad or even, as has been critically said, «excessively Union-friendly»¹⁶² – constitutes an appropriate counterbalance to other “encroachments” that in recent years have extended the scope of supranational rules on market integration to the detriment of social issues. The reference is not only to the “imperialism” of the rules on free movement and the consequent colonisation of many aspects of national social systems that has resulted from it, but also, and more directly, to the individual and collective disciplines of pay that have been adversely affected by the Union's economic policies at a time of austerity. If it is true that the adoption of the Directive on adequate minimum wages was a kind of remedy for the harshness of the Union's economic governance during the crisis years, then those who suggested reading the 11 November ruling, and the solution it offered to the problem of the Union's social competences, within the economic and political context referred to above, are probably not wrong: «The workers of Europe would simply not have understood why the EU possessed the power to cut wages and decentralise collective bargaining during the crisis, yet lacked the authority to establish a framework for adequate minimum wages and higher collective bargaining coverage rates»¹⁶³.

4. A “conservative” ruling

Having outlined the political context within which the Court essentially rejected the Danish action, and having noted that also non-legal considerations might help explain why the Court upheld a very limited part of one plea, we must now examine the Court's reasoning in greater detail.

At first glance, the idea that a “progressive” outcome can stem from a “conservative”

¹⁶² L.E. Allies, *cit.* at footnote n. 9.

¹⁶³ R. Erne, *EU Court Upholds Minimum Wage Directive in Victory for Social Europe*, (2025) *Social Europe*.

interpretation may seem contradictory; yet – without exaggerating the adjectives, especially the first one – it accurately captures the essence of the case. As already mentioned, the Court's decision did not in any way alter previous case law, with which it is in fact fully consistent; it introduced no new judicial principles, relying instead on the consistent application of a well-established interpretation of the limits of the Union's social competence, which remained entirely unaffected by the AG's observations. EU judicial etiquette often discourages the Court from openly contradicting an Advocate General's opinion, tending instead simply to ignore arguments it finds unpersuasive. This is clearly what happened in the case at hand with regard to the heart of the matter, namely the application of the "direct interference test" to the contested legislation, which the AG had sought to reformulate on the basis of somewhat adventurous arguments. As is widely known, the Advocate General's entire reasoning was based on an apparently unassailable syllogism: Article 153(5) TFEU excludes Union competence in matters of pay; Directive 2022/2041 deals with pay; the Directive therefore exceeds the limits of the powers conferred on the Union and must consequently be annulled.

Aware that both the major and minor premises of the aforementioned syllogism required, respectively, a prior delimitation of the area covered by the exclusion clause, and a verification of the Directive's ability to affect it, the AG devoted considerable efforts to overcoming previous case law in which the Court had thoroughly outlined the boundaries of the exclusion referred to in Article 153(5) TFEU, both "in the negative", by defining what it *does not* imply (Sec. 5), and "in the positive", by strictly indicating what it can refer to (Sec. 6). The judgment of 11 November 2025 is nothing more than a patient reaffirmation by the Court of what it had already clarified with regard to both aspects, followed by an application of the principles thus reaffirmed to the specific case under examination.

5. The direct interference test "in the negative" (what the exclusion of pay from the Union competence does not entail)...

In a series of judgments handed down between 2007 and 2014, the Court of Justice repeatedly clarified that the limitation of competence contemplated by Article 153(5) TFEU cannot be extended to «any question involving any sort of link with pay;

otherwise some of the areas referred to in Article 137(1) EC [now Article 153(1) TFEU] would be deprived of much of their substance»¹⁶⁴.

The rationale behind such case law was, and is, abundantly clear: it is based not only on systematic arguments which inevitably lead to a restrictive interpretation of any derogation – in this case, of the Union's competence in employment matters – thus circumscribing the protected area of national competence regarding pay, but also, and above all, on the clear intention not to nullify a vast portion of the labour law regulations produced by the Union over time. While it may be excessive to claim that *all* labour law rules have some impact on pay, this has certainly been true for a large number of European Directives, the validity of which has never been contested on grounds of non-compliance with the exclusion clause referred to in Article 153(5). Suffice it to mention, without claiming to be exhaustive, EU legislation on posted workers, equal pay, maternity protection, workers' protection in the event of insolvency, pay transparency, and prohibitions of discrimination in temporary work, part-time work, and fixed-term contracts. In none of these cases did the exclusion of pay from the sphere of EU competence prevent the adoption, influence the interpretation¹⁶⁵, or lead to the annulment¹⁶⁶ of regulations undoubtedly affecting "pay".

AG Emiliou did not take these precedents – and, crucially, their underlying substantive rationale – into account, proposing instead a literal interpretation of the pay exclusion clause that was, to say the least, decontextualised and supported by arguments that were in some respects surprising. Ultimately, however, very little of the AG's hermeneutical efforts survived in the Court's judgment.

In particular, there is no trace of the fundamental argument used by the AG in an attempt to reduce, or rather nullify, the relevance of the aforementioned case law for decision-making purposes. The AG had argued that on occasions when the Court had limited the scope of the exclusion clause, the judges in Luxembourg had never ruled

¹⁶⁴ Case C-307/05 *Yolanda Del Cerro Alonso v Osakidetza-Servicio Vasco de Salud*; Case C-268/06 *Impact v Minister for Agriculture and Food et al.*; Case C-395/08 *Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS) v Tiziana Bruno and Massimo Pettini*; Case C-501/12 *Specht et al. v Land Berlin and Bundesrepublik Deutschland*.

¹⁶⁵ See, with reference to the Fixed-Term work Directive, the principle (also reiterated in the other judgments cited) affirmed in *Impact*, according to which 'the derogation in Article 137(5) EC [now Article 153(5) TFEU] does not preclude the interpretation of Clause 4 of the framework agreement as imposing on the Member States the obligation to ensure that fixed-term workers are also guaranteed the application of the principle of non-discrimination in relation to pay' (para. 125).

¹⁶⁶ In the recent action for annulment of the revised Posting of Workers Directive for alleged infringement of the limits of competence defined in Article 153(5), the issue was framed in a similar way by the AG in Case C-620/18 *Hungary v European Parliament and Council of the European Union*, paras 86-100, but the Court decided the case on different grounds, focusing on the identification of the legal basis rather than on the alleged lack of competence.

on the validity of regulations *directly* concerning pay¹⁶⁷. The *Del Cerro Alonso*, *Impact*, *Bruno*, and *Specht* judgments, the AG maintained, all involved measures which – unlike the Directive on adequate minimum wages – concerned matters other than pay¹⁶⁸, with the result that they could not serve as binding precedents in the different situation of a directive concerning exclusively pay.

Ultimately, the AG sought to rewrite the Court's case law by ascribing a completely new meaning to it: namely, that EU law could affect pay when this is merely a side-effect of measures dealing with other matters; whereas on the contrary, when EU legislation deals *solely* with pay, Article 153(5) would preclude its validity from the outset. According to the AG, Directive 2022/2041 falls squarely into this latter category insofar as «It contains, in its very title, the word 'wages'. That constitutes, in my view, a clear and even obvious sign that the object of the AMW Directive is to regulate 'pay'»¹⁶⁹.

These highly debatable arguments sought to overturn well-established case law – a legitimate aim in itself – by relying on fragile legal reasoning that, perhaps inevitably, met with almost unanimous criticism. Objections targeted both the “nominalistic” criterion, which attaches decisive importance to the words appearing in the title of the Directive¹⁷⁰, and the “topographical” criterion, which draws the boundaries of national competence depending on whether supranational provisions are located within a regulatory framework exclusively dedicated to pay, or in the context of legislation that also has other purposes. Using the Working Time Directive paid leave provision as an example, Kilpatrick and Steiert rhetorically asked whether a hypothetical decision by the European legislator to extract the rule on holiday pay to place it within a directive dedicated solely to this issue would, for that reason alone, constitute a violation of Article 153(5). The answer is clearly no: violations of the principle of conferral, the authors observe, cannot depend on whether a measure regulating pay is autonomous or incorporated into broader legislation. Nor can the mere presence of the term “pay” or “wage” in the title of a directive determine its validity.

Essentially sharing this view, the Court rejected the action for annulment¹⁷¹ by choosing to ignore some of the more creative legal constructions advanced by the Advocate

¹⁶⁷ Opinion of the AG, para. 58.

¹⁶⁸ AG's Opinion, para. 57.

¹⁶⁹ AG's Opinion, para. 74.

¹⁷⁰ In relation to which it has been caustically observed that if this were the case, it would suffice to change the title of the Directive (C. Kilpatrick and M. Steiert, *cit.* at footnote n. 9).

¹⁷¹ Except for the marginal provisions discussed below (see Sec. 6.2.C).

General. Instead, it confirmed *expressis verbis* that the scope of the above-mentioned *Del Cerro Alonso*, *Impact*, *Bruno*, and *Specht* cannot be narrowed by applying the “topographical” criterion suggested by the AG. As it is now clearly stated in the very words of the Grand Chamber, the Court has always «interpreted the scope of the exclusion relating to ‘pay’ provided for in paragraph 5 of [Art. 153] *in general terms*, without focusing on the more or less close link with the subject matter of pay of the acts whose interpretation was sought»¹⁷². This clarification is fundamentally attributable to a “constitutionally oriented” interpretation of the limits of the powers conferred in social matters, which should now be considered as a principle of “living law” of the Union: the ability of the Union legislator to achieve the social policy objectives set out in the first paragraph of Article 151 TFEU, warned the Court, «*would be seriously compromised if that legislature were prevented from adopting measures which, in practice, have positive effects or repercussions on the level of pay*, and even if, to that end, such measures fully respected the diversity of the national practices of the Member States and the autonomy of the social partners»¹⁷³.

6. ...and “in the positive” (when an EU intervention in matters of pay amounts to a breach of the principle of conferral)

With the statements made at the end of the previous paragraph, the Court certainly did not wish to deny that the Union’s social action is still subject to a series of competence limits which successive reforms have never seriously called into question, but only to point out that, with regard to the exclusion clause on pay, the *direct interference test* must be carried out by carefully identifying when a supranational provision, regardless of its title or location, has a direct impact on pay, thereby limiting the scope of national competences and, above all, undermining the reasons that justify them.

As for those reasons, the reservation of national competence in matters of pay has nothing to do with «maintaining competition between undertakings operating in the internal market», as the AG suggested in what amounts to a legitimization of wage competition¹⁷⁴. Nor can the rationale for the pay exclusion be unequivocally identified through an investigation into the intentions of the legislator as revealed by the

¹⁷² Para. 69 of the judgment. The italics are mine.

¹⁷³ Para. 71 of the judgment. The italics are mine.

¹⁷⁴ AG Opinion, para. 68.

travaux préparatoires, as the AG also proposed¹⁷⁵. Rather, one cannot but rely on the authority of the body that holds the monopoly on interpreting the Treaties, namely the Court itself, which on this occasion has once again clarified that «the exception relating to 'pay' set out in Article 153(5) TFEU is explained by the fact that fixing pay falls within the contractual freedom of the social partners at national level and within the relevant competence of Member States»¹⁷⁶. The second part of this statement being a sort of tautology¹⁷⁷, the Court essentially reiterated a logic it has used in the past to rule that the pay exclusion clause is not violated provided that the contractual autonomy of the social partners is preserved. In other words, if the *rationale* of pay exclusion is to safeguard the freedom of national social partners to collectively negotiate wages, then EU regulatory intervention is admissible as long as it does not restrict the social partners' exercise of collective autonomy in determining pay. With these arguments, the Court firmly – but tacitly¹⁷⁸ – rejected the AG's proposal, which outlined the diametrically opposite principle: «the fact that an EU instrument or measure does not encroach upon the contractual autonomy of social partners', argued the AG, 'does not necessarily mean that it complies with that exclusion»¹⁷⁹.

Far from being a mere legal skirmish of purely theoretical interest regarding the rationale behind the rules, the point became decisive for the purpose of establishing whether and to what extent the various provisions of the Directive were liable to annulment. In this regard, the Court's review focused essentially on the two key provisions of the Directive: Article 4 on the promotion of collective bargaining (Sec. 6.1) and Article 5 on the procedure for determining adequate statutory minimum wages in countries where statutory wage-fixing models exist (Sec. 6.2).

¹⁷⁵ The AG's attempt to provide a historical reconstruction of the reasons behind Article 153(5) exclusion through examination of the preparatory work is severely criticised by C. Kilpatrick and M. Steiert, and A. Sgroi, both *cit.* at footnote n. 9.

¹⁷⁶ Para. 67 of the judgment.

¹⁷⁷ Since the reason for excluding EU competence cannot be based on its mere converse, i.e. the competence of the Member States.

¹⁷⁸ The Court's non-confrontational approach to the AG is also highlighted by E. Menegatti, *All's well that ends well? The Court's "saving" of the Adequate Minimum Wage Directive*, 18 2 (2025) *Italian Labour Law e-Journal*.

¹⁷⁹ AG Opinion, para. 69, formulated within a section pointedly entitled: '*The third fallacy: if a measure does not encroach upon the contractual autonomy of social partners, it complies with the 'pay' exclusion*'. Far from being a fallacy, this was precisely the principle (re)affirmed by the Court.

6.1. The promotion of collective bargaining does not violate the Treaty; it implements it

Denmark and Sweden are well known for never having had systems for the statutory determination of minimum wages, instead reserving all competence in wage-setting to the collective autonomy of the social partners. It is therefore not surprising that the provisions of the Directive dedicated to collective bargaining were the real target of their judicial action, which, although directed at annulling the contested act in its entirety, contained a subsidiary claim requesting the annulment of (at least) Article 4 alone.

While this request of the two claimants might be understood as a proud defence of national industrial relations models already put under strain by the *Laval* and *Viking* doctrine, the position taken by the AG is far less understandable. In paras 90-93 of his Opinion, he proceeded from problematic premises to reach a conclusion that the Court ultimately declined to adopt. The AG's controversial reasoning can be distilled as follows: since the typical function of collective agreements in national systems is to determine wages, promoting collective bargaining would amount to a supranational intervention that contravenes the TFEU's exclusion of pay, insofar as by supporting collective bargaining the Directive effectively requires Member States to promote one of the two methods of determining minimum wages, thereby restricting their freedom to choose between different minimum wage models¹⁸⁰.

This perspective, deemed «incomprehensible» by commentators¹⁸¹, not only completely obliterated the constitutional framework supporting social dialogue in the Treaties and the Charter of Fundamental Rights, but also entirely ignored the very category of *auxiliary legislation*¹⁸² which clearly underpins Article 4 of the Directive¹⁸³.

The Court's response to the paradox constructed by the Advocate General – that exercising a Treaty-conferred power (the promotion of social dialogue) would amount to a violation of the Treaty itself (the pay exclusion in Article 153(5)) – could not have been clearer, thus averting the danger that the “Danish” case could become for adequate minimum wages what *Viking* and *EPSU* were for the right to strike and

¹⁸⁰ AG Opinion, para. 122.

¹⁸¹ E. Menegatti, *cit.* at footnote n. 9.

¹⁸² A category which the Directive itself, however, addresses in rather cautious terms (M. Delfino, *cit.* at footnote n. 9).

¹⁸³ See A. Lo Faro, *Promotion of Collective Bargaining on Wage-Setting (Article 4)*, in L. Ratti, E. Brameshuber, V. Pietrogiovanni (eds) *The EU Directive on Adequate Minimum Wages* (2025) Hart.

European social dialogue. In paras 76-85 of the judgment, the Court reconstructs an exegetical framework that leaves no room for misunderstanding, restoring Article 4 of the Directive to its role as a purely *enabling* provision that «does not interfere with the choice made by the Member States as to the wage-setting model [and] neither governs the content nor prescribes the result of collective bargaining»¹⁸⁴.

With these words, the Court confirms what several commentators had already noted: the Directive's regulation is cautious, attributing a presumption of adequacy to all wages, irrespective of level, provided they are negotiated in sufficiently widespread national collective agreements¹⁸⁵. However, it is precisely this caution that has prevented the promotional legislation in Article 4 from being considered as “directly interfering” with pay.

Similarly, the analysis of Article 4 enabled both the Court and the AG to dismiss the claim that by promoting collective bargaining the Directive encroached upon another area reserved to Member States, namely the right of association, which Art. 153(5) of the Treaty excludes from the sphere of EU competences. In paras. 118-128 of the judgment, the Court first established a clear conceptual separation between two notions that should not be blurred or equated. The right of association, the Court ruled, refers to the freedom to form trade unions, or to join or not to join them, «but does not cover measures governing the right to collective bargaining between employers and workers» (which is basically all Art. 4 of the Directive is about). Secondly, once the two notions had been disentangled, the Court held that Art. 4 does not “directly interferes” with the right of association precisely because its auxiliary function in promoting collective bargaining cannot be equated with any intervention in the “establishment, functioning and administration” of associations/unions. Nor can the EU objective of extending the bargaining coverage be interpreted as a requirement to raise union membership, since “coverage rates” and “union-density rates” are, as every labour lawyer or industrial-relations scholar is aware, conceptually distinct.

6.2. Procedures, levels and constituent elements: the Directive passes two out of three 'direct interference' tests

According to a well-known formula first introduced in the *Impact* judgment, the European legislator can be found to have violated national competence in the field of pay only in the presence of «measures – such as the equivalence of all or some of the

¹⁸⁴ Para. 78-79 of the judgment.

¹⁸⁵ L. Ratti, *The Sword and the Shield: The Directive on Adequate Minimum Wages in the EU*, 52 2 (2023) *Industrial Law Journal* 477.

constituent parts of pay and/or the level of pay in the Member States, or the setting of a minimum guaranteed Community wage – which amount to direct interference by Community law in the determination of pay within the Community».

Absent a European minimum wage, the AG's *vis destruendi* focused on the interpretation of the first part of the *Impact* formula, concluding: *a)* that the harmonisation of the constituent elements of wages and/or their level is only an example of what the Union cannot do¹⁸⁶, and that therefore the area covered by exclusive national competence «also covers measures that harmonize other aspects of the Member States' wage-setting systems (including the modalities or procedures for fixing the level of pay)»¹⁸⁷; and *b)* that, in any case, even limiting the analysis to the "levels and/or constituent parts" of minimum wages, several provisions contained in Article 5 would be liable to annulment as an expression of "direct interference" by the European legislator in the area covered by the reservation of national competence.

In essence, the AG's detailed opinion invited the Court to apply the direct interference test to three distinct regulatory aspects of Article 5 of the Directive: the procedures (*A*), the levels (*B*), and the constituent parts (*C*) of adequate minimum wages. The test, carried out by the Court in paragraphs 86-101 of the judgment, was passed in two out of three cases.

A. Procedures

Regarding the procedures – governed by paragraphs 1, 5 and 6 of Art. 5 – the Court rejected the AG's broad interpretation of the "*Impact* formula", offering instead a sort of authentic interpretation of its previous rulings, stating that what the AG viewed as merely illustrative must be instead understood as an exhaustive enumeration – which does not include procedures – of what constitutes direct interference. Consequently, the obligations imposed on Member States to adopt rules on the setting and updating of statutory minimum wages at least every two years, on the basis of clearly defined criteria that reflect their respective socio-economic conditions, as well as to designate or establish consultative bodies for this purpose, all in accordance with domestic practice and law – which is the basic content of Art. 5(1) – must be regarded as purely procedural measures which, as such, satisfy the (non-)direct interference test.

¹⁸⁶ In para. 53 of the AG's Opinion, it was stated that «in *Impact*, the Court did not go as far as to indicate that the 'pay' exclusion applied to the level of wages (that is to say, their precise figure or amount) exclusively [...]. In my view, the terms 'such as' and 'and/or the level of pay' show that the Court did not exclude that a direct interference with pay may occur even where the measure in dispute does not seek to harmonise the 'level of pay' in and of itself».

¹⁸⁷ AG Opinion, para. 59.

Nor can it be said, as the AG argued, that the measures in question are “substantive” simply because Article 12 of the Directive recognizes workers’ right to redress, in the case of infringements of rights relating to statutory minimum wages or relating to minimum wage protection¹⁸⁸. This guarantee is in fact recognized by the Directive only «where such rights are provided for in national law or collective agreements», as the Court rightly points out¹⁸⁹, while avoiding mentioning, *pro bono pacis*, that such a specification – absent from the original proposal – had been included in the final text precisely to allay the concerns of the applicants themselves, Sweden and Denmark...

B. Levels

With regard to levels, the issue – as agreed by both the AG and the Court – is intrinsically linked to the notion of adequacy, which not coincidentally scholars considered to be a «fundamental element for understanding Directive 2022/2041»¹⁹⁰.

In an overly expansive “fundamental rights” interpretation, the AG placed excessive weight on the prescriptive content of the Directive, inferring from it the existence of a subjective right to an adequate wage and thereby implying a flagrant violation of the competence limits set by the Treaty. The AG’s construction was based in particular on the alleged existence of an EU-wide concept of adequacy grounded not only on Art. 5 of the Directive but also on Art. 31 of the Charter¹⁹¹, the condition of applicability of which within Member States – namely “implementation of Union law” (Article 51(1) CFR) – was fulfilled precisely by the adoption of a directive that Member States are required to implement.

However desirable and hoped for by some, *the existence of a subjective right to an adequate wage cannot be inferred from the text of the Directive*, as several observers had already pointed out¹⁹² even before the Court openly ruled it out: «neither Article 5 of the contested directive nor any other provision of that directive defines the concept of ‘adequacy’ of statutory minimum wages [...] The adequacy of statutory minimum wages is, at most, an indicative value towards which Member States should aim [...] Therefore, in view of the express reference made by that provision, inter alia, to

¹⁸⁸ This right, adds Article 13, must be backed up by sanctions that are «effective, proportionate and dissuasive»

¹⁸⁹ Para. 91 of the judgment.

¹⁹⁰ L. Ratti, *La misurazione delle soglie di adeguatezza del salario minimo nell’ordinamento multilivello*, 185 (2025) *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali* 63.

¹⁹¹ See paras 81-82 of the AG Opinion.

¹⁹² E. Bramehuber, *cit.* at footnote n. 9, L. Ratti, *cit.* at footnote n. 39.

national practices defined in national laws, the concept of 'adequacy' of statutory minimum wages cannot be regarded as an autonomous concept of EU law»¹⁹³.

The Court's words therefore leave no room for doubt as to the legitimacy of the Directive but, on the other hand, neither do they leave room for excessive hopes, if there ever were any, as to its actual ability to provide a parameter of 'adequate wages' in legal systems where this is not already provided for. This is also because, as anticipated, the Court has expressly ruled out – with truly unobjectionable reasoning – that the prescriptive content of Article 5 of the Directive can be "supplemented" by the right to decent working conditions enshrined in the Charter. On this point, the AG's Opinion was particularly weak. By evoking the possible relevance of the Charter in supporting and expanding a subjective right to an adequate minimum wage, the AG takes for granted what should have been demonstrated: namely, the possibility of drawing from the text of the Directive a right to an adequate wage. With regard to this construction, the Court had little difficulty in stating that the absence of an EU competence on pay in the Treaty – and consequently of a right to an adequate wage in the Directive – cannot be obliterated by the right to a decent wage provided by Article 31 of the Charter¹⁹⁴: «Under Article 51(2) thereof, the Charter does not extend the field of application of Union law beyond the powers of the Union or establish any new power or task for the Union, or modify powers and tasks as defined in the Treaties»¹⁹⁵.

C. Constituent elements

It is only regarding the final segment, concerning the constituent parts of pay, that the AG and the Court ultimately agreed, resulting in annulment of certain provisions of the Directive.

The first of these, introduced by a parliamentary amendment, passed largely unnoticed during the heated debates following the adoption of the Directive, and arguably rightly so. This provision, Article 5(3), was indeed quite redundant. On the one hand, it unnecessarily authorized Member States to do what they already to a large extent do, namely to provide for mechanisms for the automatic adjustment of statutory minimum wages to inflation trends. On the other hand, it took pains to prohibit what no one does, namely to let the automatic indexation of wages to result in decreases in

¹⁹³ Para. 89-90 of the judgment.

¹⁹⁴ Thereby excluding any EU-derived right to an adequate minimum wage and, consequently, any direct interference by the Union in an area reserved to national competence.

¹⁹⁵ Para. 93 of the judgment.

statutory minimum wages. It is precisely this second part of the provision that led the Court to conclude – correctly, albeit without significant practical impact – that such a non-regression clause constituted direct interference by EU law in the determination of wage levels, and thus have to be annulled.

The second annulled provision – Art. 5(2) of the Directive – identified four criteria Member States were required to consider – along with any others defined at the national level – when determining and updating statutory minimum wages: purchasing power, wage levels, growth rates, and productivity. In the Court's view, by mandating the use of these criteria, the EU legislator intruded into the constituent elements of minimum wages, thus failing to withstand the test of direct interference. As has been rightly observed¹⁹⁶, the Court's conclusions were certainly not inevitable, and the reasoning behind them does not appear to be unassailable. Regardless of the fact that – with the possible exception of GDP and employment trends – the Directive's criteria are already widely applied by Member States¹⁹⁷, the decisive factor precluding any finding of "harmonization" of the constituent elements of minimum wages should have been Article 5(1) of the Directive, empowering Member States to freely determine the 'relative weight' of the four criteria imposed by the supranational legislator, thereby allowing flexibility that arguably would have minimized the impact of any interference.

As already noted in the opening pages of this paper, the double amputation resulting from the Court's ruling leaves both the substance and the spirit of the Directive fundamentally unaltered. Indeed, should this not be the case – that is, should the two annulled provisions be deemed "vital" to the operation of the Directive – a partial annulment would not have been available to the Court. According to the Court's established doctrine of "severability", partial annulment of an EU act is only possible provided that the removal of the "illegal" parts **does not alter its substance** and/or the spirit. Conversely, if the annulled provisions were crucial to the main objectives of the legislation, they could not be severed and the entire act would have to fall¹⁹⁸. Notably, in the case at hand the Court did not explicitly mention the severability doctrine; it just applied it, possibly considering – though this remains a matter of interpretation – that the case was sufficiently clear to demonstrate that the partial

¹⁹⁶ E. Menegatti, *cit.* at footnote n. 27.

¹⁹⁷ See Eurofound *Minimum wages in 2025: Annual review* (2025 Minimum wages in the EU series, Publications Office of the European Union) for a comparative review, along with the [national factsheets](#) compiled by Eurofound for more detailed information.

¹⁹⁸ Case C-626/18 *Republic of Poland v European Parliament*.

annulment it ordered was clearly unable to alter Directive “core”. In this respect, partial annulment acts as a confirmation of the “half-full glass” metaphor: the very fact that the Court could annul only some provisions proves that they were not essential to the Directive as a whole.

That said, the marginal nature of the double partial annulment ordered by the Court can also be explained by other factors, which will be summarized in the conclusions, but not before briefly outlining the second plea, which addressed issues distinct from the existence of the Union’s regulatory competence discussed thus far.

7. Beyond competence: the choice of legal basis

With the second plea, Denmark and Sweden argued that even a judicial finding of the Union’s regulatory competence could not have saved the Directive from annulment, contending that, in any event, such competence should have been exercised on different legal bases. Specifically, they argued that the Directive should have been based not only on Article 153(1)(b), authorizing Union action in the field of “working conditions”, but also, in light of the provisions of Article 4 of the Directive, on Article 153(1)(f), which enables the EU to intervene in the field of “representation and collective defence of the interests of workers and employers”.

In reality, the question was framed incorrectly because, even acknowledging the essential relevance of the provisions promoting collective bargaining, the Directive could not have relied on a “dual” legal basis. According to the established case law of the Court¹⁹⁹, such coexistence is not admissible when the two legal bases are “incompatible”, meaning they require different decision-making procedures. This is exactly what occurs in the case in question, as regulatory action on representation and collective defence of the interests requires unanimity within the Council, whereas action on working conditions only requires a qualified majority.

Beyond the aforementioned procedural aspects, it must however be acknowledged that, to the extent it aimed to “unveil” one of the fundamental aspects of the Union’s intervention in this area, the applicants’ claim held *a certain degree of plausibility*. The Danish action indeed raised a substantial question which, unsurprisingly, had also been extensively debated by scholars: are we truly dealing with a regulation on adequate minimum wages or, given the vagueness of the relevant provisions²⁰⁰, is this

¹⁹⁹ See, for all, case C-155/07 *European Parliament v Council of the European Union*, p. 37 and case law cited therein.

²⁰⁰ As noted by T. Treu in *La decisione della Corte Europea sul salario minimo*, (2025) *Il Sole 24 ore NT+ Lavoro*, the measures appear in this regard to be «more of a recommendation than a directive».

rather essentially a regulation supporting collective bargaining? This is an eminently conceptual question that, following the judicial action for annulment, became critical to the Directive's very survival: had its primary aim been to promote collective bargaining, the Directive would have required unanimous consent, which, as is widely known, was lacking on that occasion²⁰¹.

However, the AG and the Court agreed not to pursue this debate to its extreme consequences. Rather than embarking on the difficult path of an "alternative" choice ("working conditions" *or* "collective representation and defence of interests"?), they opted for a "cumulative" logic ("working conditions" *and* "collective representation and defence of interests"), placing the two matters in an instrumental means-ends relationship: the promotion of collective bargaining serves the Directive's main objective, which remains the improvement of living and working conditions, particularly as regards the adequacy of minimum wages. In this perspective, the Court concludes, Article 4 «is merely a means of achieving the main objective of the Directive, rather than an autonomous and distinct purpose or component thereof. Article 4 therefore also falls within the scope of 'working conditions' referred to in Article 153(1)(b) TFEU»²⁰².

From a strict judicial standpoint, the action for annulment ultimately failed to meet the applicants' expectations. Unconstrained by a strict application of the *ne ultra petita* principle – which would have required ruling exclusively on the claimants' requests to annul either the entire Directive or, alternatively, Article 4 alone – the Court instead chose to invalidate only certain provisions of Article 5 which were designed to apply exclusively within systems of statutory determination of minimum wages that Denmark and Sweden have neither experienced nor are likely to adopt in the future.

8. Conclusions: A balanced compromise open to multiple readings

From the policy statements of the first von der Leyen Commission to the unsuccessful attempts to activate Art. 154 TFEU social dialogue procedures; from the lengthy and troubled trilogue navigating the turbulent waters of fierce bipartisan opposition to the announced Danish action for annulment; from the controversial Opinion of the Advocate General to the fragmented implementation process in the Member States, the ruling of the Court of Justice has brought to an end an intense five-year period in

²⁰¹ The Directive was adopted with Denmark and Sweden voting against it, while Hungary abstained.

²⁰² Para. 136 of the judgment.

which the issue of adequate minimum wages dominated the institutional and scholarly landscape of European social policy.

Seen in the light of the broader political clash surrounding the adoption of the Directive, a lingering – albeit unprovable – suspicion persists that the compromise achieved by the Court through an essentially painless «surgical cut»²⁰³ of the Directive, may have been shaped, at least in part, by preconceptions and sensitivities of a strictly political nature: with the «ghost of *Laval* and *Viking*»²⁰⁴ still haunting the Nordic attitudes toward the Union, a desire to avoid further exacerbating “Nordic discontent” likely played a role²⁰⁵. True, the ruling did not affect the part of the Directive – Article 4 – on which the applicants had focused their criticism. Yet, some key passages of the judgment – notably the rejection of wage adequacy as an autonomous concept of EU law and the denial of an individual right to an adequate wage – may be read as responsive to “Nordic” concerns regarding the incompatibility of such elements with the collective bargaining models historically characterizing those countries. A small *placebo*, perhaps, to appease Nordic anxieties, without undermining the Directive’s core content and, crucially, its politically symbolic value.

Looking ahead, it remains to be ascertained – outside the limits of a specific case – whether the Court’s decision will have the capacity to act as a catalyst for revitalizing the prospects of a European policy against in-work poverty. Against this backdrop, the ruling lends itself to multiple interpretations, which are briefly summarized below.

The quest for adequate wages: au-delà of the Directive? – From the standpoint of the Directive’s actual capacity to achieve its stated objectives of reducing in-work poverty by guaranteeing adequate minimum wages, little has changed: there was little before the ruling, and there continues to be little afterwards. Although some commentators have portrayed the annulment of the four criteria in Article 5(2) as an irreparable mutilation that deprives the Directive of any prescriptive content²⁰⁶, it is worth noting the preservation of paragraph 4 of the same article. This is significant because in the Directive’s initial phase of implementation the “indicative reference values” of 60% of the median wage and 50% of the average wage provided therein have proven

²⁰³ L. Ratti, *cit.* at footnote n. 7.

²⁰⁴ N. Countouris, *The Adequate Minimum Wage Directive 2022/2041 before the Court of Justice*, 32 2 (2025) *International Union Rights* 10.

²⁰⁵ On the sceptic attitude of Sweden toward EU initiatives in the social and welfare fields, including the minimum wage Directive, see S. Schreurs and D. Bokhorst, *Overcoming the subsidiarity reflex? Sweden, the Netherlands and the making of social Europe*, (2026) *Journal of European Social Policy*.

²⁰⁶ S. Garben, *cit.* at footnote n. 6.

capable of significantly influencing the decisions of legislators and/or other national institutions in setting, and prospectively adjusting, statutory minima²⁰⁷. That said, the “bad but not new” news is the judicial certification that wage adequacy – mentioned 36 times in the text of the Directive, including in the preamble – «cannot be regarded as an autonomous concept of EU law»²⁰⁸.

Yet, the Adequate Minimum Wage Directive is not the *sole* possible instrument for a supranational decent wage policy. The reference values of adequacy established in its Art. 5(4)²⁰⁹ – though merely indicative, as Member States “*may*” use them – can, and indeed *should*, be interpreted through the lenses of other international law instruments whose relevance is dictated both by the very content of the Directive and by provisions of EU primary law. As to the former, the “integration” of international law standards into the interpretation and application of the Directive derives from explicit references in its recitals to ILO Conventions and provisions of the European Social Charter of the Council of Europe, which call for minimum wages that provide a decent standard of living²¹⁰. As to the latter, it is Art. 151 TFEU that, as is well-known, stipulates that the Union and Member States must act «having in mind fundamental social rights such as those set out in the European Social Charter...».

Focusing specifically on the European Social Charter, Art. 4 of this instrument states that «All workers have the right to a fair remuneration sufficient for a decent standard of living for themselves and their families». As noted by several commentators²¹¹, the European Committee of Social Rights (ECSR) has historically interpreted this rule with a view to consolidate a robust definition of a “decent wage”, relying on indicators that the Directive formulates much too loosely²¹². Specifically, the ECSR requires minimum wage levels to cover not only basic survival needs but also active participation in cultural, educational, and social life. Furthermore, it applies stricter benchmarks –

²⁰⁷ See T. Müller, *cit.* at footnote n. 8, who reports how in several cases (Czech Republic, Greece, Latvia, Slovakia) the post-Directive reforms have incorporated the quantitative parameters of the Directive in various ways, including as a future objective.

²⁰⁸ Para. 90 of the judgment.

²⁰⁹ «Member States shall use indicative reference values to guide their assessment of adequacy of statutory minimum wages. To that end, they may use indicative reference values commonly used at international level such as 60 % of the gross median wage and 50 % of the gross average wage, and/or indicative reference values used at national level»

²¹⁰ See Recitals n. 2, 4, 8, and 24 of the Directive.

²¹¹ See G. Orlandini and A. Allamprese *Retribuzione adeguata e contrattazione sui salari nelle fonti sovra-nazionali*, forthcoming in V. Bavaro and G. Orlandini (ed.), *Il giusto Salario tra legge e contrattazione collettiva*, Futura Editrice; F. Dôme and A. Aranguiz, *Could the minimum wage directive weather future financial storms? Studying the potential to ensure upward convergence of minimum wages*, 16 2 (2025) *European Labour Law Journal* 212;

²¹² The Annual Conclusions of the ECSR on Art. 4 of the European Social Charter are available [here](#).

setting the threshold at 60% of the net average wage – to evaluate both statutory and collectively bargained minima, with the State bearing the burden of proving that, when wages fall below this level, adequate social transfers are secured to bridge the gap and ensure a decent living standard.

Admittedly, the peculiar 'non-judicial' enforcement mechanism of the European Social Charter of the Council of Europe – which, unlike the ECHR, is entrusted to a committee of experts rather than a Court – has historically struggled to be “taken seriously”, resulting in a sort of “lesser status” for the ESC compared to the ECHR, even if in the aftermath of the Eurozone crisis both instruments proved quite effective in countering some of the harshest austerity measures, as occurred in Greece and Spain²¹³.

It is beyond dispute that compensating for the weaknesses of an EU Directive by relying on the non-judicial interpretation of an international instrument is an uphill task, particularly when it comes to an issue like the minimum wage, where any consolidation of the notion of adequacy should carefully take into account the limited EU competence on “pay” and the Court’s statement that wage adequacy «cannot be regarded as an autonomous concept of EU law». Nevertheless, it is evident that a European decent wage policy cannot stand on the fragile legs of the Directive alone, all the more so in a context where a panoply of multiple sources – the European Social Charter, the Charter of Fundamental Rights, the Social Pillar, the horizontal clause of Art. 9 TFEU – can no longer remain isolated from the “coordination” of economic policies developed under the European Semester. Whether the Directive could operate as the “Trojan horse” for a decent living standard paradigm within the broader EU economic governance mechanisms is far from certain, but its very existence at least provides a foothold.

The competences of the Union – From a constitutional perspective, the judgment offers two key insights into the never-ending dispute over the allocation of regulatory powers within the EU’s increasingly integrated legal order. Firstly, it confirms that the powers of the Union and those of the Member States cannot always be understood as hermetically sealed entities, ignoring the multi-level reality in which the former inevitably spill over into the latter. The case of support for collective bargaining is particularly illustrative in this regard: the Advocate General’s contention that

²¹³ See the details in G. Orlandini and A. Allamprese, *cit.* at footnote n. 60. Concerning the role of Art. 4 of the European Social Charter in Spain, see C. Molina Navarrete, El suelo salarial no solo debe ser mínimo, sino adecuado para una vida digna: ¿qué dice el TJUE al respecto?, *Briefs AEDTSS*, n. 110, 2025.

promoting (wage-setting) bargaining would constitute an undue encroachment by the Union into an area reserved to the Member States, rested on an overly rigid and ultimately unrealistic representation of the principle of conferral, according to which even the legitimate exercise of an expressly conferred supranational power – in this case, the promotion of social dialogue – could be viewed as a threat to national competence. In truth – and this is the second point for reflection that can only be briefly outlined here – despite institutional efforts to confine the Union's action within the limits of a narrowly construed principle of conferral²¹⁴, the phenomenon long described as *competence creep*²¹⁵, appears to be a structurally inevitable outcome of the integration process, which, in this as in other instances, has often found a sort of tacit legitimisation in the case law of the Court of Justice. The “good news”, in this context, is that such a process of progressive expansion of Union competences may manifest itself not only at the level of negative integration driven by economic freedoms but also – as this case ultimately demonstrates – at the level of positive integration aimed at strengthening social rights.

(c) *EU social policy and EU politics* – Finally, the judicial outcome of the complex and contentious history of the Directive on adequate minimum wages can be evaluated from a broader perspective that transcends a legal analysis of its limited content, to encompass the Union's overall social policy, if not its politics *tout court*. From this viewpoint, the ruling has the merit of not hindering the tentative revival of the Union's social action, triggered by the Social Pillar and initiated by the previous Commission as one of its *flagship* initiatives. While neither the Directive nor the ruling constitutes a panacea, they at least do not represent a step backward, in contrast to what is currently happening in other areas of European social law under the guise of “simplification”.

²¹⁴ From the Laeken Declaration on the Future of Europe in 2001 and the Treaty of Lisbon to the relevant ruling of the German Constitutional Court, the issue of *Kompetenz-Kompetenz* accompanied the birth of the Union in the first decade of the century.

²¹⁵ P. Craig, *The ECJ and ultra vires action: A conceptual analysis*, 48 2 (2011) *Common Market Law Review* 395.