

RIVISTA GIURIDICA DEL LAVORO E DELLA PREVIDENZA SOCIALE

*Fondata da Aurelio Becca e da Ugo Natoli
già diretta da Luciano Ventura e da Giorgio Ghezzi*

ANNO LIX - 2008 - N. 2

*Trimestrale
aprile-giugno 2008*

DIRETTORE

Piergiovanni Alleva

COMITATO DIRETTIVO

*Amos Andreoni, Vittorio Angiolini, Bruno Balletti, Marzia Barbera, Vincenzo Bavaro,
Franca Borgogelli, Umberto Carabelli, Gaetano D'Auria, Antonio Di Stasi,
Francesco Fabbri, Mario Giovanni Garofalo, Fausta Guarriello, Carmen La Macchia,
Andrea Lassandari, Gianni Loy, Luca Nogler, Massimo Pallini, Adalberto Perulli,
Massimo Roccella, Franco Scarpelli, Stefania Scarponi, Valerio Speciale,
Sergio Vacirca, Bruno Veneziani, Lorenzo Zoppoli*

REDAZIONE

*Andrea Allamprese, Guido Canestri, Carlo de Marchis,
Lorenzo Fassina, Ginevra Galli, Antonino Sgroi*

COMITATO SCIENTIFICO

*Gianni Arrigo, Gian Guido Balandi, Maria Vittoria Ballestrero, Marco Barbieri,
Alessandro Bellavista, Paolo Boer, Olivia Bonardi, Piero Capurso, Franco Carinci,
Maria Teresa Carinci, Bruno Caruso, Pasquale Chieco, Maurizio Cinelli,
Franco Coccia, Adolfo Di Majo, Madia D'Onghia, Giuseppe Ferraro,
Franco Focareta, Fabio Fonzo, Alessandro Garilli, Gino Giugni, Enrico Gragnoli,
Raffaele Guariniello, Canio Lagala, Mariorosario Lamberti, Alberto Lepore,
Franco Liso, Salvatore Mazzamuto, Luigi Menghini, Giovanni Naccari,
Mario Napoli, Angelo Pandolfo, Alberto Piccinini, Andrea Proto Pisani,
Federico Maria Putaturo Donati, Alessandra Raffi, Carlo Smuraglia,
Ugo Spagnoli, Patrizia Tullini, Tiziano Treu, Lucia Valente, Roberto Voza*

SEGRETERIA DI REDAZIONE

Maria Clotilde Domenichini

Proprietario ed editore

Ediesse s.r.l.

Via dei Frentani, 4/A - 00185 Roma

Tel. 06/44870325 - Fax 06/44870335

E-mail: ediesse@cgil.it

Autorizzazione del Tribunale di Roma n. 3848/1954

Segreteria di redazione

Via dei Frentani 4/A - 00185 Roma

Tel. 06/44870323 - Fax 06/44870335

E-mail: rgl.redazione@mail.cgil.it

Ufficio abbonamenti

Tel. (06) 44870283 - Fax (06) 44870335

Dal lunedì al venerdì 10-13 / 14-16,30

E-mail: ediesse@cgil.it

Tariffe di abbonamento

ordinario 100,00 euro; estero 200,00 euro

Agli studenti universitari che abbiano uno specifico interesse per il diritto del lavoro verrà riconosciuto lo sconto del 50% presentando la richiesta del Docente che segue la loro attività.

L'importo dell'abbonamento può essere versato sul conto corrente postale n. 935015, intestato a Ediesse, specificando la causale.

Una copia: 33,00 euro; arretrati: 66,00 euro

Progetto grafico e fotocomposizione

EDIESSE

Stampa

O.GRA.RO. s.r.l.

Vicolo dei Tabacchi, 1 - 00153 Roma

Egregio Abbonato,

ai sensi dell'art. 10 della legge n. 675/1996 La informiamo che i Suoi dati sono conservati nel nostro archivio informatico e saranno utilizzati dalla nostra società, nonché da enti e società esterne ad essa collegate, solo per l'invio di materiale amministrativo, commerciale e promozionale derivante dalla ns. attività. La informiamo inoltre che, ai sensi dell'art. 13 della Legge, Lei ha il diritto di conoscere, aggiornare, cancellare, rettificare i suoi dati o opporsi all'utilizzo degli stessi, se trattati in violazione della legge.



Associato all'USPI
Unione Stampa Periodica Italiana

PARTE I
DOTTRINA

TEMA

Norma inderogabile e Diritto del lavoro

Mario Napoli

Introduzione.

Interrogativi sull'inderogabilità 157

Antonio Albanese

La norma inderogabile nel Diritto civile e nel Diritto del lavoro
tra efficienza del mercato e tutela della persona 165

Antonella Occhino

La norma inderogabile nel Diritto del lavoro 183

SAGGI

Lucio Imberti

La disciplina del socio lavoratore tra vera e falsa cooperazione 201

Antonio Riccio

Il lavoro a progetto: inutilità di un intervento legislativo? 237

Maddalena Rosano

La tutela del lavoratore nell'insolvenza transnazionale 275

PARTE II
GIURISPRUDENZA

IL CASO

Bruno Veneziani

La Corte di Giustizia e il trauma del cavallo di Troia
(*Corte di Giustizia Ce, 3 aprile 2008, causa C-346/2006*) 295

OSSERVATORIO

LA CORTE COSTITUZIONALE

Le decisioni nel trimestre gennaio-marzo 2008

Rapporto di lavoro 323

Sicurezza sociale 327

A cura di Lorenzo Fassina e Massimo Pallini

RAPPORTO DI LAVORO

Amos Andreoni

Contratto a termine e diritto di precedenza:
l'onda lunga della Corte Costituzionale
(*Corte Costituzionale, 25 febbraio-4 marzo 2008, n. 44*) 331

Luciana Forte

Il licenziamento per superamento del periodo di comporto:
basta l'elemento fattuale?
(*Cassazione, 10 gennaio 2008, n. 278*) 341

Alessandra Raffi

Il ruolo della Cassazione nella tutela dal *mobbing*
(*Cassazione, 7 novembre 2007, n. 40891, VI Sez. penale*) 349

Alessandro Bellavista

Controlli a distanza e necessità del rispetto della procedura
di cui al comma 2 dell'art. 4 Stat. lav.
(*Cassazione, 17 luglio 2007, n. 15892, Sez. lav.*) 358

Filippo Aiello

Quali tutele per il demansionamento del lavoratore
che rischi il licenziamento per giustificato motivo oggettivo?
(*Cassazione, 5 aprile 2007, n. 8596, Sez. lav.*) 368

Antonio Federici

La riproposizione del patto di prova come rapporto
di lavoro speciale: il problema della cd. prova preassuntiva
(*Cassazione, 4 aprile 2007, n. 8463, Sez. lav.*) 379

Domenico Carpagnano

Assunzione a termine per ragioni di carattere sostitutivo
(*Corte d'Appello Bari, 9 ottobre 2007, Sez. lav.*) 393

Annalisa Grieco

Le ferie annuali tra diritto alla autodeterminazione
ed eccezionalità del rinvio
(*Corte d'Appello Firenze, 3 aprile 2007, Sez. lav.*) 411

Paola Saracini

Contratti a termine nelle amministrazioni pubbliche:
divieto di conversione e risarcimento del danno
(*Tribunale Genova, 14 dicembre 2006, Sez. lav.*
Tribunale Rossano, 4 giugno 2007, Sez. lav.) 433

DIRITTO SINDACALE

Domenico Vitale

Diritto di critica e nuovi spazi d'azione per la cittadinanza
industriosa. L'obbedienza non è più una virtù?
(*Corte d'Appello Roma, 6 febbraio 2007, III Sez. penale*) 459

SICUREZZA SOCIALE

Mintcho Y. Mintchev

Benefici previdenziali per i lavoratori esposti all'amianto
e onere delle prova *ex art.* 2697 cod. civ.
(*Cassazione, 13 settembre 2007, n. 19140, Sez. lav.*) 473

Gina Turatto

La tematica dei cittadini stranieri in riferimento all'accesso alle prestazioni non contributive a dieci anni di distanza dall'approvazione della legge n. 40/1998

(Corte d'Appello Firenze, 9 giugno 2007, Sez. lav.

Tribunale Ravenna, 16 gennaio 2008, Sez. lav.

Tribunale Pistoia, 23 marzo 2007, Sez. lav.)

479

Antonio Federici

La causa virulenta: un *tertium genus* tra infortunio sul lavoro e malattia professionale

(Tribunale Ivrea, 8 novembre 2007)

506

PARTE I
DOTTRINA

IL TEMA

NORMA INDEROGABILE E DIRITTO DEL LAVORO

Mario Napoli (*)

INTRODUZIONE. INTERROGATIVI SULL'INDEROGABILITÀ

1. — Il Diritto del lavoro, così come si è venuto configurando, presenta una caratteristica non ravvisabile in altri rami dell'ordinamento. Esso si basa preminentemente su norme inderogabili di legge e di contratto collettivo. Questa caratteristica non impedisce di collocare i rapporti di lavoro all'interno del Diritto civile, anche se la configurazione principale privatistica è riposta nella norma dispositiva. Infatti, la collocazione dei rapporti di lavoro nell'ordinamento civile non è la conseguenza del modo di atteggiarsi delle fonti di disciplina, bensì dell'adozione di un contratto tipico posto a disposizione dei privati per regolare reciproci interessi.

A partire da Barassi la fattispecie costitutiva del rapporto di lavoro è il contratto di lavoro. Ma, da sempre, il contratto di lavoro è fattispecie costitutiva del rapporto senza governarlo, poiché non detta quasi mai la regolazione, affidata alla legge e alla contrattazione collettiva. Nel sistema del Diritto civile i contratti, oltre a essere fattispecie costitutiva di rapporti, sono anche fattispecie regolativa degli stessi. Si capisce così perché i privati possono dettare disposizioni di regolazione diverse da quelle indicate dalle norme che, proprio per questo, sono dispositive e non invece inderogabili. L'inderogabilità è caratteristica della norma che si impone per forza propria sull'autonoma valutazione dei privati. La qualità della norma inderogabile è strettamente collegata alla quantità, cioè alle linee di politica legislativa relative agli interessi da tutelare.

Il Diritto del lavoro, anche se conosce la categoria della norma dispositiva, che interviene in assenza di regolazione a opera delle parti, si basa essenzialmente sulla norma inderogabile. Questa caratteristica, a differenza di quanto accade nel Diritto civile in generale, non è predicata di volta in volta dalla legge o dal contratto, ma dipende dalla rico-

(*) Professore ordinario di Diritto del lavoro nell'Università Cattolica di Milano.

struzione della portata precettiva delle disposizioni. Gli interessi in gioco nella norma lavoristica non sono interessi pubblici, anche essi tutelati nella regolazione del lavoro con la norma penale o amministrativa. Ciò significa che l'inderogabilità coesiste con la natura privata della norma, oggetto di applicazione da parte del giudice del lavoro. L'inderogabilità comporta come conseguenza la sottrazione in capo ai soggetti del rapporto del potere di dettare regole diverse da quelle legali o di contratto collettivo in sede di costruzione del privato regolamento contrattuale. L'inderogabilità attiene dunque al piano dei rapporti tra le fonti, anche se non è idonea a negare il carattere privato della fattispecie costitutiva del rapporto, cioè il contratto di lavoro.

Ora, a differenza di quanto accade nel Diritto civile, l'inderogabilità è intrinseca alla normazione, nel senso che le ragioni dell'inderogabilità sono le stesse che inducono il legislatore a intervenire. Non si vogliono introdurre interessi esterni al contratto, ma si vuole imporre la forza della legge nella regolazione del rapporto: si vuole, cioè, che il rapporto, nato dal contratto, sia regolato dalla legge e dai contratti collettivi. Il problema dell'inderogabilità è, pertanto, strettamente connesso con il ruolo che si vuole riservare alle fonti di regolazione del rapporto. L'istanza di attenuazione dell'inderogabilità è un'istanza di superamento dell'assetto delle fonti e particolarmente un'istanza di delegificazione e di superamento della vincolatività del contratto collettivo. Il richiamo al Diritto civile per questa operazione è inconferente, poiché il Diritto del lavoro conosce, per ragioni storico-sociali, un peculiare assetto delle fonti, ed è soprattutto per questo che si differenzia dal Diritto civile. Senza nderogabilità la legge non avrebbe potuto svolgere il suo ruolo nell'edificazione del Diritto del lavoro. La legge interviene per riequilibrare i rapporti di potere tra le parti del contratto di lavoro. Certo, l'idea del contraente più debole non è sempre richiamabile. Ma sarebbe mistificante l'idea di un lavoratore maturo che non ha bisogno della protezione della legge, poiché potrebbe autotutolarsi sul mercato del lavoro. La ragione della previsione legislativa tocca, prima ancora del mercato del lavoro, il piano del contratto e del rapporto di lavoro. Sono i rapporti di lavoro a essere caratterizzati dall'implicazione della persona del prestatore di lavoro. Questo dato è ancora oggi riscontrabile nei rapporti di produzione, nonostante le profonde trasformazioni tecnico-organizzative dell'impresa. Sarebbe veramente strano se, nel momento in cui l'istanza di regolazione tocca temi come la concorrenza, la responsabilità del produttore, la tute-

la dei consumatori, il Diritto del lavoro non sapesse fare buono uso per il futuro degli assestamenti storicamente conseguiti.

Il Diritto del lavoro non è tutto contenuto nella Costituzione, ma l'istanza regolativa del lavoro, nel rapporto e nel mercato, è riposta direttamente, prima ancora che nell'art. 41, nell'art. 35, comma 1, nella più immediata portata precettiva dell'asserzione dell'art. 1. Sostenere un'istanza generalizzata di deregolazione è contrario al disegno costituzionale. Certo, il quanto e il come di regolazione, quindi di inderogabilità, sono affidati all'evoluzione storica e ai rapporti sociali e politici. Piuttosto che discutere in astratto sull'attenuazione dell'inderogabilità, è sempre meglio discutere sui singoli punti di regolazione, anche sperimentando possibili spazi di autonomia individuale nella regolazione. Del resto il sistema basato sull'inderogabilità non ha mai impedito di far valere, da un lato e dall'altro, la propria forza di mercato.

L'istanza di delegificazione urta contro la necessità di regolazione derivante dai vincoli comunitari. Come sarebbe possibile far valere i divieti di discriminazione e il principio di parità di trattamento nei lavori flessibili senza l'intervento legislativo? Per non parlare poi della tematica della sicurezza. La regolazione europea sulle discriminazioni costituisce per il Diritto del lavoro l'equivalente dei rimedi sanciti per garantire la libertà di concorrenza. Ma che senso avrebbe questa regolazione se si ammette la possibilità di deroga a opera del contratto individuale? Se addirittura la concorrenza ha bisogno di proprie regole e istituzioni, come negare che ciò vale *a fortiori* per il lavoro?

2. — L'inderogabilità tocca non solo la fonte legislativa, ma anche quella collettiva. Ora non sono venute meno le ragioni che spingevano Gino Giugni a ritenere l'inderogabilità come un carattere necessario del contratto collettivo. Ormai c'è un assetto sufficiente per fondare positivamente l'inderogabilità anche di questa fonte: da un lato, l'impiego da parte della giurisprudenza dell'art. 2077 cod. civ., la stessa norma dettata per il contratto collettivo dall'ordinamento corporativo; dall'altro, la previsione dell'art. 2113 cod. civ., secondo la ricostruzione di Luigi Mengoni. Oggi l'attacco al potere sindacale passa soprattutto attraverso l'istanza negatrice dell'inderogabilità del contratto collettivo. Senza l'inderogabilità la regolazione contrattuale cesserebbe di costituire la fonte preminente di regolazione del rapporto di lavoro. È l'inderogabilità, infatti, che consente di intravedere nel contratto collettivo una vera fonte sovraordinata rispetto all'autonomia privata equiparata alla legge.

Sostenere ancora la configurazione del contratto collettivo come un contratto atipico e innominato significa contribuire ad attenuare il carattere cogente della contrattazione collettiva, almeno per i dipendenti delle imprese rappresentate al tavolo delle trattative. Nella fase di maturità il Diritto del lavoro non deve avere paura di affidare al prodotto del pluralismo sociale la stessa forza cogente della legge.

Solo la caratteristica del contratto collettivo come fonte tipica – dotata, cioè, di tipicità normativa, oltre che sociale – può far comprendere l'intreccio tra le fonti che, mediante i rinvii della legge al contratto collettivo, caratterizzano l'attuale situazione. In questo contesto si potrebbe sperimentare maggiormente il principio di sussidiarietà orizzontale, sotteso nell'utilizzo del rinvio legislativo alla contrattazione collettiva, prevedendo che la regolazione legislativa possa operare, in talune circostanze, soltanto in assenza di contrattazione collettiva. La perfetta equiparazione tra contratto collettivo e contratto individuale nei confronti della legge è condizionata dalla visione del contratto collettivo come mera proiezione del contratto individuale e non come fonte specifica del Diritto del lavoro. Nel rapporto interno tra le fonti sono sempre possibili, infatti, riequilibri e aggiustamenti, senza mettere in discussione l'inderogabilità del contratto collettivo a opera del contratto individuale.

3. — La tematica dell'inderogabilità nel Diritto del lavoro è strettamente collegata alla tematica della disposizione dei diritti, secondo la peculiare previsione dell'art. 2113 cod. civ. Cosa succederebbe in un regime basato sull'inderogabilità se non ci fosse una specifica norma sulla disposizione dei diritti (secondari patrimoniali)?

Il Diritto del lavoro non potrebbe chiedere aiuti al Diritto civile, poiché per sua natura l'inderogabilità tocca la fase genetica del rapporto (contratto), non la fase funzionale (rapporto).

Lungi dall'essere una norma bizzarra, l'art. 2113 è un raro esempio di tecnica legislativa che coniuga flessibilità e tutela. Lo sdoppiamento tra nderogabilità e regime delle disposizioni permette di tutelare in modo forte il futuro, e in modo meno rigido il passato. Ciò perché l'atto di disposizione di diritti patrimoniali già entrati nella sfera giuridica del lavoratore è considerato sì come invalido, ma spetta al lavoratore decidere se far valere l'invalidità (l'annullabilità) oppure no. E ciò nonostante la derivazione dei diritti dalle norme nderogabili di legge e di contratto collettivo, caratteristica che rende nulle le clausole contrattuali di contenuto opposto. Il sistema sarebbe stato fortemente rigido

se fosse stato previsto il regime della nullità fatta valere in qualsiasi momento e da chiunque. La flessibilità della previsione si coniuga con la tutela forte del lavoratore, nel decorso del termine decadenziale dalla fine del rapporto. Ma si comprende anche la peculiare disposizione che nega il rimedio dell'impugnabilità in presenza dei rimedi della risoluzione delle controversie propri del Diritto del lavoro. Pur non negando l'accesso alla giustizia per l'impugnativa delle rinunce e delle transazioni, l'ordinamento giuridico nega questo rimedio in presenza delle conciliazioni giudiziarie, amministrative e sindacali. Non si tratta in questi casi di una reintegrazione della capacità dispositiva del lavoratore, ma dell'attivazione di canali alternativi alla risoluzione delle controversie di lavoro affidati allo stesso giudice, alla pubblica amministrazione, al sindacato. Il sistema è sufficientemente elastico poiché consente al lavoratore di scegliere il canale di risoluzione delle controversie. Purtroppo l'introduzione del tentativo obbligatorio di conciliazione non ha aiutato a comprendere il valore alternativo della conciliazione rispetto al contenzioso giudiziario. Certo, il ricorso al giudice è la garanzia massima di effettività dei diritti. Tuttavia in un sistema maturo il ricorso alla conciliazione non deve essere vissuto come attenuazione della tutela, ma come un percorso di pari dignità rispetto alla via giurisdizionale. Questo è il vero significato della non applicabilità dell'art. 2113 al sistema delle conciliazioni. Esso andrebbe ulteriormente rafforzato soprattutto in due modi. Innanzi tutto mediante la diffusione della cultura della conciliazione con l'allentamento della tensione sulla statualità generalizzata della risoluzione delle controversie. Pur essendo di più antica data, il sistema conciliativo sia sindacale che amministrativo dovrebbe far tesoro dalla particolare efficienza del Giurì pubblicitario promosso dai codici di autoregolamentazione del settore. In secondo luogo, occorre una maggiore professionalizzazione degli operatori sia pubblici che sindacali, che non devono scimmiettare le prassi giudiziarie. Anche il ceto forense dovrebbe favorire, su basi volontarie, la prassi conciliativa con una specifica professionalità. Va criticata, invece, la tendenza alle moltiplicazioni delle sedi legislative, ad esempio la conciliazione monocratica accanto a quella collegiale, che andava, al contrario, rafforzata. Un sistema di conciliazione efficiente potrebbe consentire di percorrere anche la via dell'arbitrato, specialmente di quello previsto dai contratti collettivi. A tal fine vanno proseguiti gli sforzi per la stabilità del lodo con una omologazione all'efficacia propria delle conciliazioni.

4. — Una forma preventiva di deflazione del contenzioso è stata tentata dal decreto legislativo n. 276 in materia di qualificazione dei rapporti di lavoro. Su questo istituto, su cui sono stati impiegati fiumi di inchiostro, si è concentrata l'attenzione verso forme di derogabilità assistita, idonea a introdurre forme di rinuncia a determinati diritti. Anche per la confusione del legislatore si è spesso equivocato sui rapporti tra inderogabilità della norma e indisponibilità dei diritti. Ma su questo profilo vale quanto precedentemente osservato. Va soltanto aggiunto che l'art. 2113 vale non solo per il lavoro subordinato, ma anche per il lavoro a progetto: l'erede delle prestazioni coordinate e continuative previste dall'art. 409 cod. proc. civ. La certificazione dei rapporti non è una forma di derogabilità assistita, bensì un atto di certazione, provvisoria, suscettibile di controllo in materia di qualificazione a opera del giudice. Essa tocca l'individuazione del tipo legale prescelto dalle parti, e non già un adattamento in concreto della disciplina applicabile. La via della certificazione dei rapporti, spacciata come tecnica di flessibilità, non ha avuto sul piano empirico quel successo auspicato o temuto. Ciò è dipeso dal fatto che il legislatore delegato, oltre ad allargare l'articolazione tipologica dei rapporti di lavoro, ha introdotto direttamente ulteriori flessibilità con la configurazione in termini di lavoro autonomo del lavoro a progetto.

La tematica della derogabilità assistita non tiene conto della circostanza che l'impresa ha una forte dose di flessibilità mediante l'articolazione del tipo negoziale, cioè con la possibilità sancita in via legislativa di scelta tra una varietà di modelli regolativi del rapporto di lavoro. Ecco perché la derogabilità assistita è una forma più camuffata di opposizione alla permanenza dell'inderogabilità della norma di legge. Non vi sono spazi per forme di derogabilità assistita sul piano delle norme dei contratti collettivi. Certo, spetta alla contrattazione collettiva, più che sperimentare eventuali clausole derogabili, porre eventuali clausole di rinvio alla contrattazione individuale, sul modello del rinvio dalla legge alla contrattazione collettiva stessa. Questo modello potrebbe essere utilizzato soprattutto su temi delicati come, ad esempio, l'orario di lavoro, le ferie, o sull'erogazione dei diritti a prestazione, ad esempio in materia di formazione professionale o in altre materie gestite dagli enti bilaterali. Ciò riguarderebbe le tecniche di tutela sempre adattabili a opera della contrattazione e non certo l'attenuazione dell'inderogabilità dei contratti collettivi legislativamente sancita. Estranea al tema della derogabilità assistita è anche la questione dell'efficacia dispositiva delle transazioni

collettive, che vengono fatte transitare sul veicolo dell'art. 2113, mentre sono espressione di un potere originario del sindacato, da porre accanto al potere normativo.

5. — Il continuo rinnovamento del Diritto del lavoro non deve significare necessariamente abbandono delle tecniche regolative adottate nel passato. Esse, tuttavia, devono costituire oggetto di riflessione alla luce delle categorie concettuali via via elaborate o dallo stato della disciplina.

L'istanza di attenuazione dell'inderogabilità è stata anche prospettata, all'interno del dibattito sulla flessibilità, come possibile alternativa al sistema di stabilità, fortemente delegittimato sul piano culturale, anche se confermato dal popolo sovrano. Ma non è culturalmente accettabile sovrapporre problemi e soluzioni. Aprire un dibattito sull'inderogabilità significa allora interrogarsi sulla permanenza di una tecnica di tutela propria del Diritto del lavoro, utilizzando anche le sollecitazioni che oggi, a differenza di ieri, provengono dallo stesso Diritto civile.

Milano, Università Cattolica, 5 aprile 2008

Antonio Albanese (*)

LA NORMA INDEROGABILE NEL DIRITTO CIVILE
E NEL DIRITTO DEL LAVORO TRA EFFICIENZA
DEL MERCATO E TUTELA DELLA PERSONA (**) (***)

SOMMARIO: 1. La tradizione civilistica: la nullità come rimedio funzionale alla tutela di interessi generali della collettività. — 2. Le nullità di protezione e il contributo del Diritto del lavoro al superamento di una concezione della parità tra i contraenti in senso puramente formale. — 3. Rilevanza sistematica delle nullità di protezione nella ricostruzione della norma inderogabile come categoria dogmatica. — 4. Norma inderogabile e disciplina del rapporto di lavoro. — 5. Pluralità d'interessi protetti dall'ordinamento e unità della persona umana. — 6. Mercato, giustizia contrattuale e tutela del singolo contraente.

1. — *La tradizione civilistica: la nullità come rimedio funzionale alla tutela di interessi generali della collettività* — L'individuazione delle norme inderogabili tanto nel Diritto civile quanto nel Diritto del lavoro assume rilevanza problematica nelle ipotesi in cui la nullità del contratto che ne costituisce violazione non sia specificamente prevista, ma derivi dall'applicazione della regola generale contenuta nell'art. 1418, comma 1, cod. civ., di tal che, in mancanza di criteri stabiliti dalla legge, spetta all'interprete stabilire quando la norma violata è imperativa.

Questa lacuna legislativa riflette tuttavia una carenza proprio dell'elaborazione dottrinale che precedette l'introduzione del codice civile del 1942; nei lavori preparatori e in alcuni progetti preliminari si parlava infatti indifferentemente di norme imperative, proibitive, inderogabili o, più in generale, cogenti, ma si dava per scontata la relativa nozione, qua-

(*) Professore associato di Istituzioni di Diritto privato nell'Università cattolica del Sacro Cuore di Milano.

(**) Il saggio che qui pubblichiamo rielabora la relazione presentata al convegno «La norma inderogabile», svoltosi nell'Università cattolica del Sacro Cuore di Milano, il 22 gennaio 2007, presieduto dal prof. Mario Napoli.

(***) Questo lavoro è dedicato alla memoria di Antonio Magrì, amico e collega prematuramente scomparso, ma sempre presente nel pensiero di quanti lo hanno accompagnato nel suo percorso umano e professionale.

si che si trattasse di recepire concetti perfettamente noti alla cultura giuridica del tempo, ma sostanzialmente eludendo il problema (cfr. A. Albanese, 2003, pp. 3 s.). In realtà la giurisprudenza e la dottrina concordavano nel desumere il carattere inderogabile di una norma dalla natura pubblica dell'interesse tutelato, secondo un criterio che risultava però evanescente e di difficile accertamento in concreto, rivelandosi di fatto incapace di condurre a soluzioni univoche. Questa impostazione fu sostanzialmente accolta nel codice del 1942, che alla nullità fa ricorso come rimedio per impedire che possano produrre effetti giuridici vincolanti, e quindi possano ottenere protezione da parte dell'ordinamento, contratti privi di determinati requisiti ovvero che realizzano un assetto di interessi disapprovato dalla legge. In questa logica appare dominante la preoccupazione che il contratto possa produrre effetti in contrasto con gli interessi generali tutelati dall'ordinamento giuridico, come dimostra anche la sovrabbondanza delle fattispecie di nullità elencate dall'art. 1418 cod. civ.

A fondamento della nullità vi è quindi una valutazione negativa del contratto, che viene in considerazione, a seconda dei casi, come atto o come regolamento, ma comunque da una prospettiva che nella maggior parte dei casi si può definire «neutrale», nel senso che non differenzia i contraenti in relazione alla loro situazione personale o al contesto economico nel quale essi operano (V. Scalisi, 2005, p. 468). Nella disciplina degli scambi il principio di uguaglianza trova così attuazione in senso puramente formale come parità delle condizioni che consentono a ognuno di intervenire nel processo economico con la propria iniziativa individuale. Non si negano quindi in termini assoluti le differenze tra individui, ma queste sono ricondotte all'uso che ciascuno fa della medesima libertà contrattuale, secondo regole di Diritto privato che, nel passaggio *from Status to Contract* (H. Sumner Maine, 1912, pp. 173 s., pp. 183 s.), distinguono i soggetti in base alla loro appartenenza a categorie astratte, individuate esclusivamente in ragione del ruolo da essi svolto nell'attuazione di rapporti giuridici che hanno la loro fonte in accordi liberamente conclusi.

Non trovano invece espresso riconoscimento normativo quelle situazioni di disparità di potere contrattuale che traggono origine dalla condizione soggettiva dei contraenti o dalla loro posizione sul mercato e che rischiano di ridurre il contratto a mera parvenza di autonomia. È, infatti, rimesso ad altre figure d'invalidità – l'annullabilità e la rescindibilità – il compito di porre rimedio a situazioni nelle quali u-

na delle parti non abbia potuto in concreto esercitare un'effettiva libertà negoziale (G. B. Ferri, 2002, pp. 16 s.).

Per quanto riguarda invece la nullità, gli aspetti legati alla persona dei contraenti non sono presi in considerazione direttamente tra gli elementi della fattispecie, ma costituiscono il presupposto implicito del divieto di clausole e contenuti negoziali che, in base a una valutazione legale tipica, sono riputate il risultato oggettivo della difficoltà (soggettiva) di una parte di trattare con l'altra su un piano di parità e autonomia (A. Albanese, 2006, p. 919).

La medesima prospettiva astratta e indifferenziata si traduce inoltre nella previsione di una disciplina generale e unitaria della nullità, applicabile indipendentemente dalla qualificazione tipica o atipica del contratto e dalla valutazione degli interessi sottostanti. Questa disciplina distingue nettamente la nullità dall'annullabilità, attraverso una serie di regole che connotano il primo rimedio come tutela sottratta al potere di disposizione dei contraenti.

In tale contesto normativo l'elaborazione dottrinale individua il criterio discrezionale tra le diverse forme di invalidità nella differente natura, pubblica o privata, degli interessi rispettivamente tutelati dalla nullità e dall'annullabilità (P. Trimarchi, 1955, pp. 200 s.). Questa impostazione trova poi a sua volta riscontro nella giurisprudenza, che dal carattere generale dell'interesse tutelato desume la natura imperativa della norma, dalla cui violazione discende quella che viene detta nullità «virtuale» del contratto (in tal senso vedi ancora, in tempi più recenti, Cass. 23 maggio 2006, n. 12126, ne *Le società*, 2006, p. 1105, e, in precedenza, Cass. 27 gennaio 2004, ne *I contratti*, 2004, pp. 997 s., con nota critica di A. Albanese, *La tutela civile dell'incapace vittima di circonvenzione*).

2. — *Le nullità di protezione e il contributo del Diritto del lavoro al superamento di una concezione della parità tra i contraenti in senso puramente formale* — Non mancano, tuttavia, Autori che già nell'impianto originario del codice civile riconoscono l'esistenza di norme bensì inderogabili, che hanno però la funzione di proteggere un interesse individuale, proprio sottraendolo al potere di disposizione del soggetto che ne è il titolare (R. Nicolò, 1964, pp. 913-914; G. B. Ferri, 1966, pp. 335-336). Si tratta, però, di ipotesi circoscritte a specifici contratti tipici, con riguardo alle quali si può parlare di nullità di protezione sotto il profilo degli interessi tutelati, ma non di nullità spe-

ciali dal punto di vista della disciplina applicabile, che è sempre quella prevista dal codice civile per il contratto in generale.

A tale riguardo una delle rare eccezioni, che comunque conferma la regola, è rappresentata proprio dall'art. 2126 cod. civ., che prevede una fondamentale tutela del lavoratore subordinato rispetto all'eventuale invalidità del contratto, riconoscendogli i diritti che da questo traggono origine per il periodo in cui il rapporto ha avuto esecuzione, salvo che la nullità derivi da illiceità della causa o dell'oggetto. Ma anche in questi ultimi casi è comunque garantito il diritto alla retribuzione se la nullità dipende dalla violazione di disposizioni a tutela del prestatore d'opera. Proprio con riferimento al contratto di lavoro assume quindi particolare rilevanza, ai fini della disciplina applicabile, non soltanto la ragione della nullità, che può astrattamente configurarsi in termini d'illegalità, illiceità o immoralità, ma anche lo scopo di protezione della norma violata. Questa parziale diversità di regime, infatti, se in ogni caso presuppone una qualificazione del contratto nullo come fattispecie esistente e giuridicamente rilevante, in quanto tale suscettibile di un trattamento differenziato a seconda dei casi (G. Passagnoli, 1995, pp. 90 s., e pp. 152 s.), si traduce in una regola più favorevole al contraente debole quando la norma violata tutela un interesse che a esso fa capo.

Ma in tal caso la disparità di potere contrattuale è un presupposto implicito della norma, connaturato alla stessa prestazione caratterizzante il tipo contrattuale: l'inferiorità del lavoratore subordinato, infatti, è *in re ipsa* in quanto, secondo l'opinione ancora oggi dominante nella dottrina giuslavoristica, trae origine dalla scarsità del bene oggetto del rapporto, ossia il posto di lavoro, e dalla sua essenzialità e non surrogabilità ai fini della soddisfazione indifferibile di bisogni personali del dipendente e della sua famiglia (R. De Luca Tamajo, 1976, pp. 54-55). Tale situazione, anche in considerazione dei beni coinvolti nella prestazione lavorativa, esprime un'esigenza di tutela del lavoratore che non consente dal punto di vista etico una parità di trattamento rispetto al datore di lavoro.

La disciplina lavorista appare allora in grado di dare un significativo contributo alla migliore comprensione dell'intero diritto dei contratti. La considerazione della capacità di lavorare come bene suscettibile di valutazione economica, infatti, per un verso segna la massima espansione della libertà contrattuale, per altro verso pone le basi per una progressiva limitazione di alcune sue manifestazioni da parte del legislatore, mettendo in evidenza una realtà sociale caratterizzata da una profonda dise-

guaglianza, che non consente ai singoli di influenzare le loro condizioni di lavoro, traducendosi nell'imposizione unilaterale di regolamenti che rispecchiano i vecchi privilegi dei padroni (S. Simitis, 2001, pp. 56 s.).

Gli interventi eteronomi a tutela del prestatore di lavoro costituiscono allora un osservatorio privilegiato dal quale appare oltremodo evidente che l'esistenza di un mercato competitivo, se pure garantisce l'allocazione ottimale delle risorse (P. S. Atiyah, 2004, pp. 3 s.), non necessariamente assicura la giustizia contrattuale né impedisce che le disparità di potere economico si traducano in un regolamento negoziale che avvantaggi eccessivamente una parte a danno di interessi superiori dell'altra. Al fine di proteggere il contraente più debole l'ordinamento limita pertanto la libertà dei contraenti di determinarne il contenuto, così come quella di sciogliere il rapporto che essi hanno liberamente costituito (L. Raiser, 1990, p. 57). In considerazione di ciò il Diritto del lavoro si caratterizza essenzialmente come regola contrapposta all'autonomia contrattuale, che sottrae gli interessi del lavoratore al libero gioco del mercato al fine di riequilibrare la disuguaglianza sostanziale delle parti.

Diversamente, nell'ambito dei rapporti contrattuali regolati dal Diritto civile il binomio nullità di protezione-nullità speciale può dirsi compiutamente realizzato soltanto con la legislazione speciale successiva al codice, che introduce rilevanti e significative novità, conformando la disciplina del contratto nullo alla natura degli interessi protetti. Si tratta peraltro di norme che, indipendentemente dal riferimento a un determinato tipo contrattuale, regolano rapporti connotati da una disparità di forza contrattuale, secondo una valutazione che riguarda non soltanto l'equilibrio oggettivo dell'assetto che le parti hanno dato ai loro interessi, ma anche la loro situazione personale.

La nuova impostazione in senso soggettivo della disciplina dei rapporti privati non può però essere letta semplicisticamente nel senso di un ritorno agli *status* come criteri *astratti* di ricostruzione delle categorie civilistiche, ma esprime piuttosto un'esigenza di protezione di un contraente rispetto a rapporti che, in considerazione della situazione *concreta* in cui questi operano, sono connotati da una disparità di potere contrattuale. Trova così attuazione anche nel diritto dei contratti l'art. 3, comma 2, Cost., che esige un intervento del legislatore volto a rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della *persona umana*.

In mancanza di determinati presupposti economici, che consentono a entrambi contraenti di esercitare una effettiva libertà contrattuale, si giustifica allora una disciplina degli scambi che non intende modificare l'assegnazione iniziale di risorse, ma vuole evitare che tali sperequazioni possano condizionare le scelte negoziali attraverso abusi che generano ulteriore squilibrio. Si assiste pertanto a un mutamento del ruolo stesso dello Stato nei rapporti con i privati, i quali non devono più proteggersi da sue eventuali ingerenze (P. Grossi, 2005, pp. 1263 s.), ma ne invocano l'intervento a garanzia della loro libertà rispetto al gioco spontaneo delle forze economiche, nelle situazioni in cui il mercato non è di per sé in grado di garantire l'equilibrio del regolamento contrattuale.

In questo senso anche l'intervento del Diritto comunitario è volto a fissare *standard* minimi di tutela che gli ordinamenti dei singoli Stati membri devono garantire, orientando così la disciplina dell'economia verso la promozione di valori, patrimoniali e non, che fanno capo alla persona e che non sempre la concorrenza e i liberi scambi sono in grado di realizzare. Non può essere pertanto accolta l'idea di una presunta neutralità della disciplina europea del mercato in relazione a un concetto assoluto di efficienza, intesa in senso puramente economico, ma occorre rivendicarne il necessario legame con i valori che trovano attuazione nella politica legislativa dell'Unione europea (N. Irti, 2004, pp. 10-12, e pp. 98-99; A. Nicolussi, 2006, pp. 98 s.).

La stessa esistenza dell'economia di mercato dipende, del resto, da una precisa scelta dell'ordinamento (C. Castronovo, 2006, p. 412) a favore di un certo modello d'intervento pubblico, che non si sostituisce all'iniziativa economica privata ma ne garantisce l'esercizio in forme non soltanto compatibili con il funzionamento dei meccanismi concorrenziali, ma altresì rispettose della persona umana. Da questa prospettiva personalistica il cd. contraente debole viene in considerazione come portatore di interessi meritevoli di una tutela autonoma e distinta rispetto a quella volta ad assicurare l'equilibrio degli scambi nel mercato e l'efficiente funzionamento dei meccanismi concorrenziali, legittimando una disciplina della nullità che non è uguale per tutti i contraenti, ma che, proprio in ragione del differente trattamento a essi riservato, consente di correggere le asimmetrie di potere contrattuale.

3. — *Rilevanza sistematica delle nullità di protezione nella ricostruzione della norma inderogabile come categoria dogmatica* — Opportunamente la dottrina ha escluso il carattere eccezionale di queste disposizioni (G.

Passagnoli, 1995, p. 173) riconducendole a un più ampio disegno di politica legislativa, che si traduce in un nuovo modo di intervenire dello Stato nei rapporti privati, attraverso norme inderogabili che non si sostituiscono al mercato nel determinare il contenuto dello scambio, ma ne regolano il funzionamento, correggendone le imperfezioni e le inefficienze (L. Mengoni, 1997, p. 3).

Da questa prospettiva il carattere non eccezionale delle norme in esame assume una fondamentale rilevanza sistematica nella «ricostruzione» della nullità come categoria dogmatica e nella ricerca di un fondamento unitario delle norme inderogabili, dalla cui violazione tale invalidità deriva. In mancanza di una definizione legale e nell'impossibilità di trarre argomenti dai lavori preparatori, si legittima, infatti, una scelta metodologica che si propone di ricavare dal sistema una nozione di norma inderogabile coerente con le scelte del diritto positivo (A. Albanese, 2003, pp. 9 s.).

In quest'ottica, accanto a disposizioni che prevedono la nullità a protezione d'interessi generali della collettività, contrapposti a quelli individuali dei contraenti, vanno considerate altre norme che invece tutelano un interesse che fa capo a uno dei contraenti, proprio privandolo del potere di disporre validamente. L'indisponibilità assume quindi in questa accezione un significato ampio, che non indica soltanto le ipotesi in cui la legge impone un limite oggettivo al potere di trasferire ad altri un diritto (sul punto vedi F. Realmonte-A. Magrì, 1999, pp. 685 s.) o di rinunciare, ma contraddistingue tutte quelle situazioni in cui non è consentito ai contraenti vincolarsi a un regolamento in contrasto con un determinato interesse, tutelato dall'ordinamento anche a prescindere dal riconoscimento di una vera e propria situazione soggettiva attiva.

L'elemento che pertanto accomuna tutte le norme inderogabili, siano esse imperative o di altra specie, non sta nel carattere generale dell'interesse protetto, ma nelle modalità con le quali tale tutela è attuata dal diritto. L'inderogabilità non dipende quindi da un presupposto estrinseco, che preesiste alla norma stessa, quale la natura pubblica o privata dell'interesse tutelato, ma è una qualificazione che questa riceve proprio in considerazione delle conseguenze previste in caso di violazione.

La medesima indisponibilità dell'interesse protetto deve peraltro connotare anche le norme imperative la cui violazione determina la nullità del contratto, secondo la regola di chiusura dell'art. 1418, comma 1, cod. civ., pur in difetto di una specifica previsione nella disposizione violata.

In questi casi l'esame delle conseguenze giuridiche previste dalla legge diviene criterio per determinare il carattere imperativo della norma, allorché l'osservanza del precetto legale sia comunque garantita da rimedi e sanzioni che realizzano una tutela indisponibile dell'interesse leso, compatibile con l'ulteriore effetto dirimente della nullità contrattuale. L'art. 1418, comma 1, pertanto, non introduce una particolare figura d'invalidità, sostanzialmente diversa dalle altre che pure conseguono alla violazione di norme imperative, dal punto di vista del fondamento, che in ogni caso va ravvisato nella volontà della legge, ma più semplicemente si avvale di una differente tecnica legislativa, che attraverso una previsione a carattere generale regola la sorte del contratto che contravviene a divieti, la cui violazione non sia già specificamente sanzionata dalla nullità.

Questa soluzione non implica tuttavia l'adesione a un modello puramente positivistico, nella misura in cui l'autonomia contrattuale gode di una garanzia costituzionale, sia pure indiretta, come strumento per l'esercizio della proprietà e dell'iniziativa economica privata (G. Abbamonte, 1958, pp. 191 s.), di tal che eventuali limiti posti da norme imperative sono legittimi solo in quanto conformi ad altri valori, riconosciuti dalla Costituzione e ritenuti prevalenti in base a un bilanciamento comunque soggetto a un sindacato di ragionevolezza e proporzionalità (D. Serrani, 1965, pp. 294 s.).

Per converso, la ricostruzione della nullità e della norma inderogabile come categorie dogmatiche unitarie assume un significato di garanzia dell'autonomia contrattuale rispetto a soluzioni autoreferenziali dell'interprete, che non essendo universalizzabili in base a un criterio sistematico potrebbero concretizzare il rischio di un positivismo ben più arbitrario, in quanto legato alle valutazioni contingenti del quotidiano (cfr. sul punto le considerazioni generali sul metodo giuridico di R. Alexy, 1985, p. 143). Non si tratta quindi di allontanare il diritto dalla realtà sociale, com'era avvenuto per la *Begriffjurisprudenz*, ma di garantire che la soluzione del caso concreto si traduca in una regola applicabile a casi identici o simili, secondo un'esigenza di uguaglianza e di giustizia che non nega le differenze sostanziali tra i contraenti, ma le riconduce a un sistema unitario e coerente.

4. — *Norma inderogabile e disciplina del rapporto di lavoro* — Alla luce delle considerazioni finora svolte si deve pertanto cercare la soluzione al problema classico relativo all'individuazione delle norme inderogabili nel Diritto del lavoro. A tal fine l'interprete dovrà previamente accertare

re, sulla base di una indagine di stretto diritto positivo, la sussistenza di un preciso elemento di indisponibilità nella fattispecie legale o nella disciplina applicabile in caso di violazione della norma, mentre non sembra condivisibile l'opinione che desume l'inderogabilità di tali norme dall'interesse della collettività alla protezione del lavoratore come contraente debole, indipendentemente dall'esame della tutela normativamente prevista.

Tale tesi, infatti, finisce per introdurre arbitrariamente un criterio interpretativo inverso rispetto a quello che si ritiene operante nel Diritto privato generale, assumendo come presupposto il carattere inderogabile di tutte le norme che regolano il rapporto di lavoro (R. De Luca Tamajo, 1976, p. 49). È chiaro, invece, che, secondo un'esigenza di razionalità dell'ordinamento, solo la lesione di un interesse che la legge sottrae al potere di disposizione del suo titolare può giustificare la nullità del contratto. Non vi sarebbe, infatti, ragione di negare al soggetto stesso la facoltà di disporre validamente di un interesse, che per altro verso resta privo di qualsiasi connotazione normativa in termini d'indisponibilità.

Da questa prospettiva non si può certo dubitare del carattere tendenzialmente inderogabile delle norme di Diritto del lavoro, ma questa è una conclusione alla quale si deve giungere in base a un esame del diritto positivo, non già un postulato assunto *a priori*. Pertanto, là dove la nullità non sia espressamente prevista, l'inderogabilità della norma dovrà ricavarsi dalla previsione di sanzioni e rimedi applicabili a prescindere da una contraria volontà del soggetto tutelato, che realizzano una tutela indisponibile dell'interesse leso. Parimenti l'inderogabilità della norma può ricavarsi dal contenuto stesso della proibizione, allorché questa sia rivolta proprio a limitare l'autonomia dei contraenti, impedendo loro di realizzare un determinato effetto giuridico.

In questo senso è, ad esempio, imperativa la disposizione con la quale l'art. 1, d.lgs. n. 368/2001, esclude che le parti possano pattuire un termine al contratto di lavoro al di fuori dei casi previsti dalla norma stessa. In mancanza di adeguate ragioni tecniche, produttive o sostitutive, la temporaneità del vincolo non potrebbe, infatti, dirsi funzionale a soddisfare esigenze oggettive dell'impresa che possano giustificare il sacrificio del contrapposto interesse del lavoratore alla stabilità del rapporto.

È quindi evidente che l'interesse tutelato non è quello generale della collettività, bensì quello che fa capo al contraente debole, al quale la legge impedisce di disporre validamente dei propri interessi attraverso ac-

cordi che, pur essendo da lui voluti, secondo una valutazione legale sarebbero pregiudizievoli oltre il limite consentito in quanto traggono origine da una disparità di potere contrattuale.

L'inderogabilità è quindi il risultato di una precisa scelta compiuta nella singola norma dal legislatore, il quale non incontra alcun vincolo preconstituito in relazione alla natura e all'appartenenza dell'interesse protetto e pertanto in altre situazioni può apprestarvi tutela secondo modalità differenti, eventualmente rimesse all'iniziativa del singolo contraente. Proprio facendo riferimento alle scelte compiute dal diritto positivo nelle diverse circostanze è del resto possibile salvare la coerenza e la razionalità di un sistema, che risulterebbe invece contraddittorio in una prospettiva che attiene alla natura degli interessi regolati, nella misura in cui, per un verso, nega valore vincolante al contratto che contenga una disciplina convenzionale difforme rispetto a quella inderogabilmente stabilita dalla legge e, per altro verso, ammette che i diritti, riconosciuti al prestatore di lavoro nella medesima norma, successivamente al loro sorgere possano essere oggetto di transazioni o rinunce, che non sono radicalmente nulle, ma sono impugnabili entro il termine di decadenza previsto dall'art. 2113 cod. civ. Trova pertanto fondamento razionale l'opinione della dottrina secondo la quale l'indisponibilità *ex ante* dell'interesse tutelato, che si realizza nell'inderogabilità della norma, non implica a sua volta una corrispondente indisponibilità *ex post* dei diritti che da essa sorgono nonostante ogni patto contrario (M. Magnani, 1990, pp. 57 s.), in quanto diversa è la qualificazione giuridica che le due situazioni ricevono in base a una precisa volontà legislativa, che non è vincolata a elementi preesistenti alla sua stessa manifestazione.

D'altra parte non sarebbe sufficiente a connotare come inderogabile una regola la mera esistenza di un interesse generale e super-individuale alla tutela del lavoratore. La generica finalità pubblica che giustifica ogni intervento del legislatore, anche quando non si manifesta in norme inderogabili che rendono invalido il contratto, non va, infatti, confusa con l'interesse specificamente tutelato dalla singola norma, che, ove riguardi uno dei contraenti, prevale sull'atto di autonomia solo quando sia dalla legge sottratto al suo potere di disposizione. In questi casi non si potrebbe invece sostenere che l'interesse protetto si tramuta in «generale» nel momento in cui l'ordinamento lo considera meritevole di particolare protezione (R. De Luca Tamajo, 1976, p. 29). In tal modo si finirebbe, infatti, per trasfigurare indebitamente in valori dell'intera collettività interessi di parte che il legislatore protegge rendendoli indisponibili.

Né, d'altra parte, la mera appartenenza del soggetto tutelato a una categoria generale e astratta, per quanto ampia, può ritenersi sufficiente a sostanziare un interesse pubblico, qualitativamente diverso dalla sommatoria di quelli individuali. È del resto evidente che in queste ipotesi la legge non persegue alcun risultato utile per la società, autonomamente apprezzabile rispetto alla tutela del lavoratore. Al riguardo è certamente significativa la sentenza con la quale la Corte Suprema degli Stati Uniti, agli inizi del secolo scorso, ritenne che lo Stato di New York, imponendo un tetto massimo all'orario di lavoro, aveva posto un limite all'autonomia contrattuale che non era giustificato da un interesse generale della collettività (*Lochner v. New York*, 198 US 45, 1905, 57). Nell'esporre la propria opinione il giudice Peckham affermò che un sano e buon pane non dipende dal fatto se il fornaio lavora dieci ore al giorno o sessanta ore alla settimana, aggiungendo che il lavoro del fornaio di per sé non è nocivo per la salute al punto di autorizzare il legislatore a interferire con la libertà contrattuale delle parti.

Certamente tale affermazione – in sé condivisibile – nell'attuale contesto normativo non sarebbe sufficiente a escludere un intervento normativo volto a tutelare l'interesse particolare di uno dei contraenti attraverso una disciplina inderogabile, che, anche in mancanza di una finalità generale, si giustificerebbe comunque in ragione della scelta dell'ordinamento di rendere indisponibile tale interesse, secondo una logica di protezione che tiene conto della disparità di potere contrattuale e che mira a evitare che il regolamento contrattuale determini uno squilibrio, ritenuto inaccettabile proprio in considerazione dei beni coinvolti.

Non sarebbe invece sufficiente a delegittimare l'intervento pubblico la considerazione sulla quale si fonda la decisione del caso *Lochner*, secondo cui i fornai come categoria soggettiva sono uguali agli uomini che lavorano in altri settori, in quanto al pari di questi sono dotati di sufficiente capacità di provvedere ai propri interessi, senza il bisogno che la protezione della legge interferisca con la loro libertà di decisione. Da questa prospettiva l'opinione in base alla quale la Corte Suprema ha stabilito che il limite posto dalla legge alla possibilità dei contraenti di determinare liberamente l'orario di lavoro era irragionevole, inutile e arbitrario, riflette una concezione dell'uguaglianza tra i contraenti intesa in un senso puramente formale, che appare ormai superata dalla consapevolezza che le disparità economiche possono impedire a una parte l'effettivo esercizio della sua autonomia contrattuale (L. Raiser, 1990, pp. 23 s.).

5. — *Pluralità d'interessi protetti dall'ordinamento e unità della persona umana* — La ricostruzione dell'inderogabilità in termini d'indisponibilità di un interesse che fa capo al lavoratore, e non già all'intera collettività, assume peraltro una concreta rilevanza applicativa in quelle ipotesi nelle quali l'adozione di un regolamento contrattuale in contrasto con quello inderogabilmente previsto dalla legge sia diretto a soddisfare un altro interesse del dipendente, prevalente su quello tutelato dalla norma.

Le singole disposizioni di legge non realizzano, infatti, una tutela globale della persona nella sua unità, ma selezionano specifici interessi che a essa fanno capo (H. Kelsen, 1956, pp. 64 s.). Le diverse scelte di politica del diritto, tuttavia, proprio in ragione del loro fondamento etico comune, che consiste nella finalità di promuovere il pieno sviluppo della persona umana nelle sue diverse manifestazioni, devono trovare una composizione equilibrata e razionale nella soluzione del caso concreto.

Da questa prospettiva il bilanciamento tra gli interessi contrapposti dello stesso soggetto tutelato può risultare decisivo al fine di escludere che l'asimmetria di potere contrattuale, che pur giustifica astrattamente il limite posto all'autonomia privata, abbia realmente condizionato il contenuto concreto dell'accordo raggiunto dalle parti. In tal caso, infatti, l'approffittamento della situazione soggettiva di inferiorità del lavoratore, pur non assumendo rilevanza in modo diretto ed espresso come elemento della fattispecie legale, proprio in quanto connota in termini essenziali la *ratio* di protezione della norma, vale a definirne l'ambito di applicazione rispetto al caso concreto.

In questa logica deve negarsi la nullità del contratto e delle clausole che, astrattamente in contrasto con la norma inderogabile, presentano connotazioni specifiche da questa non previste, tali da renderne inaccettabile l'applicazione secondo una valutazione di ragionevolezza fondata sui medesimi punti di vista della legge. In tal senso può essere opportunamente richiamato l'orientamento giurisprudenziale che ritiene valido il patto con il quale il prestatore di lavoro accetta di essere adibito a mansioni inferiori per evitare un licenziamento legittimo, e che autorevolissima dottrina ha ricostruito in termini di riduzione teleologica della regola dettata dall'art. 2103, ultimo comma, cod. civ. (L. Mengoni, 1996 a, p. 93, nota 4).

Questa conclusione trova peraltro un significativo riscontro sistematico nell'art. 4, comma 11, legge n. 223/1991, che per favorire il «riassorbimento totale o parziale» dei lavoratori posti in mobilità, proprio

nella logica del bilanciamento degli interessi che fanno loro capo, ammette che essi, in alternativa al licenziamento, possano essere assegnati a mansioni inferiori a quelle precedentemente svolte, sulla base di accordi nei quali la partecipazione delle associazioni sindacali è garanzia di scelte non condizionate dalle disparità di forza contrattuale che invece sussistono tra le parti individuali. È evidente quindi che il divieto di mutamento *in peius* delle mansioni tutela la professionalità, che in esse si esprime, non in termini astratti e assoluti, ma in relazione alla situazione in cui concretamente si trova il prestatore di lavoro e alle possibilità che realmente può offrirgli la struttura aziendale nella quale è inserito. In quest'ottica si può quindi ammettere la validità di eventuali patti in deroga, allorché questi non trovino origine in una disparità di forza tra le parti, ma siano effettivamente diretti a soddisfare un interesse apprezzabile del lavoratore, prevalente su quello tutelato dalla norma.

La corretta ricostruzione dell'interesse protetto non vale pertanto come criterio per negare il carattere inderogabile della norma, ma impedisce soltanto che questa possa applicarsi, in contrasto con la propria *ratio*, al contratto concretamente stipulato. In altre parole il criterio utilizzato non riduce l'ambito della disciplina inderogabile nel Diritto del lavoro, ma semplicemente intende evitare che la sua applicazione in certe situazioni possa determinare un risultato incompatibile con la stessa finalità di protezione a essa sottesa.

È evidente, invece, che a una conclusione diversa si dovrebbe pervenire nella logica che ravvisa il fondamento delle norme inderogabili in un interesse super-individuale della collettività, di cui le parti non potrebbero in alcun caso disporre.

6. — *Mercato, giustizia contrattuale e tutela del singolo contraente* — Al di là dell'esempio specifico tratto dal Diritto del lavoro, l'inderogabilità, come strumento di politica del diritto, viene ad assumere un nuovo significato nell'ambito delle nullità di protezione. Il limite posto all'autonomia privata, infatti, non può più dirsi funzionale alla conservazione dell'ordine giuridico preesistente, secondo una logica di giustizia puramente commutativa, ma assume un compito nuovo di riequilibrio di rapporti strutturalmente connotati da una disparità di potere contrattuale, attraverso la correzione del regolamento convenuto dalle parti (V. Scalisi, 2005, pp. 469 s.).

Questa però non sempre si traduce nel divieto o nell'imposizione di un assetto d'interessi determinato *a priori* dalla legge, ma talvolta si

realizza eliminando quella parte del regolamento contrattuale che risulta abusiva in base a un concreto accertamento giudiziale *ex post*. Attraverso questa tecnica, la ricerca della cd. giustizia contrattuale avviene in conformità con il nuovo modello d'intervento pubblico sull'atto di autonomia privata, diretto non già a sostituirsi al mercato, che rimane lo strumento più idoneo a determinare il contenuto dello scambio, ma a disciplinarne il funzionamento, correggendone le imperfezioni e le inefficienze. I privati, infatti, possono liberamente determinare il regolamento negoziale secondo i criteri che governano il mercato, anche in deroga al diritto dispositivo, il quale si sostituisce alla volontà delle parti soltanto in situazioni particolari, nelle quali l'assetto di interessi pattuito risulti in concreto frutto dell'abuso di un contraente ai danni dell'altro. In un'economia di mercato fondata sul libero scambio, del resto, l'autorità statale non interviene direttamente sul contenuto dell'atto di autonomia privata, ma si limita a preservare nel contempo la libertà e l'equità contrattuale rispetto agli effetti di condotte abusive che trovano origine nelle disparità economiche tra i contraenti (L. Raiser, 1990, pp. 101-102).

Un discorso in parte diverso vale invece per il Diritto del lavoro, nel quale la tutela del lavoratore come contraente debole non si realizza «sanzionando» *a posteriori* l'abuso del potere contrattuale, ma negandone *a priori* l'esercizio oltre i limiti inderogabilmente fissati dalla legge. Nonostante le aperture fatte dal legislatore sotto la spinta delle esigenze di flessibilità, il rapporto di lavoro è infatti regolato in buona parte da fonti eteronome inderogabili. Al riguardo impropriamente si definiscono contratti *atipici* rapporti specificamente regolati dalla legge secondo una pluralità di modelli di disciplina, che comunque, come la dottrina ha opportunamente rilevato, non è tale da mettere in discussione l'unitarietà del tipo contrattuale (M. Napoli, 2004, pp. 596 s.).

Una delle ragioni che potrebbe in qualche modo spiegare quest'atteggiamento dell'ordinamento risiede nella considerazione che la prestazione lavorativa, in quanto immanente alla persona del lavoratore, non può considerarsi una merce alla stregua degli altri fattori della produzione, rispetto ai quali trovano invece libero gioco i meccanismi concorrenziali del mercato, che governano gli scambi secondo la logica patrimoniale del Diritto civile (L. Mengoni, 2004, p. 53). Da questa prospettiva si giustifica quindi un intervento correttivo sull'atto di autonomia contrattuale che non è diretto genericamente a riequilibrare il rapporto, ma che, proprio nell'ottica di tutela del contraente debole, è

specificamente volto a proteggere beni e interessi di natura personale, che sono necessariamente coinvolti nel rapporto, nella misura in cui il dipendente in cambio della retribuzione si impegna a prestare le proprie energie lavorative, inseparabili dalla sua persona. Il limite che la legge pone all'autonomia dei contraenti si spiega quindi in ragione della necessità di evitare che determinati interessi che fanno capo al lavoratore siano regolati secondo le regole e le dinamiche del libero scambio, il quale, pur quando si collochi in un sistema di concorrenza, riflette le disparità di potere contrattuale. In questo senso la disciplina inderogabile del rapporto di lavoro realizza una tutela minima di determinati valori individuali non sufficientemente garantiti dalla contrattazione privata, anche quando questa non abbia a oggetto modalità di esecuzione della prestazione lavorativa nocive per la salute o per la sicurezza del lavoratore.

La tendenza a rendere in certa misura autonomo il contratto di lavoro rispetto ai meccanismi concorrenziali dimostra peraltro che la disciplina eteronoma del rapporto non può ritenersi funzionale al raggiungimento di un astratto benessere collettivo, secondo una logica che avrebbe dovuto invece ricercare nel mercato lo strumento più idoneo a garantire la migliore allocazione delle risorse, ma è finalizzata a tutelare un interesse particolare del lavoratore, sottraendolo al suo potere di disposizione. In quest'ottica, le restrizioni poste all'autonomia contrattuale si giustificano non già, come invece affermò il giudice Holmes nella sua *dissenting opinion* alla già citata decisione sul caso *Lochner*, in ragione della mera volontà in tal senso espressa dalla maggioranza, sia pure in conformità con i principi che fanno parte della tradizione di ciascuna società e di ciascun ordinamento, ma in base a un giudizio di proporzionalità e ragionevolezza dell'intervento normativo rispetto ai beni e ai valori protetti, che costituisce il punto di equilibrio nella contrapposizione dialettica tra libertà e paternalismo contrattuale.

Riconoscere l'artificialità del mercato come istituzione creata e regolata da norme giuridiche non significa, infatti, negare che il nostro sistema giuridico abbia il proprio fondamento etico nei valori della persona incorporati nella Carta Costituzionale, e pertanto non giustifica tanto una lettura riduttiva delle norme che regolano i rapporti economici privati come funzionali esclusivamente a garantire l'efficienza del mercato, tanto un modello puramente positivistico che rimetta all'arbitrio assoluto del legislatore la disciplina dell'economia (L. Mengoni, 1996 b, p. 39).

Bibliografia

- Abbamonte G. (1958), *Note sul problema costituzionale dell'autonomia privata*, in *Studi sulla Costituzione*, II, Giuffrè, Milano.
- Albanese A. (2003), *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Jovene, Napoli.
- Albanese A. (2004), *La tutela civile dell'incapace vittima di circonvenzione*, ne *I contratti*, pp. 999 s.
- Albanese A. (2006), *Disciplina generale e discipline speciali delle invalidità: la nullità del contratto di lavoro*, in *Europa e dir. priv.*, pp. 917 s.
- Alexy R. (1985), *Theorie der Grundrechte*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden.
- Atiyah P. S. (2004), *An Introduction to the Law of Contract 5*, Clarendon Press, Oxford.
- Castronovo C. (2006), *Diritto privato generale e diritti secondi. La ripresa di un tema*, in *Europa e dir. priv.*, pp. 397 s.
- De Luca Tamajo R. (1976), *La norma inderogabile nel Diritto del lavoro*, Jovene, Napoli.
- Ferri G. B. (1966), *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Giuffrè, Milano.
- Ferri G. B. (2002), *Introduzione al sistema dell'invalidità del contratto*, in M. Bessone, diretto da, *Tratt. dir. priv.*, XIII, 7, Giappichelli, Torino.
- Grossi P. (2005), *Ancora sull'assolutismo giuridico (ossia: della ricchezza e della libertà dello storico del diritto)*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, II, Jovene, Napoli.
- Irti N. (2004), *L'ordine giuridico del mercato 3*, Laterza, Roma.
- Kelsen H. (1956), *La dottrina pura del diritto*, trad. it. di R. Treves, Einaudi, Torino.
- Magnani M. (1990), *Disposizione dei diritti*, in *Dig. disc. priv.*, sez. *comm.*, V, Utet, Torino.
- Mengoni L. (1996 a), *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Giuffrè, Milano.
- Mengoni L. (1996 b), *Persona e iniziativa economica privata nella Costituzione*, in *Persona e mercato. Lezioni a cura di G. Vettori*, Cedam, Padova, pp. 33 s.
- Mengoni L. (1997), *Autonomia privata e costituzione*, in *Banca, borsa tit. cred.*, pp. 3 s.
- Mengoni L. (2004), *Il contratto di lavoro*, a cura di M. Napoli, Giuffrè, Milano.

- Napoli M. (2004), *Autonomia individuale e autonomia collettiva nelle più recenti riforme*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, pp. 581 s.
- Nicolò R. (1964), voce *Diritto civile*, in *Enc. dir.*, XII, Giuffrè, Milano, pp. 904 s.
- Nicolussi A. (2006), *Europa e cosiddetta competizione tra ordinamenti giuridici*, in *Europa e dir. priv.*, pp. 83 s.
- Passagnoli G. (1995), *Nullità speciali*, Giuffrè, Milano.
- Raiser L. (1990), *Il compito del Diritto privato*, trad. it. di M. Graziadei, Giuffrè, Milano.
- Realmonte F.-Magrì A. (1999), voce *Indisponibilità*, in *Enc. dir. (Agg.)*, III, Giuffrè, Milano.
- Scalisi V. (2005), *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, in *Riv. dir. civ.*, pp. 459 s.
- Serrani D. (1965), *Brevi note in tema di libertà contrattuale e principi costituzionali*, in *Giur. cost.*, pp. 294 s.
- Simitis S. (2001), *Diritto privato e disuguaglianza sociale: il caso del rapporto di lavoro*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, pp. 47 s.
- Sumner Maine H. (1912), *Ancient Law. Its Connection with the early History of Society and its Relation to modern Ideas*, John Murray, London.
- Trimarchi P. (1955), *Appunti sull'invalidità del negozio giuridico*, in *Temi*, pp. 200 s.

Antonella Occhino (*)

LA NORMA INDEROGABILE NEL DIRITTO DEL LAVORO(**)(***)

SOMMARIO: 1. Inderogabilità e debolezza alle origini del Diritto del lavoro. — 2. La inderogabilità nella relazione tra norma eteronoma e autonomia privata individuale. — 3. La inderogabilità nella relazione tra fonti. — 4. *Segue*: La inderogabilità tra legge e contratto collettivo. — 5. Inderogabilità e indisponibilità.

1. — *Inderogabilità e debolezza alle origini del Diritto del lavoro* — Il Diritto del lavoro, quando nasce nel 1901 con l'opera di Lodovico Barassi (L. Barassi, 1901; M. Napoli, 2003; L. Castelvetti, 1994; L. Castelvetti, 2001), presenta già un carattere ambivalente, costretto all'equilibrio tra i postulati della autonomia privata, entro la quale esso si costituisce come disciplina di un rapporto contrattuale (L. Mengoni, 1967, pp. 7-47; L. Mengoni, 2001), e la vocazione protettiva della prima legislazione sociale: Diritto pubblico che avrebbe nel tempo contaminato la disciplina legale e privata del contratto di lavoro, fino a trasformarne le strutture, e in particolare imprimendole il carattere della inderogabilità (L. Castelvetti, 1994; L. Castelvetti, 2001; R. De Luca Tamajo, 1976; R. De Luca Tamajo, 2001; L. Mariucci, 1988; L. Mariucci, 2003; M. Magnani, 1990; M. Magnani, 2006; L. Mengoni, 2001). Tale ambivalenza rifletteva il difficile compromesso tra il ricorso al codice civile, per definizione privato, e quindi alla sua disciplina dispositiva della volontà delle parti libere ed eguali, e l'applicazione delle norme cogenti, cioè imperative, pubbliche poiché di protezione di interessi pubblici, prima ancora che di soggetti (R. Voza, 2006, pp. 229 s.; R. Voza, 2007, pp. 13-20).

(*) Professore associato di Diritto del lavoro nell'Università cattolica del Sacro Cuore di Milano.

(**) Il saggio che qui pubblichiamo rielabora la relazione presentata al convegno «La norma inderogabile», svoltosi nell'Università cattolica del Sacro Cuore di Milano, il 22 gennaio 2007, presieduto dal prof. Mario Napoli.

(***) In memoria di Antonio Magri.

Le si collega la formulazione della categoria del «contraente debole», che nel Diritto del lavoro ha funzionato talora come categoria oggettiva, cioè concetto dogmatico di applicazione oggettiva (e in questo senso categoria fondativa del Diritto del lavoro), talaltra come categoria soggettiva, ovvero criterio selettivo dei destinatari della disciplina, o criterio di applicazione soggettiva (e in questo diverso senso categoria esplicativa del Diritto del lavoro); il Diritto del lavoro che ne risulta è a un tempo di protezione di soggetti astrattamente e concretamente deboli.

Sul piano della debolezza come criterio di applicazione soggettiva della disciplina le posizioni dottrinali si sono mosse nella direzione di costruire una applicazione modulare del Diritto del lavoro in proporzione a cerchi selezionate di destinatari esposti alla particolare debolezza che ciascuna norma tende a correggere (L. Spagnuolo Vigorita, 1967; Tosi, 1973).

Sul piano della debolezza astratta del lavoratore contraente, accanto alle posizioni tradizionali (R. De Luca Tamajo, 1976) ve ne sono altre orientate a ridiscutere la funzione protettiva del Diritto del lavoro, ravvisando altrove meccanismi equivalenti di compensazione (M. Magnani, 2006) e altre ancora che tendono a sottolineare una rinnovata attualità della questione della debolezza, anche intesa come sicurezza in senso lato del lavoratore (U. Romagnoli, 2007). Il dibattito trova le sue premesse nella teoria della fattispecie tra «subordinazione» come sintesi tra fattispecie individuale e collettiva (R. Flammia, 1963; M. Pedrazzoli, 1985; S. Liebman, 1986; F. Scarpelli, 1990), e si apre alla letteratura sul contratto collettivo. Si tratta di un percorso critico che punta diritto o alla decostruzione della inderogabilità o alla sua ricostruzione, sulla base della premessa che occorra verificare l'attualità e la veridicità dell'ipotesi storica secondo la quale il Diritto del lavoro debba la sua ragion d'essere all'inversione del principio civilistico della eccezionalità della norma imperativa in quanto non dispositiva, e sia in tal senso leggibile.

L'indicazione costituzionale, e perciò fondamentale, dell'art. 35, comma 1, Cost., secondo la quale «la Repubblica tutela il lavoro in tutte le sue forme e applicazioni», proietta la questione sul piano dei diritti fondamentali della persona (L. Ferrajoli, 1998) e su quello delle fonti del diritto (G. Zagrebelsky, 1998): da un lato il Diritto del lavoro si inverte come diritto di protezione della persona (né mero contraente né mero soggetto debole, come nella configurazione bifocale delle origini) (U. Romagnoli, 1998; 2007); per altro verso il Diritto del lavoro è di-

ritto di leggi e di contratti collettivi, regolazione sociale a carattere eteronomo e quindi fonte (G. Ferraro, 1981; M. Napoli, 2002).

A fianco della legislazione sociale delle origini, il Diritto del lavoro va formandosi nella giurisprudenza dei probiviri con il carattere ambivalente di una disciplina dove il piano di rilevanza dell'individuo e quello collettivo si sovrappongono e si intrecciano, poiché *ivi* l'insieme delle regole dei contratti collettivi, allora concordati di tariffa, almeno per gli operai, è esposto alle correzioni applicative suggerite dall'equità; e ciò grazie al duplice strumento offerto ai probiviri stessi dalla legge istitutiva del 1893 e dal codice civile del 1865 (al cui art. 1124 si prevedeva che il contratto obbligasse anche alle «conseguenze che ne derivano secondo l'equità, l'uso o la legge») (L. Castelvetti, 1994; R. Voza, 2007, pp. 21-27). Poiché tuttavia non si costituisce e non si spiega un diritto che muove da e verso la persona se non come risposta variabile non solo nei contenuti, ma anche nelle strutture, si può dire che la questione della inderogabilità, come criterio di cogenza del diritto oggettivo rispetto all'autonomia privata individuale e come criterio di reciproca prevalenza delle fonti, serve a valutare la tenuta di un modello e la sua capacità di adattarsi ai mutamenti del contesto valoriale di riferimento, il quale a sua volta fa capo direttamente al sistema costituzionale.

La centralità della *persona* del lavoratore rispetto a quella del lavoratore *contraente* (che pure aveva permesso al Diritto del lavoro di muoversi con gli strumenti civilistici della libertà e del contratto, superando modelli ancora più risalenti) imprime una direzione per riorientare il discorso antico sulla inderogabilità, che è, come è sempre stata, misura dell'equilibrio tra le fonti normative e punto di intersezione tra i piani dell'individuale e del collettivo (M. Magnani, 2006; U. Romagnoli, 2007).

In tale contesto si può dire che l'emersione di moduli normativi originali che alterano i meccanismi consueti di prevalenza di una norma sull'altra (la legge sui contratti e il contratto collettivo su quello individuale), riassunta talora in termini di «crisi della inderogabilità» (come relazione predefinita e costante tra le fonti di disciplina dei rapporti di lavoro), è piuttosto cifra di comprensione che di crisi del Diritto del lavoro; invero proprio la questione della inderogabilità sembra misurare la capacità del Diritto del lavoro di esprimere il modo di valorizzazione della persona del lavoratore, che la Costituzione ha elevato a indicazione fondamentale e nella cui incompiutezza il Diritto del lavoro stesso si spiega (M. D'Antona, 1991, spec. pp. 468-479).

Un tale processo di riorientamento del *focus* soggettivo del Diritto del lavoro, dal contraente alla persona (ovvero dal modello contrattuale di tutela al modello personale), si svolge conservando alla materia il suo carattere protettivo solo in via teorica, mentre sul piano strumentale apre alla introduzione di norme di disciplina che non sono più sempre e solo inderogabili *in peius*, ma che possono essere anche derogabili o del tutto inderogabili. Certo, resta il dato che l'inderogabilità nel Diritto del lavoro, quando è implicita, è ancora una inderogabilità *in peius*, sia sul versante della relazione tra norma imperativa e autonomia privata individuale, sia sul lato della relazione tra le fonti, ma il Diritto del lavoro per molta parte non è più congegnato in norme a contenuto di minimo-massimo (L. Mariucci, 1988) e talora si riduce a una disciplina sul gioco delle fonti, dove si complicano i piani della produzione legislativa e regolamentare con quella collettiva ai vari livelli, come risulta in modo implicito ma rilevante dalla più recente legislazione di riforma della materia (M. Magnani, 2006).

Comunque al momento è un dato che la disciplina lavoristica è ancora inderogabile *in peius*, come dato implicito della disciplina, e salve le numerose norme che lo contraddicono; come tale è stata fin dalle origini: già nella norma racchiusa nell'art. 17, r.d.l. n. 1825/1924, per il quale «le disposizioni del presente decreto saranno osservate malgrado ogni patto in contrario, salvo il caso di particolari convenzioni e usi più favorevoli all'impiegato e salvo il caso che il presente decreto espressamente ne consenta la deroga consensuale» (R. Voza, 2007, pp. 28-43).

2. — *La inderogabilità nella relazione tra norma eteronoma e autonomia privata individuale* — Considerata rispetto alla relazione tra la norma eteronoma e l'autonomia privata individuale l'inderogabilità trova applicazione ai binomi: legge e contratto individuale; uso normativo e contratto individuale; contratto collettivo e contratto individuale.

Circa la relazione tra le legge e il contratto individuale, può valere l'ipotesi, recentemente formulata nella dottrina civilistica, secondo la quale la figura della nullità virtuale di cui all'art. 1418 cod. civ., quando è riferita al contratto di lavoro per la clausole difformi e peggiorative del regolamento legale, da un lato, risponde alla figura già altrimenti nota della nullità cd. di protezione (dove la nullità del contratto concluso in violazione della norma imperativa si qualifica in termini di illiceità in ragione della valutazione negativa, di disapprovazione, da parte dell'ordinamento sull'assetto di interessi voluto dalle parti), e, d'altro lato, ne

rappresenta una applicazione peculiare, poiché nel Diritto del lavoro la *ratio* di impedire l'abuso della posizione del contraente forte si traduce in un meccanismo preventivo per il quale si nega *a priori* l'esercizio del potere contrattuale oltre i limiti indicati dalla legge (A. Albanese, 2006; A. Albanese, 2008).

Quanto alla relazione tra l'uso normativo e il contratto individuale, vale quanto previsto dall'art. 2078, comma 2, cod. civ., secondo il quale «gli usi non prevalgono sui contratti individuali di lavoro», ciò che si sintetizza anche nell'affermazione del carattere tutto dispositivo dell'uso normativo rispetto al contratto individuale (L. Valente, 2006). Tale disposizione sancisce il prevalere della tesi sulla impossibile imperatività della fonte non legislativa, presente tradizionalmente nella giurisprudenza ordinaria e sostenuta da parte della dottrina, rispetto a quella, tutta lavoristica, della natura inderogabile dell'uso, invalsa nella giurisprudenza dei probiviri (almeno per l'uso di straordinaria importanza giuridica o sociale), tramite l'innesto della categoria dell'ordine pubblico e quindi per la illiceità della causa del contratto difforme *ex art.* 1122 cod. civ. del 1865 (per contrarietà «alla legge, al buon costume e all'ordine pubblico»), e anche poiché l'art. 38 della legge n. 215/1893, istitutiva dei probiviri, li autorizzava a tenere conto in mancanza di accordo delle «consuetudini locali»; e giustificata in dottrina (R. Voza, 2006; R. Voza, 2007, pp. 21-27) con il riferimento all'elenco delle fonti di cui all'art. 1 del codice di commercio del 1882 (dove l'uso mercantile, secondo alla legge commerciale, prevaleva però sulla legge civile) reso applicabile al contratto di lavoro in quanto atto soggettivamente di commercio ai sensi dell'art. 4 cod. comm. 1882.

Circa poi la relazione tra il contratto collettivo e il contratto individuale, essa rinvia in primo luogo alla questione della normatività del contratto collettivo, prima che a quella della sua inderogabilità.

Il Diritto del lavoro per tradizione discute delle fonti includendovi quella del contratto collettivo, e ciò da più di un secolo, durante il quale il contratto collettivo si è inverato in strutture giuridiche diverse. Fuori dalle forme preistoriche e storiche del contratto collettivo, a oggi per comune opinione il modo di operare del contratto collettivo sui rapporti di lavoro è *eteronomo* e non autonomo (o per incorporazione) (A. Tursi, 1996; L. Nogler, 1997), anche se il dibattito giuslavorista sul contratto collettivo come luogo di produzione di regole è arricchito, ma così esteso, da argomenti provenienti da quello, non omogeneo, e però ricco e

pervasivo, sulla libertà sindacale, che del contratto collettivo è la radice, anch'essa detta senz'altro, ma in diverso contesto, *autonomia* (M. Rusciano, 2003; U. Romagnoli, 2007). L'effetto eteronomo, che è anche detto immediato, cioè senza la mediazione della contrattazione individuale, sarebbe confermato dall'art. 2113, comma 1, cod. civ. là dove, trattando dei «diritti del prestatore di lavoro derivanti da disposizioni inderogabili della legge e dei contratti (o accordi) collettivi...», riconosce implicitamente un rapporto di derivazione del diritto soggettivo dal contratto collettivo, senza però il meccanismo della rappresentanza (L. Nogler, 1997; R. Voza, 2007, pp. 43-75).

Invero il contratto collettivo rappresenta una fonte nel senso di forma di esperienza (M. Dell'Olio, 2002), nella quale peculiarmente confluiscono la funzione corrispondente a un potere che è riduttivo considerare privato, di produzione eteronoma (non autonoma) di diritto oggettivo (non di obbligazioni), e la struttura dell'atto privato: «atto di autonomia privata (collettiva) in relazione ai datori e ai prestatori di lavoro considerati *uti socii* [...] ma atto di eteronomia in relazione ai medesimi datori e prestatori di lavoro considerati *uti singuli*...» (L. Mengoni, 1971, p. 186, nota 23); o più semplicemente «atto normativo» (L. Mengoni, 1980, p. 288). La sintesi è presente, anche se mal posta, nella recente giurisprudenza della Suprema Corte, quando lo rappresenta come un «comando astratto e generale riferito a rapporti di serie, sociologicamente, se non giuridicamente, analogo alla legge» (Cass., Sez. lav., n. 9538/2002, sull'interpretazione del contratto collettivo alla luce del diritto vivente).

Certo, la efficacia soggettiva generale, che è propria della fonte di legge, può mancare alla fonte contratto collettivo, e ciò rappresenta per la dottrina spesso un ostacolo alla ricostruzione del contratto collettivo come fonte (M. V. Ballestrero, 1989); e tuttavia per altra dottrina l'assenza di efficacia *erga omnes* non impedisce di argomentare anche per il contratto collettivo la pertinenza di un potere di posizione eteronoma di nuovo diritto oggettivo: «il problema della estensione dell'efficacia di una norma di condotta è del tutto indipendente da quello inerente alla qualificazione della fonte che la produce» (G. Ferraro, 1981, pp. 282-283; L. Mengoni, 1980, p. 305).

Quanto al punto se il contratto collettivo sia inderogabile dall'autonomia privata individuale, si tratta di una acquisizione già della giurisprudenza probivirale, tramite la valorizzazione in termini di equità della «solidarietà fra consorti legati al patto associativo». Parallelamente la

dottrina pre-corporativa, recependo l'indicazione dell'opera di Lotmar del 1902, argomenta con Messina il vincolo individuale al volere dell'unico «paciscente» e con Barassi l'ipotesi che l'applicazione del contratto collettivo rientra tra le conseguenze che derivano da legge *ex art.* 1124 cod. civ. del 1865, giustificandosi però solo l'effetto obbligatorio del vincolo associativo. Per garantirne l'effetto reale prevalse l'idea che fosse necessaria una legge *ad hoc*, che la Francia (1919) e la Germania (1918) avevano già (L. Mengoni, 1975).

Dopo l'abrogazione dell'ordinamento corporativo la dottrina tende a rimuovere l'ipotesi di applicazione ai contratti collettivi cd. di diritto comune della previsione di cui all'art. 2077 cod. civ. del 1942, pure operata dalla giurisprudenza. Anzi, dalla formulazione dell'art. 2113 cod. civ. novellata nel 1973 sembra doversi intendere che solo alcune disposizioni del contratto collettivo siano inderogabili, a meno di riferire l'espressione «disposizioni inderogabili [...] dei contratti o accordi collettivi» alla parte obbligatoria o di ritenere che il legislatore abbia voluto riconoscere il carattere inderogabile a tutte le clausole collettive di parte normativa aggettivandole.

La questione è stata tradotta, e così implicitamente risolta, in quella, logicamente successiva, circa la portata reale della pretesa inderogabilità. Durante la parentesi corporativa venne introdotto il reato di inosservanza di contratto collettivo (*ex art.* 26, r.d. n. 471/1928, poi art. 509 cod. pen.) e direttamente risolta la questione in senso positivo *ex lege* (art. 54 della legge sindacale del 1926, poi art. 2077 cod. civ.) (R. Voza, 2006; R. Voza, 2007, pp. 13 s.). Nonostante gli argomenti dottrinali tesi a dedurre tale effetto reale dall'art. 39, comma 1, Cost. (R. Scognamiglio, 1971), decisiva risulta la novella dell'art. 2113 cod. civ. a opera della legge n. 533/1973, nella interpretazione analogica fondata sulla analogia rispetto alla indisponibilità dei diritti derivanti da contratto collettivo (L. Mengoni, 1975): il contratto collettivo ha una efficacia cd. reale, cioè di determinare, al pari della legge, una nullità della clausola in violazione della norma imperativa e la sostituzione di diritto con quella della fonte.

3. — *La inderogabilità nella relazione tra fonti* — L'inderogabilità come predicato di relazione tra le fonti ha caratteri diversi dalla inderogabilità come relazione tra la fonte e l'autonomia privata, poiché il piano applicativo delle fonti resta la relazione individuale, e perciò più che di deroga si tratta di prevalenza della fonte da applicare su

quella da disapplicare (M. D'Antona, 1990). Il Diritto del lavoro ha sperimentato diversi criteri:

a) Nel caso della relazione tra la legge e l'uso normativo, a differenza che nel Diritto privato (dove l'art. 8 disp. prel. cod. civ. dispone che «nelle materie regolate dalle leggi [...] gli usi hanno efficacia solo in quanto sono da esse richiamate»), nel Diritto del lavoro il criterio è dettato dall'art. 2078, comma 1, cod. civ., secondo il quale gli usi «si applicano» «in mancanza di disposizioni di legge» (primo periodo) e «prevalgono sulle norme dispositive di legge» se «più favorevoli ai prestatori di lavoro» (secondo periodo). Ne è il diretto antecedente storico proprio l'art. 17, r.d.l. n. 1825/1924, poiché lasciava prevalere gli usi più favorevoli sulla legge (R. Voza, 2007, pp. 21-27).

Risulta perciò fondata anche nel Diritto del lavoro la distinzione tra norme di legge imperative e dispositive, utile se non altro alla soluzione del dubbio se prevalgano rispetto alla fonte legale gli eventuali usi più favorevoli, come deve essere solo rispetto alla legge dispositiva. Solo eccezionalmente questa indagine è esclusa a favore della prevalenza dell'uso *tout court*. In primo luogo, *ex art.* 98 att. (per certe materie) agli impiegati del privato, a conferma di quanto già previsto nell'art. 17, r.d.l. n. 1825/1924, l'uso più favorevole prevale comunque sulla legge. In secondo luogo, *ex art.* 2240 cod. civ., *idem* è previsto per i lavoratori domestici.

Un'ipotesi che si può formulare è che le norme di legge del Diritto privato applicate ai rapporti di lavoro conservino la loro natura di norme imperative o dispositive, a differenza di quelle tutte imperative del Diritto del lavoro, e che a esse si riferisca l'art. 2078, comma 1, cod. civ. nel menzionare le leggi dispositive in materia di lavoro. Come esempio si può citare quello degli articoli del codice civile sulla cessione di credito utili per la riscossione dei contributi sindacali se applicati alle sigle non firmatarie dei contratti collettivi che pongono tale obbligo al datore: l'art. 1264 cod. civ. prevede che «la cessione ha effetto nei confronti del debitore ceduto quando questi l'ha accettata o quando gli è stata notificata»; mentre la giurisprudenza ammette che essa abbia effetto con la sola consegna del modulo utilizzato secondo i contratti collettivi da coloro cui i contratti si applicano, a titolo – deve intendersi – di uso più favorevole.

b) Quanto alla relazione tra i contratti collettivi di diverso livello, è prevalsa l'idea che il criterio di prevalenza sia quello della specialità della materia trattata o altrimenti quello residuale della prevalenza della fonte posteriore, non essendo stata argomentata la pertinenza di

criteri diversi, ed essenzialmente quello del *favor* (G. Santoro Passarelli, 1980; M. Grandi, 1981).

c) Circa la relazione tra l'uso normativo e il contratto collettivo, essa si risolve a favore del contratto collettivo sulla base dell'art. 2078, comma 1, primo periodo, cod. civ. («in mancanza di disposizioni [...] di contratto collettivo si applicano gli usi»), se si ritiene che l'art. 2078, vigente, si applichi anche ai contratti collettivi cd. di diritto comune, come ritiene la giurisprudenza; altrimenti si deve immaginare che la relazione sia residualmente disciplinata dal criterio della posteriorità (ma di difficile apprezzamento nel caso dell'uso), se non da quello – più specifico alla materia – del *favor*, se argomentato. La prevalenza del contratto collettivo comunque, e quella della fonte usuale se più favorevole, ripetono storicamente due orientamenti che hanno attraversato anche la dottrina pre-corporativa su tale questione.

La prevalenza del contratto collettivo a prescindere dal contenuto più favorevole dell'uso implica: che la disapplicazione costante del contratto collettivo non porta alla sua caducazione per uso contrario (né in meglio né in peggio); che il contratto collettivo può correggere situazioni regolate da usi (in meglio e in peggio); che senza contratto collettivo la desuetudine caduca l'uso solo avendone i medesimi caratteri; che un contratto collettivo concluso nel tempo e nel luogo in cui ha avuto inizio l'esecuzione ai sensi dell'art. 1327 cod. civ. può consistere in comportamenti rispondenti al disuso, e in tal caso prevale sull'uso pur non avendo i requisiti di un nuovo uso.

d) La relazione tra l'uso e il contratto collettivo è stata recentemente riscoperta nella vicenda tutta giurisprudenziale dell'uso aziendale, definito però in senso esattamente contrario all'uso normativo, se si considera che la *opinio iuris ac necessitatis* esclude la spontaneità-volontarietà del comportamento datoriale favorevole, ripetuto e, soprattutto, non obbligato. L'uso aziendale o è uso ai sensi degli articoli 1340 o 1368 (equivale a espressione di autonomia privata individuale) o è contratto collettivo tacito, e come tale risponde ai criteri di prevalenza tra le fonti (S. Liebman, 1993).

e) Viene al fine in considerazione la relazione tra la legge e il contratto collettivo.

4. — Segue: *La inderogabilità tra legge e contratto collettivo* — Nei rapporti tra la legge e il contratto collettivo, questo non viene in considerazione come *atto contrattuale*, ma come *fonte di regolazione* dei rap-

porti individuali, ed è da considerarsi quindi non per la sua struttura, ma per la sua funzione (G. Ferraro, 1981; M. Napoli, 2002; A. Occhino, 2004, pp. 82-106). Per tale ragione il contratto collettivo non dovrebbe considerarsi invalidato nelle sue previsioni peggiorative della norma di legge, ma eventualmente disapplicato e successivamente riapplicabile al mutare della legge di parametro; e a rigore ciò dovrebbe valere anche nella reciproca.

Tale profilo di applicazione-disapplicazione della fonte in relazione alla sua prevalenza rispetto ad altre fonti può dirsi anche di «efficacia». Nello stesso codice civile se ne tratta sotto questo nome: agli artt. 2069-2074-2075 per il contratto collettivo, per il quale si prevede anche l'«applicazione» nell'art. 2070; all'art. 2078 per gli usi normativi.

Questa nozione di «efficacia» non è da confondersi né con la efficacia nel senso della produzione degli effetti dell'atto (privatistico o pubblicistico) in quanto validamente formatosi, né con la efficacia nel senso espresso nella locuzione efficacia soggettiva per indicare i limiti di applicazione soggettiva dell'atto fonte. La seconda può interessare il contratto collettivo come atto strutturalmente privatistico e dipende dal rispetto delle norme di legge ordinarie sui requisiti per i quali l'atto è idoneo a produrre i suoi effetti, a pena di illegalità, quindi nullità e inefficacia per la stessa inidoneità strutturale a produrre gli effetti. La terza lo può interessare come atto fonte, per la questione dell'ampiezza della cerchia dei suoi destinatari.

Occorre riferirsi alla distinzione tra norme inderogabili perché imperative e norme inderogabili perché ordinarie. Nel Diritto privato la norma imperativa pone un comando, o divieto, che determina la nullità del contratto per illiceità (salve le diverse conseguenze che il legislatore può imporre ai sensi del 1418, comma 1, cod. civ.); mentre la norma ordinativa pone i requisiti per i quali l'atto è idoneo a produrre i suoi effetti, e in tal caso la violazione della norma di legge determina la nullità del contratto per illegalità senza profili di illiceità, e comunque la sua inefficacia strutturale; e di entrambe si può dire tuttavia che possono essere inderogabili (A. Albanese, 2003). Nel Diritto del lavoro la legge ordinativa può disciplinare tanto il contratto individuale quanto il contratto collettivo in quanto atto contrattuale, come nel caso della legge sulla procedura di conclusione del contratto collettivo nel settore delle pubbliche amministrazioni, dandosi luogo, in caso di violazione, alla figura del contratto collettivo illegale per l'inidoneità a produrre i suoi effetti, quindi nullo e perciò inefficace (M. Barbieri, 2000; L. De Angelis, 2000).

La figura è presa in considerazione nell'art. 64, d.lgs. n. 165/2001, circa la procedura di accertamento pregiudiziale di «una questione concernente l'efficacia, la validità o l'interpretazione» dei contratti collettivi nazionali presso la Corte di Cassazione, e ora negli analoghi articoli 420-*bis* cod. proc. civ. e 146-*bis* disp. att. cod. proc. civ., introdotti l'anno scorso per il settore privato dal d.lgs. n. 40/2006. Ma in tal caso si sono distinti i casi dell'efficacia e della validità; dovendosi pertanto intendere per invalido il contratto collettivo concluso in violazione di legge ordinativa (sulla procedura e sulla forma dell'atto stesso) e invece inefficace il contratto collettivo considerato come fonte: o nel senso della disapplicazione per la prevalenza di un'altra fonte, nel significato di cui si discute, o nel senso della sua applicazione a una data cerchia di destinatari (che è un profilo tuttavia non rilevante nel settore delle pubbliche amministrazioni).

Il contratto collettivo non può prevedere clausole di contenuto ordinativo, poiché l'argomento per la dimostrazione induttiva della sua inderogabilità (l'indisponibilità dei diritti che ne derivano) attiene ai suoi contenuti normativo-imperativi, sulla portata delle obbligazioni contrattuali, e non può trasferirsi ai suoi eventuali contenuti normativo-ordinativi, sui requisiti perché l'atto produca i suoi effetti; questo non è un tema del tutto assente dalla contrattazione collettiva scritta, che, ad esempio, prevede spesso la forma scritta dei contratti individuali a venire, ma senza pretese e anzi portata invalidante dei contratti stessi; ciò che è confermato, benché con altro argomento, dalla giurisprudenza che non fa applicazione dell'art. 1352 cod. civ. (negando quindi che si presuma che le parti abbiano voluto la forma per la validità del contratto), a motivo che in tal caso la forma sarebbe imposta per la esclusiva garanzia del lavoratore, o che le «parti» del contratto collettivo non sono le «parti» del contratto individuale.

La illegalità definisce esattamente solo una esperienza di contrarietà alla legge.

Nemmeno l'uso normativo può avere portata ordinativa, per un argomento induttivo fondato sul dato che l'uso non è mai inderogabile dal contratto individuale ai sensi del 2078, comma 2, cod. civ. («gli usi non prevalgono sui contratti individuali di lavoro»).

Per altro verso rileva l'ipotesi di leggi imperative sul contenuto dei rapporti collettivi, benché si tratti di esperienze che confinano e, anzi, tendono a collidere con il principio di libertà sindacale di cui all'art. 39 Cost.; ma si dà il caso di disposizioni di legge che, nel dubbio, si consi-

derino imperative solo in peggio, come quella dell'art. 20 dello Statuto dei lavoratori sul diritto sindacale di assemblea nell'unità produttiva, dove è previsto che «migliori condizioni possono essere stabilite dalla contrattazione collettiva».

Quanto ai rapporti tra le fonti, il tema si riscrive sotto specie di ricerca dei criteri di prevalenza temporanea, o di applicazione-disapplicazione, dell'una rispetto all'altra, purché validamente formatesi.

La questione è particolarmente coinvolta nelle vicende di *ius superveniens*.

Si dà il caso dei contratti collettivi conclusi dopo la legge n. 54/1977, che ha soppresso alcune festività civili e religiose: le parti sociali hanno inteso che le clausole collettive che ne trattavano decadessero immediatamente, ma che con nuove clausole si potesse reintrodurle (M. Napoli, 1977).

E il caso dei contratti collettivi successivi al d.lgs. n. 66/2003 sull'orario di lavoro: le parti sociali non hanno voluto che una disposizione di legge prorogasse la vigenza dei contratti collettivi, peraltro già scaduti, ai diciotto mesi successivi alla entrata in vigore (V. Leccese, 2004).

Circa il segno della relazione tra la legge e il contratto collettivo, mancano riferimenti normativi.

Non se ne traggono dall'art. 17, r.d.l. n. 1825/1924, dove per convenzioni si intendono quelle individuali, perché gli impiegati non erano socialmente interessati dai contratti collettivi (R. Voza, 2007, pp. 28-36).

Né si può fare ricorso alle disposizioni preliminari al codice civile, poiché agli articoli 1 e 5 i contratti collettivi compaiono sì come fonte sotto-ordinata alla legge (art. 1), ma solo in quanto elementi delle norme corporative (di cui all'art. 5, accanto alle ordinanze corporative, agli accordi economici collettivi e alle sentenze della magistratura del lavoro nelle controversie collettive), anziché nominalmente in quanto tali, come negli articoli 2077 e 2078 cod. civ., escludendosi quindi la possibilità di mutuare gli orientamenti giurisprudenziali che pur fanno applicazione di questi anche ai contratti collettivi cd. di diritto comune.

È possibile tuttavia che la legge alteri espressamente e specificamente la sua stessa relazione con il contratto collettivo, così sottintendendola. Ciò si può rilevare nei casi in cui viene escluso il criterio del *favor* e lasciato riemergere quello residuale della posteriorità: o tramite la previsione di un meccanismo semplice di sussidiarietà orizzontale, come nell'art. 5 legge n. 223/1991, circa i criteri di scelta nei licenziamenti col-

lettivi; o ammettendosi le deroghe anche peggiorative da parte del contratto collettivo, come nell'art. 5, comma 4, legge n. 297/1982, circa il quoziente del 13,5 della retribuzione parametro per il trattamento di fine rapporto. E si può osservare anche nella esperienza della cd. legislazione per massimi, che si è mossa anche nel caso celebre della scala mobile in un contesto costituzionale di assenza di competenze riservate alla contrattazione collettiva, mentre ne esistono per la legge.

La Corte Costituzionale, nella sentenza n. 124/1991, relatore Mengoni, quando si è trattato della compatibilità della legislazione sui massimi con il principio di libertà sindacale ha asserito che «entro le linee guida tracciate dalla legge, le parti sociali devono essere lasciate libere di determinare la misura dell'indicizzazione e gli elementi retributivi sui quali incide».

Diverso è il caso in cui la legge organizzi la propria derogabilità da parte dell'autonomia privata individuale.

Storicamente ciò è stato previsto o in subordine all'assistenza del sindacato o alla autorizzazione del contratto collettivo (R. Voza, 1998; R. Voza, 2007, pp. 77 s.; pp. 155 s.; A. Bellavista, 2004; E. Gagnoli, 2005; R. Pessi, 2006, p. 447).

La derogabilità assistita dal sindacato sembrava prevista generalmente nell'art. 68, d.lgs. n. 276/2003, secondo cui «i diritti derivanti dalle disposizioni contenute nel presente Capo possono esser oggetto di rinunzie o transazioni tra le parti in sede di certificazione del rapporto di lavoro di cui al Titolo V del presente decreto legislativo» (disposizione poi ridimensionata e corretta dal d.lgs. n. 251/2004).

La derogabilità consentita dal contratto collettivo opera con la tecnica di rimozione dei divieti legali. Espressamente si danno gli esempi in materia di deroghe alla durata settimanale e ai riposi nella disciplina sull'orario; di apponibilità della clausola che impedisce la conclusione di un contratto di lavoro tra lavoratore interinale e utilizzatore al termine della missione; di utilizzo di lavoratori interinali per imprese che nei sei mesi precedenti hanno licenziato collettivamente per mansioni dello stesso livello; di installazione degli impianti di controllo vietati *ex art. 4*, legge n. 300/1970; di proroga del termine del 24 ottobre 2004 *ex art. 86*, comma 1, d.lgs. n. 276/2003, per la cessazione delle collaborazioni coordinate e continuative non riconducibili a progetto; delle tutele di cui agli articoli 2103 cod. civ. (in materia di potere di variazione delle mansioni) e 2112 cod. civ. (in materia di continuità del rapporto in caso di cessione d'azienda). Implicitamente si può citare il caso del de-

mansionamento implicato dalle clausole collettive di fungibilità tra mansioni contrattualmente ma non legalmente equivalenti, recentemente ammesso per temporanee esigenze aziendali dalle Sezioni Unite della Cassazione (sentenza n. 25033/2006).

Non si hanno casi in cui sia stato il contratto collettivo ad alterare questa relazione di prevalenza della norma più favorevole.

5. — *Inderogabilità e indisponibilità* — Non ha a che vedere con la questione della inderogabilità, che si lega a un problema di disposizione degli interessi dei contraenti, la questione della disponibilità dei diritti dei lavoratori (M. Magnani, 1990; F. Realmonte-A. Magrì, 1999), benché opportunamente la dottrina a volte discuta unitariamente di questi due temi (M. Novella, 2003). La trattazione di questa eccede i contenuti del presente scritto. Tra i due opposti della inderogabilità e indisponibilità può introdursi però il *tertium genus* della riregolazione privata degli interessi protetti dalle norme imperative, sotto forma di transazione su un contratto nullo perché illecito (e tale proprio per la violazione di norma imperativa), la quale è nulla «ancorché le parti abbiano trattato della nullità di questo», ai sensi del comma 1 dell'art. 1972 cod. civ., anziché annullabile a richiesta della parte «che ignorava la causa di nullità del titolo», come per la transazione relativa a un titolo nullo, ai sensi del comma 2 (G. Gitti, 1999). Tale deve considerarsi nel Diritto del lavoro la transazione sul patto illecito per violazione della legge imperativa, ma anche quella sul patto illecito per violazione del contratto collettivo imperativo, poiché indirettamente riproduce il meccanismo della deroga a norma imperativa, che interessa con efficacia reale la relazione del contratto individuale non solo rispetto alla legge, ma anche al contratto collettivo.

Bibliografia

- Albanese A. (2003), *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Jovene, Napoli.
- Albanese A. (2006), *Disciplina generale e discipline speciali delle invalidità: la nullità del contratto di lavoro*, in *Europa e dir. priv.*, p. 917.
- Albanese A. (2008), *La norma inderogabile nel Diritto civile e nel Diritto del lavoro tra efficienza del mercato e tutela della persona*, in *q. Riv.*, I, p. 165.
- Ballestrero M. V. (1989), *Riflessioni in tema di inderogabilità dei contratti collettivi*, in *Riv. it. dir. lav.*, I, p. 357.
- Barassi L. (1901), *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, Società editrice libraria, Milano.
- Barbieri M. (2000), *La contrattazione collettiva*, in F. Carinci-M. D'Antona (a cura di), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. Commentario*, Giuffré, Milano, II ed., t. II, p. 1099.
- Bellavista A. (2004), *La derogabilità assistita nel d.lgs. n. 276/2003*, in *WP Csdle «Massimo D'Antona» .IT* – 17/2004.
- Castelvetri L. (1994), *Il Diritto del lavoro delle origini*, Giuffré, Milano.
- Castelvetri L. (2001), *L. Barassi e l'ideologia liberale*, in M. Napoli (a cura di), *La nascita del Diritto del lavoro. «Il contratto di lavoro» di Lodovico Barassi cent'anni dopo. Novità, influssi, distanze*, Vita e Pensiero, Milano, 2003, p. 111.
- D'Antona M. (1991), *L'autonomia individuale e le fonti del Diritto del lavoro*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, p. 455.
- De Angelis L. (2000), *Accertamento pregiudiziale sull'efficacia, validità e interpretazione dei contratti collettivi (art. 68-bis)*, in F. Carinci-M. D'Antona (a cura di), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. Commentario*, Giuffré, Milano, II ed., t. II, p. 1869.
- Dell'Olio M. (2002), *Sul sistema delle fonti del Diritto del lavoro*, in *Aa.Vv., Il sistema delle fonti nel Diritto del lavoro*, Atti delle giornate di studio di Diritto del lavoro, Foggia-Baia delle Zagare, 25-26 maggio 2001, p. 42.
- De Luca Tamajo R. (1976), *La norma inderogabile nel Diritto del lavoro*, Jovene, Napoli.
- De Luca Tamajo R. (2001), *L. Barassi e la norma inderogabile*, in M. Napoli (a cura di), *La nascita del Diritto del lavoro. «Il contratto di lavoro» di Lodovico Barassi cent'anni dopo. Novità, influssi, distanze*, Vita e Pensiero, Milano, 2003, p. 547.

- Ferrajoli L. (1998), *Diritti fondamentali*, in *Teoria politica*, n. 2, p. 3.
- Ferraro G. (1981), *Ordinamento, ruolo del sindacato, dinamica contrattuale di tutela*, Cedam, Padova.
- Flammia R. (1963), *Contributo all'analisi dei sindacati di fatto – Autotutela degli interessi di lavoro*, Giuffrè, Milano.
- Gitti G. (1999), *L'oggetto della transazione*, Giuffrè, Milano.
- Gagnoli E. (2005), *L'attività sindacale e la derogabilità assistita*, in *Riv. it. dir. lav.*, I, p. 83.
- Grandi M. (1981), *Rapporti tra contratti collettivi di diverso livello*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, p. 355.
- Liebman S. (1986), *Contributo allo studio della contrattazione collettiva nell'ordinamento giuridico italiano*, Giuffrè, Milano.
- Liebman S. (1990), *Individuale e collettivo nel contratto di lavoro*, Giuffrè, Milano.
- Magnani M. (1990), voce *Disposizione di diritti*, in *Digesto disc. Priv. – sez. comm.*, vol. V, p. 51.
- Magnani M. (2006), *Il Diritto del lavoro e le sue categorie. Valori e tecniche del Diritto del lavoro*, Cedam, Padova.
- Mariucci L. (1988), *Le fonti del Diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino.
- Mariucci L. (2003), *Le fonti del Diritto del lavoro quindici anni dopo*, Giappichelli, Torino.
- Mengoni L. (1967), *Lezioni sul contratto di lavoro*, Celuc, Milano.
- Mengoni L. (1971), *La partecipazione del sindacato al potere politico dello Stato*, in *Diritto e valori*, Il Mulino, Bologna, 1985, p. 177 (già in *Rivista delle società*, p. 1).
- Mengoni L. (1975), *Il contratto collettivo nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Diritto e valori*, Il Mulino, Bologna, p. 247 (già in *Jus*, 1975, p. 167).
- Mengoni L. (1985), *Legge e autonomia collettiva*, in *Diritto e valori*, Il Mulino, Bologna, p. 287 (già in *Mass. giur. lav.*, 1980, p. 692).
- Mengoni L. (2001), *L'evoluzione del pensiero di L. Barassi dalla prima alla seconda edizione del «Contratto di lavoro»*, in M. Napoli (a cura di), *La nascita del Diritto del lavoro. «Il contratto di lavoro» di Lodovico Barassi cent'anni dopo. Novità, influssi, distanze*, Vita e Pensiero, Milano, 2003, p. 13, e in M. Napoli (a cura di), *Il contratto di lavoro. Scritti di Luigi Mengoni*, Vita e Pensiero, Milano, 2004, p. 119.

- Napoli M. (1977), *Il trattamento economico-normativo per le festività soppresse: note a margine alla legge 5 marzo 1977*, n. 54, in q. Riv., I, p. 753.
- Napoli M. (2002), *Le fonti del Diritto del lavoro e il principio di sussidiarietà*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2002, p. 85.
- Napoli M. (a cura di) (2003), *La nascita del Diritto del lavoro. «Il contratto di lavoro» di Lodovico Barassi cent'anni dopo. Novità, influssi, distanze*, Vita e Pensiero, Milano.
- Nogler L. (1997), *Saggio sull'efficacia regolativa del contratto collettivo*, Cedam, Padova.
- Novella M. (2003), *Considerazioni sul regime giuridico della norma inderogabile nel Diritto del lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, p. 509.
- Occhino A. (2004), *L'aspettativa di diritto nei rapporti di lavoro e previdenziali*, Giappichelli, Torino.
- Pedrazzoli M. (1985), *Democrazia industriale e subordinazione. Potere e fattispecie nel sistema giuridico del lavoro*, Giuffrè, Milano.
- Pessi R. (2006), *Economia e Diritto del lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, p. 433.
- Realmonte F.-Magrì A. (1999), voce *Indisponibilità*, in *Enc. dir.* (Agg.), vol. III, p. 685.
- Romagnoli U. (1998), *Il Diritto del lavoro nel prisma del principio di eguaglianza*, in M. Napoli (a cura di), *Costituzione, lavoro, pluralismo sociale*, Vita e pensiero, Milano.
- Romagnoli U. (2007), *Una coppia insidiata da luoghi comuni*, Relazione al convegno «Dimensione individuale e collettiva nel Diritto del lavoro», Bologna, 24 settembre 2007.
- Rusciano M. (2003), *Contratto collettivo e autonomia sindacale*, Utet, Torino.
- Santoro-Passarelli G. (1980), *Derogabilità del contratto collettivo e livelli di contrattazione*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, p. 617.
- Scarpelli F. (1993), *Lavoratore subordinato e autotutela collettiva*, Giuffrè, Milano.
- Scognamiglio R. (1971), *Autonomia sindacale ed efficacia del contratto collettivo di lavoro*, in *Riv. dir. civ.*, I, p. 140.
- Spagnuolo Vigorita L. (1967), *Subordinazione e Diritto del lavoro: problemi storico-critici*, Murano, Napoli.
- Tosi P. (1973), *Il dirigente di azienda*, Angeli, Milano.
- Tursi A. (1996), *Autonomia contrattuale e contratto collettivo di lavoro*, Giappichelli, Torino.

- Valente L. (2006), *Consuetudini e usi nel rapporto di lavoro subordinato*, Giuffré, Milano.
- Voza R. (1998), *Norma inderogabile e autonomia individuale assistita*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, p. 603.
- Voza R. (2006), *L'inderogabilità come attributo genetico del Diritto del lavoro. Un profilo storico*, in *q. Riv.*, I, p. 229.
- Voza R. (2007), *L'autonomia individuale assistita nel Diritto del lavoro*, Cacucci, Bari.
- Zagrebelsky G. (1998), *Manuale di Diritto costituzionale*, vol. I, *Il sistema delle fonti del diritto*, Utet, Torino.

Lucio Imberti (*)

LA DISCIPLINA DEL SOCIO LAVORATORE TRA VERA E FALSA COOPERAZIONE

SOMMARIO:

Parte I — 1. Specialità del lavoro associato in cooperativa o assimilazione agli altri rapporti di lavoro e, in particolare, al rapporto di lavoro subordinato? Inquadramento giuridico e fenomenologia della cooperazione. — 2. Il percorso di indagine: un approccio interdisciplinare. — 3. L'articolo 45 della Costituzione: la «funzione sociale» della cooperazione e il binomio tutela-controllo. — 4. La cooperazione nella disciplina codicistica e nella legislazione speciale. — 5. *Segue*: La riforma del Diritto societario di cui alla legge n. 366/2001 e al d.lgs. n. 6/2003: due scelte divergenti e il ritorno alla centralità della disciplina codicistica.

Parte II — 6. Dall'analisi di contesto alla specifica disamina del lavoro in cooperativa. — 7. Il quadro di riferimento in materia di prestazioni lavorative rese dal socio lavoratore prima dell'approvazione della legge 3 aprile 2001, n. 142. — 8. I principi cardine della legge n. 142/2001 e, in particolare, l'ulteriore rapporto di lavoro. — 9. L'importanza dell'art. 1, comma 2, della legge n. 142 nel definire la posizione del socio lavoratore in seno alla cooperativa. — 10. I diritti individuali e collettivi del socio lavoratore e le altre normative applicabili (in quanto compatibili). — 11. Il trattamento economico del socio lavoratore. — 12. Il regolamento interno (e la sua certificazione). — 13. Il complesso intreccio tra Diritto societario e Diritto del lavoro dopo le ulteriori riforme operate dal d.lgs. n. 6/2003, dall'art. 9 della legge n. 30/2003 e dall'art. 83 del d.lgs. n. 276/2003. — 14. La figura del socio lavoratore, peculiare ma nuovamente oggetto di contrasti. — 15. La peculiare figura del socio lavoratore di cooperativa nell'ambito della specificità della (vera) cooperazione. Arginare il fenomeno della falsa cooperazione.

Parte I (**)

1. — *Specialità del lavoro associato in cooperativa o assimilazione agli altri rapporti di lavoro e, in particolare, al rapporto di lavoro subordinato? Inquadramento giuridico e fenomenologia della cooperazione* — Alle soglie degli anni novanta del secolo scorso, uno tra i più autorevoli interpreti della disciplina delle società cooperative – nell'affrontare il tema della

(*) Ricercatore di Diritto del lavoro nell'Università degli Studi di Milano.

(**) La Parte II verrà pubblicata sul fascicolo n. 3/2008.

natura giuridica dei contratti con i quali si attua la mutualità – rilevava che nelle «*cooperative di lavoro* il problema fondamentale consiste nell'individuare i margini di compatibilità tra contratto di società e contratto di lavoro che fanno capo contemporaneamente al socio che svolge la sua prestazione lavorativa alle dipendenze della società», e sosteneva che il «problema andrebbe [...] affrontato [...], in termini di *collegamento* negoziale, chiedendosi se e fino a che punto i profili associativi del rapporto modificano la normale struttura e la funzione del contratto di lavoro subordinato, indagine che potrebbe portare anche alla ricostruzione di un nuovo peculiare rapporto, che andrebbe a innestarsi sul contratto di società» (1).

Questa riflessione è ora ulteriormente stimolata dal sempre più frequente accostamento – operato da una parte della dottrina e della giurisprudenza giuslavoristica dopo l'emanazione della legge n. 142 del 2001 in materia di «posizione del socio lavoratore» – del lavoro in cooperativa alle tipologie di lavoro flessibile ovvero «ai confini della subordinazione» (2). Da alcune di tali ricostruzioni risulta piuttosto sbiadita la valorizzazione del rapporto associativo – che realizza il principio di indipendenza dall'intermediario proprio della cooperazione e si traduce nella formula tradizionale del socio lavoratore come «imprenditore di sé stesso», sia pure in forma collettiva – a favore di una sostanziale omologazione del lavoro in cooperativa agli altri rapporti di lavoro.

Peraltro, già nel passare rapidamente in rassegna alcune tra le prime interpretazioni avanzate all'indomani dell'approvazione della legge n. 142 si registrano consistenti divergenze sulla portata e i contenuti della riforma legislativa.

Nell'affrontare la questione del lavoro in cooperativa e, più nello specifico, dei profili giuridici della figura del socio lavoratore non è, del resto, infrequente imbattersi in affermazioni secondo le quali dalla riconosciuta duplicità di rapporti (associativo e di lavoro) deriva che «*di per sé* i due rapporti seguano propri e autonomi percorsi giuridici [...] e cioè che la regolamentazione sostanziale di un rapporto non possa incidere sulla normativa inderogabile dell'altro, con il solo limite dell'incompati-

(1) Entrambe le citazioni da A. Bassi, *Delle imprese cooperative e delle mutue assicuratrici. Artt. 2511-2548*, in P. Schlesinger (diretto da), *Il Codice civile. Commentario*, Milano, 1988, rispettivamente p. 96 e p. 102.

(2) M. Roccella, *Manuale di Diritto del lavoro*, II ed., Torino, 2005, p. 48, e pp. 56-61.

bilità con la posizione del socio lavoratore» (3). Tale orientamento trova eco in alcune delle prime pronunce sulla nuova disciplina ove, per esempio, si afferma che «i ricorrenti furono insieme e contemporaneamente soci lavoratori e lavoratori subordinati alle dipendenze della cooperativa. [...] ne deriva necessariamente che ciascuno dei due diversi rapporti segue le proprie regole» e «gli eventi di ciascun rapporto trovano una propria disciplina e vanno valutati secondo le regole proprie di ciascun rapporto» in ottemperanza al «principio cardine [...] della separazione e autonomia dei rapporti» (4).

A queste opinioni se ne contrappongono altre, secondo cui – anche nel nuovo quadro legislativo, successivo all'entrata in vigore della legge n. 142 – permane la prevalenza del rapporto sociale instaurato tra il socio lavoratore e la cooperativa, in quanto «il rapporto di lavoro è funzionalizzato al raggiungimento degli scopi sociali» (5). Si sostiene, infatti, che «la stessa legge fa discendere la costituzione del rapporto di lavoro tra socio e cooperativa [...] dall'instaurazione (contestuale o pregressa) del rapporto associativo. [...]. Tuttavia il nesso di derivazione, che ne risulta, rende il rapporto di lavoro – anche successivamente alla sua costituzione – inscindibile da quello associativo. Ne risulta, in altri termini, un [...] nesso – non solo genetico, ma anche funzionale – tra i due rapporti» (6). Fondamentalmente nello stesso solco dottrinale si pone poi chi sottolinea i significativi e ampi profili di specialità del rapporto di lavoro del socio (7), cui la disciplina legale dei rapporti di lavoro tipici (lavoro subordinato, autonomo, coordinato e continuativo) si applica se e in quanto compatibile con la peculiare posizione del socio lavoratore.

(3) L. De Angelis, *Il lavoro nelle cooperative dopo la L. n. 142/2001: riflessioni a caldo su alcuni aspetti processuali*, in *Lav. giur.*, 2001, p. 815.

(4) In questi termini Trib. Milano, 1° febbraio 2003, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, II, p. 543, con nota di G. Ludovico, *Esclusione del socio lavoratore e cessazione del rapporto di lavoro nell'ambito della l. n. 142/2001*, e in *Lav. giur.*, 2004, p. 157, con nota di L. Imberti, *Primi interventi giurisprudenziali in tema di esclusione e licenziamento del socio lavoratore di cooperativa*.

(5) L. Nogler, M. Tremolada, C. Zoli, *Note introduttive*, in Idem (a cura di), *La riforma della posizione giuridica del socio lavoratore di cooperativa*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2002, p. 342.

(6) M. De Luca, *Il socio lavoratore di cooperativa: la nuova normativa (l. 3 aprile 2001 n. 142)*, in *Foro it.*, 2001, V, c. 236.

(7) M. Pallini, *La «specialità» del rapporto di lavoro del socio di cooperativa*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2002, I, pp. 373 ss.

In posizione sostanzialmente intermedia tra le prime due tesi esposte si pone quella dottrina che, pur «considerando la condotta da tenere nel rapporto associativo quale oggetto di una sorta di diligenza preparatoria ai fini del rapporto di lavoro», «ammette la separazione fra i due rapporti» (8).

E ancora un'altra opzione interpretativa sostiene «l'ovvia interdipendenza funzionale che deve avvincere i due negozi», di modo che «le vicende che colpiscono uno dei due negozi si ripercuotono sull'altro, condizionandone la validità o l'efficacia» (9).

V'è, infine, la tesi di chi ritiene viziata di radicale incostituzionalità la legge n. 142, che, prevedendo un rapporto di lavoro ulteriore rispetto al rapporto associativo, realizza «un sostanziale divieto di lavoro in cooperativa» e «impedisce ai lavoratori di associarsi in cooperativa per lavorare, appunto, come soci e non come controparti della propria società» (10).

Questi contrasti dottrinali (e, in parte, giurisprudenziali) accompagnano e influenzano inevitabilmente anche l'interpretazione – talora ostica – delle singole norme della legge n. 142: interpretazione resa ancor più complessa dalla difficoltà di conciliare le norme del Diritto societario e quelle del Diritto del lavoro.

Nel 2003, prima ancora che si raggiungano significativi orientamenti sulla nuova disciplina, intervengono a mutare e ridefinire ulteriormente il quadro giuridico del lavoro in cooperativa la riforma della disciplina codicistica delle società cooperative e la modifica del testo originario della legge n. 142.

L'obiettivo di fondo della presente ricerca è, quindi, indagare se il dettato dell'art. 45 della Costituzione e le riforme del Diritto cooperativo operate negli ultimi anni possano ancora – e in che misura – fondare la specialità del lavoro associato in cooperativa o se, invece, il rapporto di scambio avente a oggetto il lavoro sia sempre più destinato a convergere verso l'omologazione con le altre forme di lavoro, e in particolare con il rapporto di lavoro subordinato.

Questo ambito di ricerca propriamente teorico – attinente, per così dire, alla fisiologia giuridica delle società cooperative – non può sottrar-

(8) M. Miscione, *Il socio lavoratore di cooperativa (regolamentazione forte dopo la legge n. 142/2001)*, in *Dir. prat. lav.*, n. 34/2001, Inserto, p. VII.

(9) F. Alleva, *I profili giuslavoristici della nuova disciplina del socio lavoratore di cooperativa*, in *q. Riv.*, 2001, I, pp. 358-359.

(10) A. Vallebona, *L'incostituzionale stravolgimento del lavoro in cooperativa*, in *Mass. giur. lav.*, 2001, p. 813.

si oggi al confronto con le evidenze empiriche provenienti dalla realtà economico-produttiva e, ancor più, con la percezione sociale della cooperazione, in alcuni casi balzata «ai disonori della cronaca» (11), al punto che purtroppo «da qualche tempo il termine “cooperative”, in molti luoghi di lavoro e nell’esperienza dei comuni lavoratori, non rimanda alla tradizionale idea solidaristica e di condivisione dell’impresa tra le persone che vi operano, all’essere collettivamente *padroni di sé stessi*, ma inverte il suo senso storico (e costituzionale), segnalando il massimo della precarietà e del disagio» (12). A tale confronto tra inquadramento giuridico e concreta fenomenologia della cooperazione di produzione e lavoro sarà dedicata costante attenzione nel presente saggio, in cui si proverà anche a formulare qualche proposta utile a riaffermare la distinzione tra vera e falsa cooperazione e, al contempo, evitare soluzioni manichee e dagli esiti paradossali anche in punto di disciplina del socio lavoratore.

2. — *Il percorso di indagine: un approccio interdisciplinare* — Nel dare corso all’indagine si è scelto di strutturare la ricerca in due parti: la prima dedicata al contesto giuridico in cui si colloca il lavoro in cooperativa (tutela costituzionale della cooperazione; disciplina codicistica e legislazione speciale in materia di cooperazione), e la seconda rivolta appunto all’approfondimento dei profili disciplinari del lavoro in cooperativa, con particolare riferimento alla posizione del socio lavoratore. La scelta di effettuare un’analisi di contesto è volta ad affrontare il tema del lavoro in cooperativa non da un’ottica puramente giuslavoristica, ma in una dimensione giuridica più ampia, dalla quale possano emergere le peculiarità del fenomeno cooperativo attraverso le voci dei più autorevoli costituzionalisti e giuscommercialisti. Tutto ciò mantenendo sullo sfondo la peculiare caratteristica di fondo della cooperazione, vale a dire la sua natura anfibia di impresa economica e movimento sociale organizzato.

A quest’ultimo proposito, la Carta fondamentale riconosce funzione sociale a un’esperienza imprenditoriale con significativi e specifici tratti distintivi (mutualità, partecipazione, democrazia, prospettiva intergenerazionale ecc.). Nell’analisi del contesto, attenzione viene, poi, dedicata

(11) L’espressione, sia pur riferita ad altre vicende (il caso Unipol), si deve a G. Sapelli, *Coop. Il futuro dell’impresa cooperativa*, Torino, 2006, p. 5.

(12) F. Scarpelli (a cura di), *Cooperative vere e cooperative non genuine: quali tutele per i lavoratori?* (Intervista a Dario Vedani, Responsabile legislazione del lavoro Legacoop Lombardia), in *Note inf.*, n. 37/2006, pp. 70 ss.

alla disciplina codicistica e alla legislazione speciale in materia di società cooperative sino alla recente e controversa riforma del Diritto societario, che ha evidenziato una tensione evolutiva particolarmente consistente nella disciplina del fenomeno cooperativo. A tale riguardo, sono prese in esame anche le ragioni che, negli ultimi anni, hanno portato a una radicale modifica della disciplina delle società cooperative per quanto riguarda sia il Diritto commerciale, sia il Diritto del lavoro.

Il tentativo è, in ultima analisi, quello di collocare la disamina della normativa giuslavoristica all'interno del più ampio quadro del Diritto cooperativo, composto anche dal disposto di cui all'art. 45 della Costituzione e dalla legislazione codicistica e speciale in materia di cooperazione, in modo da favorire una lettura congiunta e organica di tale complesso intreccio normativo.

Solo nella parte finale della ricerca si colloca, quindi, l'analisi della disciplina giuslavoristica che si concentra inizialmente sui diversi profili ricostruttivi e sulle numerose opzioni interpretative proposte dalla dottrina e dalla giurisprudenza – prima dell'approvazione della legge n. 142/2001 – in merito alla natura giuridica del rapporto tra socio lavoratore e cooperativa e alla regolamentazione del lavoro in cooperativa. A fronte di questo quadro di riferimento, si passa alla valutazione di alcuni aspetti salienti della nuova disciplina del socio lavoratore così come prevista dal testo originario della legge n. 142, evidenziandone le scelte teoriche e le soluzioni operative adottate, anche in rapporto all'ordinamento previgente, e si procede di pari passo alla disamina delle modifiche apportate dall'art. 9 della legge n. 30/2003 e delle ulteriori previsioni normative rilevanti per i rapporti di lavoro nelle società cooperative contenute nel d.lgs. n. 276/2003.

A conclusione della disamina delle questioni di Diritto del lavoro relative alla posizione del socio lavoratore di cooperativa, si cerca di valutare la coerenza e l'organicità complessiva delle nuove discipline regolatrici del fenomeno cooperativo. In particolare, la ricerca proposta dedica notevole attenzione ai possibili riflessi della riforma del Diritto societario sui profili più propriamente giuslavoristici. Infatti, l'approvazione della legge n. 142 (poi modificata dall'art. 9 della legge n. 30 del 2003) e la quasi contestuale riforma della disciplina societaria delle cooperative hanno provocato non facili problemi di conciliabilità e coordinamento fra le due discipline. Più in generale, la ricerca si propone di mettere in luce il complesso intreccio, nella disciplina della figura del socio lavoratore, di principi e regole spesso tra di loro in aperto contrasto de-

terminato dalla sovrapposizione dell'area del Diritto del lavoro (con le sue leggi e le altre fonti tipiche di regolamentazione, quali i contratti collettivi di varia natura) e dell'area del Diritto societario (con proprie norme, statuti, atti costitutivi e regolamenti interni).

3. — *L'articolo 45 della Costituzione: la «funzione sociale» della cooperazione e il binomio tutela-controllo* — La disamina della disciplina in materia di cooperazione non può che prendere avvio dall'articolo 45 Cost., che trova le sue ragioni storiche nel collegamento esistente tra le principali forze politiche costituenti e il movimento cooperativo. Tale norma – collocata nella Parte I della Costituzione e specificamente nel suo Titolo III, dedicato ai «Rapporti economici» – afferma, nel comma 1: «La Repubblica riconosce la funzione sociale della cooperazione a carattere di mutualità e senza fini di speculazione privata. La legge ne promuove e favorisce l'incremento con i mezzi più idonei e ne assicura, con gli opportuni controlli, il carattere e le finalità».

Il riconoscimento della cooperazione è esemplificativo del «pluralismo» economico e produttivo accolto dalla nostra Carta Costituzionale, che segna non solo il superamento del dualismo impresa pubblica-impresa privata, ma addirittura la fuoriuscita «dal modo di produzione e gestione capitalistico, concretizzando una forma di vera e propria socializzazione: con ciò immediatamente traducendo, sul terreno economico, i principi di uguaglianza e di democrazia che sono alla base del nostro ordinamento» (13) e, in particolare, della Costituzione economica.

La laconicità (14) dell'espressione utilizzata nella prima parte dell'art. 45 – «la Repubblica riconosce la funzione sociale della cooperazione a

(13) In questi termini, A. Nigro, *Art. 45*, in A. Nigro, G. Ghezzi, F. Merusi, *Rapporti economici*, tomo III, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1980, p. 2.

(14) Anche la norma in materia di cooperazione, così come molte altre disposizioni della Costituzione, è stata oggetto di un acceso dibattito in seno all'Assemblea costituente non tanto in relazione all'opportunità, quasi unanimemente condivisa, di una tutela costituzionale della cooperazione, quanto con riferimento al contenuto del dettato costituzionale. L'enunciato dell'art. 45 è, quindi, il frutto di faticose mediazioni tra le forze politiche, che hanno condotto alla formulazione di una norma prevalentemente caratterizzata da principi generali e astratti. Sul punto, A. Graziani, *Società cooperativa e scopo mutualistico*, in *Riv. dir. comm.*, 1950, I, pp. 278-280; R. Romboli, *Problemi costituzionali della cooperazione*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1977, pp. 105-109; A. Bassi, *Delle imprese cooperative...*, *op. cit.*, pp. 104-106; G. Bonfante, *La legislazione cooperativistica in Italia dall'Unità ad oggi*, in G. Sapelli (a cura di), *Il movimento cooperativo in Italia. Storia e problemi*, Torino, 1981, pp. 225-228, nonché Idem, *Delle im-*

carattere di mutualità e senza fini di speculazione privata» – ha, peraltro, dato adito a un consistente dibattito dottrinale, volto a tentare di definire i contenuti precettivi della norma e la sua capacità di orientare il legislatore nella definizione della disciplina in tema di cooperazione.

Tra i primi commentatori – inclini a interpretare l'art. 45 Cost. a partire dalla definizione di società cooperativa contenuta nel codice civile del 1942 – v'è chi ha escluso un valore immediatamente precettivo di tale disposizione costituzionale, e anzi ha sostenuto che essa sia sotto certi aspetti «pleonastica», dal momento che la mutualità in quanto tale esclude il fine speculativo (15), e chi ha analogamente rilevato come, «pur nella sua forma confusa», il primo periodo dell'art. 45 Cost. voglia sostanzialmente rimarcare la netta contrapposizione tra cooperazione, il cui scopo caratteristico è appunto la mutualità, e speculazione (o scopo di lucro) (16).

V'è poi chi ha sostenuto che la norma costituzionale «sembra configurare, nella lettera, [...] la mutualità come *species* del *genus* cooperazione» e che «il costituente, aggiungendo al requisito della mutualità quello dell'assenza del fine speculativo, sembra effettivamente avere ipotizzato anche una mutualità “speculativa”» (17).

Altra opinione dottrinale ha rilevato che l'espressione, per quanto logicamente «ridondante», risulta sufficientemente chiara e intende «isolare la parte incorrotta [...] della cooperazione a carattere di mutualità» (18), vale a dire quella che non persegue lo scopo di lucro connaturato all'esercizio delle società commerciali. Ne consegue, secondo questa interpretazione, che ha diritto alla tutela prevista dalla Costituzione il gruppo la cui attività «si svolge secondo i principi della mutualità pura» e anche quello che «operi con i terzi, quando l'utile ricavato vada inte-

prese cooperative (art. 2511-2545), in F. Galgano (a cura di), *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca, Libro V, Del lavoro*, Bologna-Roma, 1999, pp. 37-38, ove l'Autore afferma: «Chiari erano gli obiettivi politici perseguiti, pur nella diversità delle visuali ideali: riconoscere e, quindi, promuovere un unico modello di cooperativa a forte impronta sociale diverso dalle altre imprese e connotato da specifici requisiti caratterizzanti».

(15) A. Graziani, *Società cooperativa...*, *op. cit.*, p. 278.

(16) G. E. Colombo, *Osservazioni sulla natura giuridica delle cooperative*, in *Riv. dir. comm.*, 1959, I, p. 149.

(17) Entrambe le citazioni da G. Oppo, *L'essenza della società cooperativa e gli studi recenti*, in *Riv. dir. civ.*, 1959, I, pp. 402-403, che ritiene, tra l'altro, che nella norma costituzionale si parli di cooperazione in senso ampio e non tecnico.

(18) G. De Ferra, *Principi costituzionali in materia di cooperazione a carattere di mutualità*, in *Riv. soc.*, 1964, pp. 771 ss.

gralmente o parzialmente (dedotto cioè un dividendo pari all'interesse legale) devoluto a fini non speculativi» (19).

Ancora altri commentatori hanno giudicato il primo periodo dell'art. 45 Cost. una «formula dura, dura da comprendere» (20) ovvero «di difficile comprensione» (21).

Neppure il riconoscimento della funzione sociale della cooperazione è sembrato in grado di dare un significativo apporto alla definizione del contenuto vincolante del primo periodo dell'art. 45.

Il risultato di questa corposa opera di interpretazione dottrinale realizzata dai primi commentatori è stata una lettura piuttosto minimale del riconoscimento della «funzione sociale della cooperazione a carattere di mutualità e senza fini di speculazione privata», con il conseguente confinamento in un ruolo residuale della cooperazione, ancorata alla gestione di servizio e alle piccole dimensioni.

Una lettura non riduttiva del primo periodo dell'art. 45 Cost. è stata, tuttavia, avanzata verso la fine degli anni settanta – allorché la cooperazione si propone quale «forza anticrisi» (22) – da quella dottrina che, nel ripercorrere criticamente il dibattito appena illustrato, ha inteso dare rilievo autonomo e specifico alla norma costituzionale (23) tentare di recuperare l'unitarietà del fenomeno cooperativo (24) e attribui-

(19) G. De Ferra, *Principi costituzionali...*, *op. cit.*, pp. 788-789.

(20) G. Minervini, *La cooperazione e lo Stato*, in *Riv. dir. civ.*, 1969, I, pp. 620 ss., il quale tuttavia ritiene «possa probabilmente desumersi che il legislatore costituente: 1) presuppone la possibilità di forme di cooperazione prive degli elementi qualificativi che esso enuncia; 2) non riconosce a queste forme ulteriori “funzione sociale”; 3) non preclude tuttavia al legislatore ordinario di ammetterne la legittimità, *propter aliquam utilitatem*».

(21) A. Bassi, *Cooperazione e mutualità. Contributo allo studio della cooperativa di consumo*, Napoli, 1976, p. 5, in nota.

(22) Cfr. S. M. Cesqui, *Gli sviluppi della cooperazione e lo scopo mutualistico*, *Jus*, 1977, pp. 117 ss.; R. Romboli, *Problemi costituzionali...*, *op. cit.*, pp. 141-149.

(23) Pur con alcune differenze, sostengono la cd. tesi «terzaforzista»: A. Nigro, *Art. 45*, *op. cit.*, pp. 13 ss.; F. Galgano, *Il ruolo dell'impresa cooperativa nel quadro delle istituzioni dell'economia*, in *Riv. dir. comm.*, 1976, I, pp. 335 ss., e Idem, *La cooperazione nel sistema costituzionale*, in *Nuovo dir. agr.*, 1977, pp. 409 ss.

(24) Nello stesso senso R. Romboli, *Problemi costituzionali...*, *op. cit.*, p. 120. Fortemente critico dell'impostazione unitaria del problema della mutualità è A. Bassi, *Cooperazione e mutualità...*, *op. cit.*, *passim*, ma vedi in particolare la *Premessa* alle pp. 1-3. Quest'ultimo Autore, peraltro, ha poi affermato – richiamando la propria precedente opera – che «anche quando la dottrina pone alcune distinzioni [...] non ne deriva, [...] la frantumazione dell'unitarietà costruita attorno allo scopo mutualistico» (A. Bassi, *Delle imprese cooperative...*, *op. cit.*, p. 303, in nota).

re una portata cogente e ricca di implicazioni al riconoscimento della funzione sociale della cooperazione (25).

In primo luogo, tale interpretazione afferma che il dettato costituzionale, nell'affidare alla cooperazione il ruolo di *tertium genus* tra impresa pubblica e impresa privata (26), non intende tributare un generico riconoscimento formale a un altro modo di produzione, ma mira a dare «rilevanza specifica» (27) alla cooperazione e trasferire nell'ambito dei rapporti economici i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale di libertà (intesa, in questo caso, come controllo diretto e personale delle fonti di ricchezza) e uguaglianza. Si tratta di una lettura gravida di implicazioni, che – pur ammettendo una certa approssimazione tecnica nella formulazione della norma – si fonda sulla contestualizzazione dell'art. 45 all'interno del complessivo dettato costituzionale e sul riconoscimento di un compito ben determinato alla cooperazione nell'ambito dei rapporti economici. La «funzione sociale» riconosciuta alla cooperazione, lungi dal rappresentare un mero tributo retorico al ruolo da essa storicamente svolto, acquista un preciso significato e rappresenta, in ultima istanza, un elemento – unitamente alle previsioni di cui agli artt. 43 e 46 Cost. – del disegno costituzionale di gestione diffusa e diretta della produzione, in vista della realizzazione della democrazia economica (28).

(25) Cfr. S. M. Cesqui, *La funzione sociale della cooperazione nel progetto costituzionale*, in *Riv. soc.*, 1995, pp. 1171 ss., che rintraccia, a sua volta, nel dettato costituzionale una funzione sociale specifica della cooperazione, consistente nel soddisfacimento dei bisogni rilevati nell'ambiente economico e sociale nel quale essa di fatto opera.

(26) Cfr. F. Galgano, *Il ruolo dell'impresa cooperativa...*, *op. cit.*, p. 335, che parla della cooperazione come di una nuova imprenditorialità con caratteri originali e inconfondibili, che la differenziano tanto dalla imprenditorialità privata, quanto dalla imprenditorialità pubblica, e Idem, *La cooperazione...*, *op. cit.*, p. 412, ove l'Autore afferma che «per il fatto di essere non una pluralità di imprese, ma un sistema di imprese, la cooperazione può oggi erigersi, a buon diritto, come *terza forza* economica del paese». Vedi anche U. Romagnoli, *Il sistema economico nella Costituzione*, in Aa.Vv., *La Costituzione economica*, in F. Galgano (diretto da), *Trattato di Diritto commerciale e di Diritto pubblico dell'economia*, I, Padova, 1977, pp. 178 ss., ove un'attenta analisi sulla situazione della cooperazione che, a metà anni settanta, «aspira al ruolo di "terza forza" economica del paese».

(27) A. Nigro, *Art. 45*, *op. cit.*, p. 14. Vedi anche F. Galgano, *La cooperazione...*, *op. cit.*, p. 409, secondo il quale «la cooperazione occupa, nel sistema della Costituzione, una posizione ben più rilevante di quanto le pur significative disposizioni dell'art. 45 facciano da sole supporre».

(28) A. Nigro, *Art. 45*, *op. cit.*, pp. 18 ss. Cfr. F. Galgano, *Il ruolo dell'impresa cooperativa...*, *op. cit.*, pp. 336 ss., nonché Idem, *La cooperazione...*, *op. cit.*, pp. 409 ss.; S. M. Cesqui, *Gli sviluppi...*, *op. cit.*, pp. 145-146.

Ne deriva un'interpretazione dell'art. 45 che, in linea con l'evoluzione della Costituzione materiale (29), ammette la fuoriuscita della cooperazione dal ristretto ambito della gestione di servizio, senza che questo comporti la perdita del carattere della mutualità ovvero l'assimilazione delle imprese cooperative alle ordinarie società di capitali. Il «carattere di mutualità» della norma costituzionale viene, infatti, individuato non nel perseguimento del fine o dello «scopo mutualistico» – secondo l'impostazione offerta dal codice civile del 1942, che privilegiava la gestione di servizio –, bensì nella struttura democratica, caratteristica dell'organizzazione cooperativa e imperniata sulla regola della «porta aperta» e sul principio «una testa-un voto», e nell'effettiva possibilità dei soci di partecipare alla gestione.

Un significato chiaro e preciso viene attribuito anche all'espressione «senza fini di speculazione privata», che, lungi dall'essere una pleonastica duplicazione del concetto di mutualità, vuole affermare un ulteriore compito della cooperazione, chiamata non già a massimizzare i profitti, ma a contribuire – compatibilmente con una gestione comunque economica dell'impresa e le esigenze dell'autofinanziamento – alla realizzazione di bisogni collettivi (30) altrimenti destinati a rimanere insoddisfatti. Il sistema cooperativo viene chiamato, in sostanza, a svolgere un ruolo correttivo dell'andamento del mercato. In quest'ottica, risultano pienamente legittimate l'attività svolta nei confronti dei terzi (31) – se-

(29) F. Galgano, *La cooperazione...*, *op. cit.*, p. 419, afferma che la cooperazione «si colloca nel sistema costituzionale fra le istituzioni di *democrazia dei produttori*. E questa collocazione non è [...] una operazione di mera tecnica interpretativa: la cooperazione [...] ha conquistato *sul campo* il diritto a questa collocazione costituzionale; lo ha conquistato con la dimostrata capacità di elaborare e tradurre in azione una visione nazionale dei problemi dello sviluppo economico». In una prospettiva per certi versi analoga G. Bonfante, *Il concetto di mutualità*, in *Dem. e dir.*, 1977, pp. 344 ss., che, nel segnalare l'evoluzione della cooperazione nel secondo dopoguerra, rileva come essa non possa più rimanere legata alla sola gestione di servizio, ma sia chiamata a rispondere a bisogni sociali non soddisfatti dal mercato; attività questa che consente di «dare finalmente un contenuto concreto e unitario a quel concetto pubblicistico della mutualità riconosciuto, forse in anticipo sui tempi, dalla Costituzione».

(30) A. Nigro, *Art. 45*, *op. cit.*, pp. 32-36. Netamente contrario a una tale interpretazione è, invece, V. Buonocore, *Diritto della cooperazione*, Bologna, 1997, pp. 59-63, che parla addirittura di «rimozione dell'art. 45 Cost.» nel riferirsi alla cd. «mutualità esterna».

(31) Sostanzialmente nello stesso senso E. M. Leo, *La legge sulle casse rurali e artigiane e l'essenza della cooperativa*, in *Riv. soc.*, 1966, pp. 562-567, e S. M. Cesqui, *Gli sviluppi...*, *op. cit.*, pp. 127 ss., il quale esclude, a seguito di un'approfondita analisi del

condo la formula della cd. «mutualità esterna», che prevede l'estensione ai terzi delle condizioni di favore praticate ai soci (e non la sola gestione di servizio con i soci) (32) – e la crescita dimensionale (33), e si spiega anche la tutela costituzionale della cooperazione.

Il fenomeno cooperativo viene, inoltre, ricondotto a unità e la sua specificità viene individuata proprio nel rispetto delle caratteristiche precisate dalla norma costituzionale, di modo che la cooperazione, per essere considerata tale e rivestire «funzione sociale», deve intrinsecamente avere carattere di mutualità ed essere priva dei fini di speculazione privata. Infatti, se «questi connotati mancano non si ha tanto una cooperazione non protetta o non agevolata: non si ha cooperazione» (34).

Da tale interpretazione derivano alcune ulteriori conseguenze in relazione al rapporto – decisamente conflittuale – tra il modello costituzionale (così interpretato) e la normativa ordinaria. Innanzi tutto, le disposizioni del codice civile del 1942, tendendo ad assimilare la società

dato positivo e della realtà storica della cooperazione, che la «mutualità pura» debba identificarsi con la gestione di servizio a favore dei soci, e anzi sostiene che «la facoltà di agire con i terzi è da ritenere elemento naturale della cooperazione, sì che, per converso, la destinazione dell'attività sociale esclusivamente ai soci non è da considerarsi normale, bensì eccezionale e non qualificante, tanto da dover essere espressamente stabilita – per poter essere realizzata – o dalla legge o dall'atto costitutivo». Continua ancora l'Autore, sostenendo che per la cooperazione il «protendersi della sua azione all'esterno della compagine sociale, a favore dell'ambiente nel quale operava, è già connotato qualificante – espresso dal principio della “bottega aperta” – addirittura delle cooperative dei “probi pionieri di Rochdale”».

(32) Secondo E. M. Leo, *La legge...*, *op. cit.*, p. 565, la gestione di servizio non può ritenersi attinente all'essenza della cooperativa. *Contra* V. Buonocore, *Diritto della cooperazione*, *op. cit.*, p. 145, per il quale l'essenza del fenomeno mutualistico consiste proprio nella gestione di servizio, «la quale va intesa nel senso che sono i soci a essere i naturali destinatari dell'attività sociale».

(33) Sul punto vedi, nella dottrina giuslavoristica, M. Napoli, *Promozione dell'occupazione e legislazione di sostegno della cooperazione: bilancio e prospettive*, *Jus*, 1985, fasc. 1, pp. 119-123, ove si afferma, tra l'altro, che «non è lecito, sulla base del diritto positivo ispirato ai principi costituzionali, configurare il fenomeno cooperativo come insieme di forme gestionali di imprese atomisticamente considerate». Vedi anche P. Verrucoli, *Per una riforma della società cooperativa*, in *Riv. dir. comm.*, 1974, I, p. 19.

(34) Così testualmente A. Nigro, *Art. 45*, *op. cit.*, pp. 27 ss. Nello stesso senso, S. M. Cesqui, *Gli sviluppi...*, *op. cit.*, pp. 140-141, nonché Idem, *La funzione sociale...*, *op. cit.*, p. 1180; R. Romboli, *Problemi costituzionali...*, *op. cit.*, p. 116. *Contra* V. Buonocore, *Diritto della cooperazione*, *op. cit.*, pp. 54-57, che, adottando un'interpretazione estensiva dell'art. 45 Cost., ritiene possibile la contrapposizione tra cooperazione con carattere di mutualità, o mutualità *tout court* a carattere non speculativo, e cooperazione non a carattere di mutualità, o mutualità a carattere speculativo.

cooperativa alla società per azioni, non riconoscono lo specifico carattere democratico della cooperazione (35). Al contempo, la legislazione speciale del periodo post-costituzionale – ammettendo talora anche a livello normativo una distinzione tra cooperazione tutelata e controllata e cooperazione non tutelata e non controllata – ha introdotto una frammentazione, non prevista a livello costituzionale, all'interno del quadro giuridico della cooperazione, che avrebbe dovuto essere tendenzialmente omogeneo e unitario (36), quanto meno con riferimento al carattere della mutualità e all'assenza dei fini di speculazione privata.

Tale originale interpretazione del primo periodo dell'art. 45 Cost. – particolarmente autorevole e suggestiva e, a tratti, certamente condivisibile – è risultata, peraltro, piuttosto isolata a livello dottrinale, né tanto meno a essa si è conformata l'attività del legislatore ordinario. Conseguentemente, è rimasto irrisolto il nodo dell'identità della cooperazione.

Trattazioni più recenti (37) hanno, infatti, dovuto registrare la mancanza di univocità nell'interpretazione del disposto costituzionale in materia di cooperazione (con riferimento specifico alla possibile coesistenza tra cooperazione costituzionalmente tutelata e non tutelata, al significato da attribuire al «carattere di mutualità» e all'assenza dei «fini di speculazione privata» e ancora al ruolo da riconoscere alla cooperazione nel sistema economico), cui si accompagna una produzione legislativa particolarmente consistente, ma per lo più settoriale.

(35) In effetti, risulta difficile – anche volendo provare a effettuare una lettura costituzionalmente orientata delle norme del codice civile del 1942 – fare emergere come prevalenti gli specifici tratti distintivi di democraticità e partecipazione della società cooperativa che, al contrario, il legislatore fascista aveva scientemente voluto negare, o quanto meno depotenziare, in vista di una sostanziale assimilazione della società cooperativa alle società di capitali. Avanza dubbi sulla legittimità costituzionale delle norme del codice civile del 1942 R. Romboli, *Problemi costituzionali...*, *op. cit.*, p. 144. Vedi, però, per un'interpretazione che rintraccia anche nelle norme del codice civile nel testo del 1942 la prevalenza del carattere aperto e democratico della cooperativa, E. M. Leo, *La legge...*, *op. cit.*, pp. 567 ss.

(36) Cfr. A. Nigro, *Art. 45*, *op. cit.*, p. 39; G. Bonfante, *Il concetto...*, *op. cit.*, p. 340, che parla di dualismo normativo nel periodo post-bellico; P. Verrucoli, *Per una riforma...*, *op. cit.*, pp. 5 ss., che lamenta la mancanza di una chiara individuazione del tipo società cooperativa e della relativa disciplina; S. M. Cesqui, *La funzione sociale...*, *op. cit.*, p. 1163, che ricorda il problema, ormai secolare, della identità della cooperativa.

(37) Ci si riferisce in particolare alle monografie di A. Bassi, *Delle imprese cooperative...*, *op. cit.*, pp. 103 ss., e di G. Bonfante, *Delle imprese cooperative...*, *op. cit.*, pp. 37 ss., che ricorda le discussioni laceranti tra i giuristi attorno alla disposizione costituzionale in materia di cooperazione.

Questa multiforme e alluvionale legislazione in ambito cooperativo dimostra, in ogni caso, che non è stata accolta la concezione unitaria della cooperazione e che al primo periodo dell'art. 45 Cost. è stato attribuito sostanzialmente il valore di norma programmatica, dotata più di un valore descrittivo del fenomeno cooperativo – all'interno del quale vengono fatte rientrare forme cooperative molto diverse tra loro per dimensioni, ambiti di intervento e finalità (38) – che di una portata direttamente precettiva e di un significato tecnico in grado di orientare l'attività normativa entro precisi limiti. Il legislatore sposa, quindi, una «visione sostanzialmente agnostica» (39) della cooperazione, priva di elementi univoci di identificazione. Si tratta di una linea di intervento ben radicata nel tempo e ambigua, che consente ampi margini di discrezionalità, ma che rischia di «lasciare solo al mercato la definizione della mutualità» (40). Si può, in sostanza, affermare che l'unico punto su cui la dottrina ha mostrato di essere concorde è l'ovvia condanna del fenomeno della «falsa cooperazione» (41), che fuoriesce appunto dall'ambito della cooperazione, mentre ha suscitato contrasti anche la tesi di chi ha rintracciato nella «funzione sociale» l'elemento qualificante e intrinseco della cooperazione, di modo che non possa esistere una distinzione tra cooperazione avente funzione sociale e cooperazione non rivolta a questa funzione (42).

Decisamente meno problematica è stata la disamina del secondo periodo della norma costituzionale in materia di cooperazione – «La legge ne promuove e favorisce l'incremento con i mezzi più idonei e ne assicura, con gli opportuni controlli, il carattere e le finalità» –, cui la dot-

(38) P. Verrucoli, *Per una riforma...*, *op. cit.*, p. 20. Cfr. V. Buonocore, *La società cooperativa riformata: i profili della mutualità*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, pp. 508-515.

(39) L'espressione è di P. Verrucoli, *Per una riforma...*, *op. cit.*, p. 6. L'Autore effettua un'ampia ricognizione sugli interventi normativi in materia di cooperazione a partire dalla fine dell'Ottocento e rileva la perdurante assenza di definiti indirizzi legislativi con riferimento alle caratteristiche fondamentali della cooperazione.

(40) Così G. Bonfante, *Delle imprese cooperative...*, *op. cit.*, p. 75.

(41) Il più delle volte, però, gli Autori non chiariscono compiutamente cosa intendano per «falsa cooperazione», limitandosi a richiamare un utilizzo distorto della forma cooperativa, cosicché si aprono ulteriori interrogativi su quali siano le caratteristiche che determinano la fuoriuscita dal genuino modello cooperativo. Si tratta, ancora una volta, di problemi che derivano dalla mancata definizione dell'identità e dei caratteri distintivi della cooperazione.

(42) In questo senso: A. Bassi, *Delle imprese cooperative...*, *op. cit.*, pp. 106-113; G. Bonfante, *Delle imprese cooperative...*, *op. cit.*, p. 41. *Contra* G. Minervini, *La cooperazione...*, *op. cit.*, p. 621; V. Buonocore, *Diritto della cooperazione*, *op. cit.*, pp. 55-57.

trina ha, da subito e in modo unanime, riconosciuto valore immediatamente precettivo (43).

Il contenuto della norma è chiaramente rivolto ad affermare il binomio sostegno-controllo (44) nell'intervento legislativo sulla cooperazione: la legge (45) è chiamata, da un lato, a promuovere e favorire l'incremento della cooperazione, e, dall'altro lato, a controllare che essa persegua il carattere di mutualità e le finalità non speculative di cui al comma 1 dell'art. 45 Cost. Il riferimento ai «mezzi più idonei» ha consentito al legislatore un ampio ventaglio di misure di agevolazione e promozione della cooperazione [incentivi ed esenzioni fiscali (46), facilitazioni creditizie, sovvenzioni a fondo perduto ecc.] (47), che tuttavia sono sembrate a una parte della dottrina (48) frutto di interventi disorganici e tendenti a favorire la frammentazione della coopera-

(43) G. Minervini, *La cooperazione...*, *op. cit.*, pp. 622 ss.

(44) Cfr. M. Napoli, *Promozione dell'occupazione...*, *op. cit.*, pp. 118-119.

(45) La dottrina prevalente ha ritenuto che si tratti di una riserva di legge relativa. Vedi, tra gli altri: G. Minervini, *La cooperazione...*, *op. cit.*, p. 622; A. Nigro, *Art. 45, op. cit.*, p. 42; R. Romboli, *Problemi costituzionali...*, *op. cit.*, p. 125.

(46) Tra cui merita particolare attenzione il regime fiscale di favore – significativamente ridimensionato negli ultimi anni – per gli utili destinati a riserva indivisibile, utilizzati per gli investimenti e, più in generale, per l'autofinanziamento, e che in nessun caso, nemmeno quello di scioglimento della cooperativa, possono essere distribuiti ai soci. Cfr., al riguardo, A. Sarti, *Il regime tributario delle società cooperative e la sua compatibilità con il divieto comunitario degli aiuti di Stato*, in *Rass. trib.*, 2006, p. 949, secondo cui «la scelta di escludere prima e di limitare poi il prelievo sugli utili destinati a riserva indivisibile nasce dalla consapevolezza che dalla maggiore o minore incidenza delle imposte sui redditi dipende la possibilità di ottenere maggiori o minori risorse disponibili per la società cooperativa. Inoltre solo il rafforzamento patrimoniale può assicurare, nella logica dell'art. 45 della Costituzione, la piena efficacia degli obiettivi di promozione cooperativa, in una visione giuridica che permette di valorizzare i principi, le norme e i regimi derogatori».

(47) Cfr. G. Minervini, *La cooperazione...*, *op. cit.*, p. 623, che cita le agevolazioni tributarie sotto forma di esenzioni e riduzioni: i mutui «agevolati»; la concessione di garanzie su finanziamenti; la concessione di contributi in capitale; la concessione di beni demaniali in uso; la concessione di diritti di preferenza a parità di condizioni; la concessione di diritti di esclusiva; lo svolgimento di attività di promozione della costituzione di cooperative; la partecipazione alla formazione del capitale di società cooperative; l'assistenza amministrativa e tecnica; la costruzione di impianti e attrezzature da trasferirsi a cooperative; la promozione e attuazione di provvidenze di indole sociale. Vedi anche A. Bassi, *Delle imprese cooperative...*, *op. cit.*, pp. 118-130.

(48) A. Nigro, *Art. 45, op. cit.*, p. 46. Vedi anche A. Rinella, *Le implicazioni del federalismo sulla Costituzione economica, con particolare riguardo all'art. 45, 1° comma Cost.*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1996, p. 5, che parla di «sostanziale irrazionalità» delle politiche di favor.

zione, rimasta invece priva di un quadro giuridico unitario e coerente con la disposizione costituzionale (49). Peraltro – come meglio si rileverà nei successivi paragrafi – la riforma del Diritto societario intervenuta nel 2003 ha inteso – contrariamente a quanto previsto dalla legge n. 366/2001 recante la «Delega al governo per la riforma del Diritto societario» – ricondurre tutta la cooperazione, agevolata e non, nell’alveo dell’art. 45 Cost.

I controlli (50) sono, in ogni caso, rivolti in via prioritaria alla verifica del perseguimento del carattere mutualistico e delle finalità non speculative della cooperazione (*id est* della sua particolare «funzione sociale» riconosciuta dalla Repubblica) (51) e, solo in seconda istanza, sono legati alla concessione delle misure di agevolazione e incentivazione (52), proprio perché la concessione di tali interventi di favore si giustifica solo in ragione della peculiare funzione sociale rivestita dalla cooperazione.

Si può, in conclusione, osservare che la specificità prevalente – o, meglio, la sola ampiamente riconosciuta – del modello costituzionale della cooperazione risiede nella duplice funzione – economica e sociale – che essa è chiamata a rivestire. Ma, poi, anche sul contenuto, la portata e i limiti della «funzione sociale» della cooperazione si registrano in dottrina consistenti divergenze, che trovano puntuale corrispondenza nei numerosi e disorganici interventi del legislatore.

(49) Vedi, però, A. Bassi, *Delle imprese cooperative...*, *op. cit.*, pp. 116-117, il quale rileva che la definizione costituzionale della cooperazione «non esclude la possibilità di individuare *vari livelli* di mutualità, e quindi di meritevolezza sociale, in relazione ai diversi valori che le società cooperative possono prestarsi a realizzare. Il trattamento legislativo dovrebbe conformarsi, soprattutto per ciò che concerne le agevolazioni, a questa diversità di indici del carattere mutualistico, il che consentirebbe di eliminare la rigida alternativa tra cooperazione conforme e cooperazione non conforme a Costituzione».

(50) Su cui vedi, in particolare, G. Minervini, *La cooperazione...*, *op. cit.*, pp. 627 ss.; F. Galgano, *La cooperazione...*, *op. cit.*, pp. 420 ss.; R. Romboli, *Problemi costituzionali...*, *op. cit.*, pp. 126-133.

(51) U. Romagnoli, *Il sistema economico...*, *op. cit.*, p. 183, osserva che «alla base dell’art. 45 opera il convincimento che l’intervento di controllo sia necessario per consentire all’attività economica di *conservare* la “funzione sociale” che fin dalle origini il movimento cooperativo ha rivendicato a sé stesso».

(52) A. Nigro, *Art. 45*, *op. cit.*, p. 47. Cfr. G. Bonfante, *Delle imprese cooperative...*, *op. cit.*, p. 41, il quale – pur ammettendo una parziale diarchia di forme tra una cooperazione agevolata e una non agevolata – afferma che tale dualismo non può toccare il presupposto della funzione sociale della cooperazione; A. Bassi, *Delle imprese cooperative...*, *op. cit.*, p. 111.

4. — *La cooperazione nella disciplina codicistica e nella legislazione speciale* — Il quadro estremamente composito delle interpretazioni del dettato costituzionale in materia di cooperazione ha influenzato tutta la legislazione successiva, tanto da legittimare interventi di varia natura e portata (53).

Alla normativa codicistica del 1942 – che sostanzialmente disciplinava la società cooperativa come variante della società per azioni – si sono, quindi, affiancate una serie di disposizioni speciali e, spesso, settoriali (54) (alcune delle quali, per la verità, erano preesistenti e sono rimaste in vigore anche nel periodo post-costituzionale). A questo proposito, va peraltro ricordato che era proprio l'art. 2517 cod. civ., nella formulazione del 1942 (55), a rinviare alle leggi speciali e a ritenere applicabili le disposizioni codicistiche, in quanto compatibili con le disposizioni delle leggi speciali (56).

Il primo intervento normativo del periodo repubblicano, di poco anteriore all'entrata in vigore della Costituzione, è rappresentato dal d.lgs. del Capo provvisorio dello Stato n. 1577 del 14 dicembre 1947, noto come «legge Basevi», dal nome del Direttore generale della cooperazione presso il Ministero del lavoro, che tale provvedimento ha ispirato. La

(53) Osserva G. Bonfante, *La legislazione cooperativistica...*, *op. cit.*, p. 228, che la precettività che pareva implicita nell'art. 45 Cost. si è immediatamente sgretolata.

(54) Per ampie e complete trattazioni sulla disciplina in materia di cooperazione contenuta sia nel codice civile del 1942, che nella legislazione speciale, vedi le tre classiche monografie di A. Bassi, *Delle imprese cooperative...*, *op. cit.*; V. Buonocore, *Diritto della cooperazione*, *op. cit.*; G. Bonfante, *Delle imprese cooperative...*, *op. cit.* Le tre opere, pur seguendo linee interpretative anche consistentemente difformi, danno ampiamente conto del dibattito dottrinale e giurisprudenziale in tema di Diritto cooperativo. Vedi anche A. Bassi, *Cooperazione e mutualità...*, *op. cit.*, p. 3, secondo il quale, mentre il codice civile del 1942 afferma un «filone per così dire *neutro*» della cooperazione (che fa della società cooperativa solo uno strumento tecnico per raggiungere un risultato economico apprezzabile quale l'eliminazione dell'intermediario), le leggi speciali hanno una «chiara intonazione sociologica in senso classista».

(55) L'art. 2517 cod. civ. (rubricato «Leggi speciali») disponeva, infatti: «Le società cooperative che esercitano il credito, le casse rurali e artigiane, le società cooperative per la costruzione e l'acquisto di case popolari ed economiche e le altre società cooperative regolate dalle leggi speciali sono soggette alle disposizioni del presente Titolo, in quanto compatibili con le disposizioni delle leggi speciali».

(56) Cfr. A. Bassi, *Delle imprese cooperative...*, *op. cit.*, p. 16, e, più ampiamente, pp. 295-324, ove un'ampia rassegna delle varie leggi speciali inerenti specifici settori di attività di società cooperative (esercizio del credito, edilizia, assicurazione, agricoltura, attività portuali, produzione e lavoro, pesca, editoria, imprese in crisi ecc.).

«legge Basevi» – che si richiama ai principi fondamentali della cooperazione fissati sin dal 1937 (57) dall'Alleanza cooperativa internazionale (Aci) (58), che a sua volta ha preso spunto dall'esperienza dei Probi pionieri di Rochdale, fondatori della prima cooperativa moderna (59) – cerca di recuperare (60) il carattere mutualistico e democratico della cooperazione (ampiamente ridimensionato durante il periodo fascista) (61) e costituisce l'architrave legislativa su cui poggia la rinascita del movimento cooperativo, incentivata attraverso il riconoscimento di agevolazioni fiscali e la creazione, in seno alla Banca nazionale del lavoro, di una sezione speciale destinata al finanziamento delle cooperative (Coopcredito).

(57) Vedi R. Vitale, *Il movimento cooperativo nella storia dell'Italia repubblicana*, in M. Nejrotti, R. Vitale, *La cooperazione in Italia. Una storia ultracentenaria*, in *Il Calendario del popolo*, n. 648, dicembre 2000, pp. 54-56, ove si riportano in sette punti i principi fondamentali della sana cooperazione di ogni tempo, vale a dire: adesione libera e volontaria (cd. «principio della porta aperta»); controllo democratico (cd. «principio di una testa-un voto», indipendentemente dalla quota di capitale investito); ritorno sugli acquisti (ripartizione degli utili tra i soci non in proporzione al capitale investito, ma alle operazioni intrattenute dal socio con la cooperativa); interesse limitato sul capitale; neutralità politica e religiosa; vendita per contanti; sviluppo dell'educazione. Tali principi sono stati oggetto di una prima revisione nel 1966 e, in particolare, sono stati soppressi i principi di neutralità politica e religiosa e di vendita per contanti. Un'ulteriore rielaborazione – che, peraltro, si mantiene sostanzialmente nel solco della tradizione rochdaliana – dei principi cooperativi è contenuta nella *Dichiarazione sull'identità cooperativa* redatta a Manchester nel 1995 in occasione del centenario dell'Alleanza cooperativa internazionale. A oggi, quindi, i sette principi cooperativi fissati dall'Aci sono: 1. adesione libera e volontaria; 2. controllo democratico esercitato dai soci; 3. partecipazione economica dei soci; 4. autonomia e indipendenza; 5. educazione, formazione e informazione; 6. cooperazione tra cooperative; 7. impegno verso la collettività.

(58) L'Alleanza cooperativa internazionale, organizzazione a livello mondiale delle cooperative, è stata fondata a Londra nel 1895. Sulla cooperazione come fenomeno internazionale vedi G. Sapelli, *La cooperazione: impresa e movimento sociale*, Roma, 1998, pp. 15-63.

(59) La *Rochdale Friendly Co-operative Society* viene fondata nel 1833 da 28 tessitori di Rochdale, centro tessile nelle vicinanze di Manchester, per vendere direttamente sul mercato i tessuti prodotti durante un periodo di sciopero. Nel 1844 la cooperativa apre uno spaccio cooperativo e adotta uno Statuto in cui sono sancite alcune regole che saranno alla base dell'elaborazione dei principi cooperativi.

(60) Per alcuni rilievi critici in merito alla «legge Basevi» vedi, però, G. Bonfante, *La legislazione cooperativistica...*, *op. cit.*, pp. 228-231.

(61) Sul punto vedi M. Nejrotti, *Fascismo: la cooperazione compressa e snaturata*, in G. Sapelli, M. Degl'Innocenti (a cura di), *Cooperative in Lombardia dal 1886*, Milano, 1986, pp. 85 ss.

La nuova disciplina organica della cooperazione contempla disposizioni in materia di vigilanza e ispezioni, prevede il riordino del registro prefettizio, fissa i requisiti dei soci delle cooperative, stabilisce limiti azionari sempre per i soci delle cooperative e codifica – sia pure ai soli fini tributari – alcuni requisiti mutualistici (62). Al fine di limitare il fenomeno della falsa cooperazione, in realtà presente sin dagli albori della società cooperativa e diffuso trasversalmente nei diversi settori cooperativi, i vantaggi fiscali sono condizionati all'iscrizione al suddetto registro prefettizio delle cooperative, funzionale alla vigilanza e al controllo sulle cooperative medesime, nonché all'effettivo rispetto dei citati principi fondamentali della cooperazione. Perdura, tuttavia, l'assenza di una definizione della cooperativa e manca qualsiasi riferimento al principio della «porta aperta» e ai ristorni.

Sulla scia del dibattito originato dall'art. 45 Cost., dottrina e giurisprudenza danno vita a un confronto molto serrato tra opinioni divergenti che prende avvio dalle differenti interpretazioni delle nozioni di mutualità e di scopo mutualistico, investe poi i temi dei requisiti dei soci, del possesso azionario, della partecipazione democratica alla gestione della società, dell'apertura della compagine sociale, dei rapporti interni di scambio (*id est* dei rapporti mutualistici), della destinazione degli utili, del diritto del socio a godere delle prestazioni mutualistiche, dell'attività con i terzi non soci e ancora del regime dei ristorni, per arrivare addirittura a interessare la stessa natura giuridica delle cooperative. In particolare, oggetto di consistenti contrasti sono, in assenza di univoci riferimenti normativi, il concetto di mutualità – e la sua sostenuta o negata identificazione con la gestione di servizio (63) – e il rapporto che sus-

(62) L'art. 26, comma 1, del d.lgs. del Capo provvisorio dello Stato n. 1577/1947 – cui parte della dottrina attribuisce un particolare valore indicativo per la corretta individuazione e definizione dello scopo mutualistico – prevede che «agli effetti tributari si presume la sussistenza dei requisiti mutualistici quando negli Statuti delle cooperative siano contenute le seguenti clausole: a) divieto di distribuzione dei dividendi superiori alla ragione dell'interesse sociale ragguagliato al capitale effettivamente versato; b) divieto di distribuzione delle riserve tra i soci durante la vita sociale; c) devoluzione, in caso di scioglimento della società, dell'intero patrimonio sociale – dedotto soltanto il capitale versato e i dividendi eventualmente maturati – a scopi di pubblica utilità conformi allo spirito mutualistico». Sul punto A. Bassi, *Delle imprese cooperative...*, *op. cit.*, pp. 130-139, il quale osserva che l'art. 26 della «legge Basevi» «non dice [...] che cosa è lo scopo mutualistico, ma dice che cosa *non deve essere*», intendendo recidere i possibili profili capitalistici del fenomeno cooperativo.

(63) La tesi che individua la mutualità con la reciprocità di prestazioni tra società e soci poggia, come noto, le sue argomentazioni prevalentemente sulla Relazione mi-

siste tra la stessa mutualità e la cooperazione. Ci si chiede, infatti, se possa esistere una cooperazione non ispirata a principi mutualistici, o se, invece, non esista cooperazione senza mutualità, o se, ancora, sia ammissibile una società ordinaria con scopo mutualistico. La risposta a questi quesiti apre ulteriori interrogativi su che cosa si debba intendere per «falsa cooperazione».

L'obiettivo di fondo, mai di fatto raggiunto, è quello di rintracciare l'essenza del fenomeno cooperativo e i suoi specifici caratteri distintivi, che rendono in particolare la società cooperativa impresa «altra» rispetto alle società di capitali.

Tuttavia, anche in questo caso le letture sono molteplici e fortemente divaricate e portano – negli anni successivi alla Costituzione per arrivare in sostanza sino ai giorni nostri – a un progressivo ampliamento del «vocabolario cooperativo», attraverso un catalogo di dicotomie (64): oltre alle tradizionali distinzioni tra «vera cooperazione» e «falsa cooperazione» e tra «mutualità pura» e «mutualità spuria» o «impura», si comincia a differenziare tra «cooperazione sociologica» e «cooperazione neutra», tra «mutualità fiscale» e «mutualità non fiscale», tra «mutualità protetta» e «mutualità non protetta», tra «mutualità prevalente» e «mutualità non prevalente», tra «mutualità interna» e «mutualità esterna» e ci si interroga poi su quali conseguenze discendano dalle diverse declinazioni della cooperazione e della mutualità. Ma tanto maggiore è la ricchezza delle interpretazioni dei principi giuridici in materia di cooperazione e in particolare di società cooperativa, tanto più difficile risulta rintracciare elementi di certezza e ricostruire un quadro di riferimento complessivo e sufficientemente sicuro. Lo sforzo classificatorio non riesce, quindi, ad arrivare a una sintesi.

Di conseguenza, a livello legislativo, continuano a prevalere gli interventi spiccatamente settoriali, dettati prevalentemente da pressioni di tipo politico ed evidentemente incapaci di garantire la coerenza del siste-

nisteriale al codice civile del 1942, nella quale si afferma che la distinzione tra le società cooperative e le altre società «si fonda sullo scopo prevalentemente mutualistico delle cooperative, consistente nel fornire beni o servizi od occasioni di lavoro direttamente ai membri della organizzazione a condizioni più vantaggiose di quelle che otterrebbero dal mercato, mentre lo scopo delle imprese sociali in senso proprio è il conseguimento e il riparto di utili patrimoniali». Sul punto A. Bassi, *Delle imprese cooperative...*, *op. cit.*, pp. 35-55, ritiene che l'attività della cooperativa con i propri soci debba essere non esclusiva, ma comunque prevalente rispetto alla attività svolta con i terzi.

(64) Cfr. V. Buonocore, *Diritto della cooperazione*, *op. cit.*, p. 23, e, più ampiamente, pp. 54-63.

ma a favore di un pluralismo di forme cooperative quasi completamente privo di una cogente disciplina comune. Questa fatica di fondare a livello normativo una consistente identità cooperativa favorisce, del resto, l'utilizzo distorto dello schema cooperativistico.

I dubbi e le incertezze giuridiche in ordine all'essenza del fenomeno cooperativo non vengono, peraltro, fugati né dalla «miniriforma» del 1971 (legge n. 127/1971), né dalla legge n. 59/1992, che fissano alcuni principi importanti quali il divieto di trasformazione delle società cooperative in società ordinarie (art. 14, legge n. 127/1971) ovvero introducono la figura del socio sovventore e prevedono la costituzione dei fondi mutualistici per la promozione e lo sviluppo della cooperazione (rispettivamente artt. 4 e 11 della legge n. 59/1992). Si tratta, però, sempre di misure puntuali, che riguardano solo aspetti specifici e lasciano immutato l'incerto quadro generale.

Può, quindi, essere integralmente sottoscritta l'affermazione di quella dottrina che, a metà degli anni novanta, osservava come la «vicenda della cooperativa è segnata, come quella di pochi altri istituti del nostro ordinamento, dal tentativo mai compiutamente risolto di pervenire a una identificazione univoca della sua identità» (65). Tale constatazione può essere validamente estesa all'intero fenomeno della cooperazione che fatica a trovare una sua unitarietà a livello sia di ricostruzione e valutazione storica, sia di diritto costituzionale, sia, appunto, di disciplina societaria e tributaria.

La perdurante assenza di un quadro normativo unitario fa, tuttavia, avvertire il venir meno di «spazi ulteriori per interventi parziali» e fa ritenere sempre più ineludibile, a partire già dalla metà degli anni settanta, «l'auspicata e più volte ritenuta necessaria riforma generale degli enti cooperativi» (66). I numerosi progetti (67) in tal senso, tuttavia, naufragano a causa della mancanza di accordo sui consueti e molteplici nodi irrisolti della cooperazione, tra i quali basti ricordare, tra i tanti, quel-

(65) S. M. Cesqui, *La funzione sociale...*, *op. cit.*, p. 1153.

(66) Entrambe le citazioni da M. Napoli, *Promozione dell'occupazione...*, *op. cit.*, p. 123, che in merito alla agognata riforma osserva ancora che «sarebbe deleterio, [...], che [...] fossero adottate soluzioni ispirate a una visione mitica della cooperazione, una visione, cioè, che non tenga conto della linea di tendenza in base alla quale spetta alla cooperazione rappresentare sempre di più il terzo settore dell'economia, quello delle imprese autogestite o, se si vuole, a proprietà socializzata (in aggiunta a quelle private e pubbliche)».

(67) Cfr. A. Bassi, *Principi generali della riforma delle società cooperative*, Milano, 2004, pp. 1-4.

li della mutualità e dei suoi confini, dei rapporti con i non soci (68), della distribuzione delle agevolazioni previste dalla legge, della competenza a esercitare la vigilanza.

Si confrontano, in sostanza, due orientamenti: quello di chi sostiene che la disciplina delle cooperative vada essenzialmente modulata su quella delle altre società di capitali – essendo venute meno le ragioni che giustificavano precedentemente una legislazione differenziata e di favore ed essendosi abnormemente ampliato il fenomeno della falsa cooperazione – e quello di chi ribadisce i caratteri peculiari della cooperazione e rivendica, anche nel nuovo quadro normativo, una disciplina speciale per la società cooperativa. Questo secondo indirizzo – nel rilevare che la crescita della falsa cooperazione è dovuta proprio alla poca chiarezza del Diritto cooperativo e alla sua incapacità di definire e imporre genuini criteri di gestione mutualistica – richiede, anzi, una normativa codicistica finalmente in grado di far emergere i tratti distintivi della cooperazione e introdurre anche nel nostro ordinamento i principi rochdaliani.

La riforma, quindi, si realizza – e non senza contrasti particolarmente consistenti – solo all’inizio del nuovo secolo, dapprima con i controversi principi di delega contenuti nella legge n. 366/2001, poi con la nuova e compiuta disciplina «Delle società cooperative e delle mutue assicuratrici», prevista dal d.lgs. n. 6/2003. È opportuno, altresì, ricordare che si tratta di interventi legislativi successivi all’entrata in vigore della legge n. 142/2001 recante la «Revisione della legislazione in materia cooperativistica, con particolare riferimento alla posizione del socio lavoratore». A questo proposito, è necessario individuare gli aspetti salienti della rinnovata disciplina societaria delle cooperative, per poi approfondire alcuni specifici aspetti che risulteranno di particolare importanza per l’intreccio con la normativa sul socio lavoratore.

5. — Segue: *La riforma del Diritto societario di cui alla legge n. 366/2001 e al d.lgs. n. 6/2003: due scelte divergenti e il ritorno alla centralità della disciplina codicistica* — L’art. 5 (rubricato, appunto,

(68) A. Bassi, *Delle imprese cooperative...*, *op. cit.*, p. 36, ricorda che «il problema dei rapporti tra cooperative e terzi, e quindi quello dei rapporti tra cooperative e mercato non è dunque solamente una questione moderna collegata a una supposta degenerazione del fenomeno per imitazione dei modelli capitalistici, ma ha origini lontane e radici profonde».

«Società cooperative») della legge 3 ottobre 2001, n. 366 – contenente la più ampia «Delega al governo per la riforma del Diritto societario» –, ha suscitato un dibattito molto aspro e acceso (69), poiché – già dalla semplice lettura di tale disposizione – emerge la volontà di introdurre una vera e propria bipartizione tra cooperative costituzionalmente riconosciute e cooperative «diverse» da quelle costituzionalmente riconosciute. In estrema sintesi, la legge delega riserva il riconoscimento costituzionale alla sola cooperazione rivolta alla gestione di servizio, vale a dire a quella che svolge la propria attività prevalentemente in favore dei soci o che comunque si avvale, nello svolgimento della propria attività, prevalentemente delle prestazioni lavorative dei soci. Per le cooperative «diverse» da questo modello costituzionalmente riconosciuto si applicano, in quanto compatibili, le norme dettate per le società per azioni, e per esse si deve prevedere la possibilità di trasformarsi, con procedimenti semplificati, in società lucrative.

Il d.lgs. n. 6/2003 – attuativo della delega di cui alla legge n. 366/2001 e recante la «Riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative» – ha fatto, tuttavia, registrare una consistente inversione di tendenza rispetto alla concezione rigidamente dualista della cooperazione prevista nella legge di delega.

Di tale sostanziale mutamento di rotta si trova traccia anche nella Relazione che accompagna lo schema di decreto legislativo (70), in cui si afferma che «l'art. 5 della delega, nonostante le apparenze, è dunque ispirato a una visione fondamentalmente unitaria del fenomeno», aggiungendo poi che «la funzione sociale (realizzata attraverso lo strumento della mutualità) è un requisito dell'intero fenomeno, e ciò vale con riferimento alla distinzione – [...] – tra cooperazione

(69) Cfr. F. Alleva, *La riforma del Diritto cooperativo italiano*, in *Contratto e impresa*, 2003, p. 245. Per rilievi critici sull'art. 5 della legge n. 366/2001 vedi R. Costi, *Il governo delle società cooperative: alcune annotazioni esegetiche*, in *Giur. comm.*, 2003, I, p. 233; A. Bassi, *Principi generali...*, *op. cit.*, pp. 4-6, secondo il quale la legge delega contiene molte incertezze e contraddizioni; G. Presti, *Cooperative e modellismo giuridico*, in Aa.Vv., *Gli Statuti delle imprese cooperative dopo la riforma del Diritto societario*, Atti del convegno organizzato dall'Associazione Disiano Preite, Bologna, 7 febbraio 2003, www.associazionepreite.it, pp. 4-5 del dattiloscritto.

(70) *Relazione allo schema di decreto legislativo recante: «Riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della l. 3 ottobre 2001, n. 366»*, pubblicata in *Giur. comm.*, Supplemento al n. 4/2003, pp. 65 ss., e, per quanto riguarda le norme in materia di società cooperative, pp. 103-115.

costituzionalmente riconosciuta e cooperazione diversa dalla costituzionalmente riconosciuta» (71). Su quest'ultimo punto – osserva ancora la suddetta Relazione di accompagnamento – «si è posta innanzi tutto la questione se la riforma debba riproporre fedelmente la definizione usata dalla legge delega, che appare per molti versi opinabile, oppure se, nel rispetto delle previsioni sostanziali della legge stessa, sia possibile individuare la cooperazione costituzionalmente riconosciuta con altri termini più adeguati e omogenei con il lessico del codice civile vigente. A tale proposito si è ritenuto che l'espressione della legge delega “cooperative costituzionalmente riconosciute” potesse essere tradotta in altra equivalente e più compatibile con lo stile espressivo classico del codice civile: quella di “cooperative a mutualità prevalente”» (72). La Relazione di accompagnamento prosegue, quindi, sostenendo come «anche le cooperative diverse appartengano al *genus* della cooperazione; e che quindi la alternativa non sia tra cooperative riconosciute e non cooperative; ma tra due sottocategorie di imprese mutualistiche ascrivibili allo stesso genere». In ultima istanza – conclude la Relazione – «anche le cooperative “diverse” posseggono funzione sociale», il che sembra valere, in definitiva, a farle rientrare a loro volta nella previsione di cui all'art. 45 Cost. (73).

Ne consegue che le cooperative «diverse» debbono possedere i requisiti strutturali e funzionali caratteristici del fenomeno (74), salve le limitate eccezioni previste dalla legge, e possono fruire delle agevolazioni e

(71) Cfr. A. Bassi, *Principi generali...*, op. cit., pp. 65-68.

(72) Condivide tale scelta V. Buonocore, *Commento breve al decreto legislativo 17 gennaio 2003 n. 6, recante la «Riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative»*, in *Giur. comm.*, Supplemento al n. 4/2003, pp. 44-45.

(73) Cfr. G. Bonfante, *La nuova disciplina delle cooperative*, in *Riv. coop.*, n. 3/2002, pp. 19 ss.; V. Buonocore, *La società cooperativa riformata...*, op. cit., p. 518; A. Bassi, *Principi generali...*, op. cit., pp. 34-35; D. Vedani, *Le cooperative di lavoro*, Milano, 2004, pp. 4-5.

(74) Cfr., in proposito, il decreto 23 giugno 2004 del Ministero delle attività produttive, che prevede l'«Istituzione dell'Albo delle società cooperative, in attuazione dell'art. 9 del decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 6, e dell'art. 23-*sexiesdecies* delle norme di attuazione e transitorie del codice civile». Tale decreto, a conferma dell'inquadramento sostanzialmente unitario delle società cooperative operato nell'ambito della riforma del Diritto societario, prevede un unico albo, articolato in due sezioni: la prima, nella quale debbono iscriversi le cooperative a mutualità prevalente, e la seconda, nella quale debbono invece iscriversi le società cooperative diverse da quelle a mutualità prevalente.

degli incentivi (diversi da quelli di natura tributaria) che l'ordinamento concede alle cooperative in genere (75).

In ultima istanza, la distinzione tra cooperative «a mutualità prevalente» e cooperative «diverse» sembra consistere prevalentemente nel godimento, consentito solo alle prime (76), delle agevolazioni di carattere tributario (77).

È stata, quindi, accolta la tesi dottrinale in base alla quale non vi è una rigida distinzione tra cooperazione e non cooperazione, ovvero tra cooperazione conforme e cooperazione non conforme a Costituzione, ma semmai – all'interno della cooperazione avente funzione sociale (78) e con l'ovvia esclusione della falsa cooperazione, che utilizza in modo fraudolento lo schema cooperativistico per perseguire il mero scopo di lucro o comunque fini non mutualistici – vi sono vari livelli di mutualità, e quindi di meritevolezza sociale, cui il trattamento legislativo dovrebbe adeguarsi (79).

(75) La Relazione di accompagnamento, in proposito, afferma: «Vale la pena di ripetere [...] che il fatto che la legge delega abbia menzionato espressamente solo i benefici tributari per le cooperative riconosciute non può non significare che tutti gli altri benefici di indole diversa sparsi disordinatamente nel nostro ordinamento continueranno ad applicarsi a tutte le cooperative, anche a quelle diverse dalle riconosciute».

(76) L'art. 223-*duodecies*, comma 6, disp. att. e trans. cod. civ., stabilisce, in attuazione della legge delega, che «Le disposizioni fiscali di carattere agevolativo previste dalle leggi speciali si applicano soltanto alle cooperative a mutualità prevalente».

(77) Con riferimento alla compatibilità del trattamento fiscale delle cooperative con le norme comunitarie sugli aiuti di Stato e alla richiesta di informazioni in merito alla Commissione europea vedi Cass., Sez. tributaria, 26 gennaio 2006, n. 3525 (ordinanza), in *Rass. trib.*, 2006, p. 932, con nota di A. Sarti, *Il regime tributario...*, *op. cit.* In tema, cfr., per un articolato quadro comparatistico, M. Pilar Alguacil Marí, *Il trattamento fiscale delle cooperative alla luce del regime europeo degli Aiuti di Stato*, in *Riv. dir. trib. int.*, 2004, pp. 51 ss.

(78) Rileva ancora la Relazione di accompagnamento che «il reale valore dell'impresa mutualistica (appunto: la sua funzione sociale) [...] va cercato sul piano dei bisogni che la cooperativa soddisfa (casa, lavoro ecc.) su quello della categoria sociale al cui servizio la cooperativa si pone; e infine anche su alcune regole strutturali (voto *pro capite*, porta aperta ecc.) estranee alla organizzazione delle società ordinarie. Pertanto, anche le cooperative diverse dalle riconosciute si prestano a realizzare i valori fondamentali della cooperazione mutualistica».

(79) A. Bassi, *Delle imprese cooperative...*, *op. cit.*, pp. 116-117. Questo Autore è stato, del resto, il Presidente della sottocommissione incaricata di formulare le proposte in tema di società cooperative. Cfr. anche la Relazione di accompagnamento ove si afferma «il permanere anche nella legge delega di una concezione sostanzialmente unitaria della cooperazione, con diversificazioni interne al fenomeno in termini di maggiore o minore meritevolezza, ma mai di inclusione o espulsione dalla fattispecie».

In termini generali, v'è infine da segnalare che parte della dottrina ritiene che la duplicazione tipologica della cooperazione sia una particolarità tutta italiana di cui «non vi è assolutamente traccia [...] nello Statuto della Sce» (80) ovvero della Società cooperativa europea (81).

Passando alla disamina dell'articolato della riforma, v'è, innanzi tutto, da rilevare la definizione generale di società cooperativa individuata come «società a capitale variabile con scopo mutualistico» (art. 2511 cod. civ.). Si rinuncia, quindi, ancora una volta – e si tratta di una scelta volontaria e ponderata (82) – a dare una definizione di scopo mutualistico (83), laddove invece l'art. 1, comma 3, del Regolamento comunitario relativo allo Statuto della Sce espressamente prevede che «La Sce ha per oggetto principale il soddisfacimento dei bisogni e-o la promozione delle attività economiche e sociali dei propri soci, in particolare mediante la conclusione di accordi con questi ultimi per la fornitura di beni o di servizi o l'esecuzione di lavori nell'ambito dell'attività che la Sce esercita o fa esercitare».

Gli articoli 2512, 2513 e 2514 cod. civ. disciplinano, invece, le cooperative a mutualità prevalente definite come quelle che, in ragione del tipo di scambio mutualistico: «1) svolgono la loro attività prevalentemente in favore dei soci, consumatori o utenti di beni o servizi; 2) si avvalgono prevalentemente, nello svolgimento della loro attività, delle prestazioni lavorative dei soci; 3) si avvalgono prevalentemente, nello svolgimento della loro attività, degli apporti di beni o servizi da parte dei soci» (art. 2512, comma 1, cod. civ.). Non quindi una mutualità pura, ma solo una gestione di servizio prevalente, anche al fine di non scoraggiare la crescita dimensionale delle imprese mutualistiche e non «introdurre nella riforma tendenze palesemente e immotivatamente recessive» (84).

(80) Così F. Alleva, *La riforma...*, *op. cit.*, p. 261.

(81) Vedi il Regolamento (Ce) n. 1435/2003 del Consiglio del 22 luglio 2003, relativo appunto allo Statuto della Società cooperativa europea (Sce).

(82) Vedi, in proposito, A. Bassi, *Principi generali...*, *op. cit.*, p. 27, e, più ampiamente, pp. 31-35.

(83) Cfr. G. Presti, *Cooperative...*, *op. cit.*, p. 2 del dattiloscritto, secondo il quale resta l'incognita dell'*ubi consistam* della cooperativa; G. Bonfante, *La nuova disciplina...*, *op. cit.*, pp. 19 ss., che critica la scelta del legislatore di perpetuare l'agnosticismo definitorio del codice civile del 1942; L. F. Paolucci, *La mutualità dopo la riforma*, in *Società*, 2003, pp. 398-200, ove una puntuale e sintetica ricostruzione delle posizioni dottrinali in tema di scopo mutualistico.

(84) Così ancora la Relazione di accompagnamento nelle osservazioni relative all'art. 2513 cod. civ. Per rilievi critici sul punto vedi G. Bonfante, *La nuova disciplina...*,

È evidente, anche in tale scelta, il richiamo alla tesi – emersa in dottrina nell'interpretazione della normativa previgente – appunto della mutualità prevalente (85) e l'eco della distinzione – proposta negli anni settanta dalla medesima autorevole voce dottrinale – tra «i due grossi filoni della mutualità» (86): le cooperative di consumo e le cooperative di produzione e lavoro. Infatti, il criterio della prevalenza dei rapporti con i soci, pur facendo riferimento alla medesima soglia quantitativa del cinquanta per cento, è differente per quanto riguarda, da un lato, le cooperative di consumo (art. 2513, comma 1, lett. *a*, cod. civ.), dall'altro, le cooperative di produzione e lavoro (art. 2513, comma 1, lett. *b*, cod. civ.) (87) e, dall'altro ancora le cooperative di servizi (art. 2513, comma 1, lett. *c*, cod. civ.).

op. cit., pp. 19 ss., il quale osserva come i criteri «quantitativi» di accertamento della prevalenza si adattino solo alle società cooperative minori e finiscano, invece, per penalizzare la grande cooperazione, spesso impossibilitata a rispettare la regola della prevalenza come stabilita dalla riforma, ma non per questo meno mutualistica, considerata la sua storica propensione alla «mutualità esterna».

(85) A. Bassi, *Delle imprese cooperative...*, *op. cit.*, pp. 43-48, nonché, con specifico riferimento all'opzione prescelta nella riforma, Idem, *Principi generali...*, *op. cit.*, pp. 27-29.

(86) Ancora A. Bassi, *Cooperazione e mutualità...*, *op. cit.*, p. 1, per la citazione, e pp. 15-27, per la *summa divisio* tra cooperative di consumo e cooperative di produzione e lavoro, al cui filone vengono sostanzialmente ricondotte anche le cooperative di servizi.

(87) L'art. 25 del d.lgs. n. 310/2004, recante «Integrazioni e correzioni alla disciplina del Diritto societario e al Testo Unico in materia bancaria e creditizia», ha modificato l'art. 2513, comma 1, lett. *b*, cod. civ., inserendovi le parole «comutate le altre forme di lavoro inerenti lo scopo mutualistico». Secondo il testo attualmente in vigore, la condizione di prevalenza nelle cooperative di produzione e lavoro si registra, pertanto, nel caso in cui «il costo del lavoro dei soci è superiore al cinquanta per cento del totale del costo del lavoro di cui all'articolo 2425, comma 1, punto B9, comutate le altre forme di lavoro inerenti lo scopo mutualistico». Come precisa la Relazione governativa al d.lgs. n. 310/2004 (in *Gdir. «Il sole 24 Ore»*, n. 3/2005, pp. 41-45), viene prevista l'estensione del «riferimento al solo lavoro subordinato contenuto nel rinvio alla lettera B9 dell'articolo 2425, comma 1, del codice a tutte le altre forme di lavoro previste dalla vigente legislazione, a condizione che abbiano un collegamento con l'attuazione del rapporto mutualistico». Del resto – come meglio si rileverà nei paragrafi dedicati alla disciplina del socio lavoratore – l'art. 1, comma 3, della legge n. 142/2001 prevede che il socio lavoratore possa stipulare con la cooperativa un rapporto di lavoro «in forma subordinata o autonoma o in qualsiasi altra forma, ivi compresi i rapporti di collaborazione coordinata non occasionale, con cui contribuisce comunque al raggiungimento degli scopi sociali». Sui requisiti per la configurazione della mutualità prevalente nelle cooperative di lavoro, specificamente, D. Vedani, *La mutualità prevalente nelle cooperative di lavoro*, in *Dir. prat. lav.*, n. 13/2006, pp. 693-700.

Le cooperative a mutualità prevalente devono poi prevedere nei propri statuti le seguenti clausole di non lucratività: «a) il divieto di distribuire i dividendi in misura superiore all'interesse massimo dei buoni postali fruttiferi, aumentato di due punti e mezzo rispetto al capitale effettivamente versato; b) il divieto di remunerare gli strumenti finanziari offerti in sottoscrizione ai soci cooperatori in misura superiore a due punti rispetto al limite massimo previsto per i dividendi; c) il divieto di distribuire le riserve fra i soci cooperatori; d) l'obbligo di devoluzione, in caso di scioglimento della società, dell'intero patrimonio sociale, dedotto soltanto il capitale sociale e i dividendi eventualmente maturati, ai fondi mutualistici per la promozione e lo sviluppo della cooperazione» (art. 2514 cod. civ.). Pur con qualche lieve modifica, si inseriscono in sostanza nella disciplina codicistica i requisiti mutualistici già previsti dall'art. 26 della «legge Basevi», cui è stato aggiunto l'ulteriore limite alla remunerazione degli strumenti finanziari offerti in sottoscrizione ai soci cooperatori.

Viene esplicitamente previsto – e si tratta di norma applicabile a tutte le cooperative – anche il «principio di parità di trattamento» nella costituzione ed esecuzione dei rapporti mutualistici (art. 2516 cod. civ.). La Relazione che accompagna lo schema di decreto legislativo afferma che tale principio, posto a tutela del corretto svolgimento del rapporto mutualistico con i soci, «(inteso come rapporto contrattuale distinto da quello societario) [...] potrà avere un grande ruolo nella corretta determinazione del prezzo della prestazione mutualistica (si pensi alle cooperative di consumo in senso ampio, alle cooperative edilizie) o nella remunerazione delle prestazioni dei soci (nelle cooperative di produzione e lavoro) e potrà consentire alla giurisprudenza di sanzionare i casi di mancata attuazione della mutualità riconducibili alla violazione della regola dell'uguaglianza».

Di particolare rilievo è anche l'art. 2520, comma 2, cod. civ., in base al quale «la legge può prevedere la costituzione di cooperative destinate a procurare beni o servizi a soggetti appartenenti a particolari categorie anche di non soci». È evidente in questa norma – e ciò viene confermato dalla Relazione di accompagnamento (88) – la volontà di miti-

(88) Ove testualmente si sostiene, con riferimento all'art. 2520 cod. civ.: «Il comma 2 della norma si propone di mantenere la natura mutualistica e il connesso trattamento alle cooperative previste da leggi speciali che formalmente non operino con i propri soci destinando i propri servizi a soggetti appartenenti a categorie sociali svantaggiate o meritevoli di protezione. La legge-delega, infatti, ancorando la mutualità

gare il riferimento alla gestione di servizio quale indice rivelatore della mutualità, per aprire spazi significativi alla «mutualità esterna», in cui i destinatari dell'attività non sono soci, ma nonostante ciò la cooperazione persegue una rilevante funzione sociale.

Nel disciplinare la costituzione della società, l'art. 2521 cod. civ. stabilisce che l'atto costitutivo definisca le regole per l'esercizio dell'attività mutualistica, possa prevedere che la società svolga la propria attività anche con terzi (89) e debba indicare pure le condizioni per l'eventuale recesso o per la esclusione dei soci e le regole per la ripartizione degli utili e i criteri per la ripartizione dei ristorni. Inoltre, il comma 5 del medesimo articolo, intendendo dare specifico rilievo all'autonomia statutaria, prevede che «I rapporti tra la società e i soci possono essere disciplinati da regolamenti che determinano i criteri e le regole inerenti allo svolgimento dell'attività mutualistica tra la società e i soci. I regolamenti, quando non costituiscono parte integrante dell'atto costitutivo, sono predisposti dagli amministratori e approvati dall'assemblea con le maggioranze previste per le assemblee straordinarie» (90).

La riforma prevede, quindi, – oltre a una specifica regolamentazione per le cooperative a mutualità prevalente – una disciplina generale rivolta alle società cooperative caratterizzate dallo scopo mutualistico, consistente nella reciprocità di prestazioni tra società e soci e nel conseguui-

(prevalente o non) al rapporto con i soci, rischierebbe di espungere dall'area della mutualità, e aggiungiamo, della mutualità protetta, proprio quelle cooperative che operino a favore di soggetti che non possono assumere per varie ragioni lo *status* di partecipi al contratto di società. L'esempio più evidente è quello delle cooperative sociali che, quando non siano cooperative di lavoro, si traducono in imprese che erogano servizi di assistenza in favore di categorie sociali svantaggiate. Queste sono cooperative dotate, più delle altre, del requisito della «funzione sociale» molto caro alla legge delega, anche se in esse a prima vista non sembra ricorrere la cd. gestione di servizio a favore dei soci». Vedi, al riguardo, l'art. 111-*septies* disp. att. e trans, cod. civ., ove si stabilisce che «Le cooperative sociali che rispettino le norme di cui alla legge 8 novembre 1991, n. 381, sono considerate, indipendentemente dai requisiti di cui all'articolo 2513 del codice, cooperative a mutualità prevalente».

(89) Cfr., in proposito, anche l'art. 1, comma 4, del Regolamento Ce n. 1435/2003 relativo allo Statuto della Sce: «Salvo disposizioni contrarie dello Statuto, la Sce non può ammettere terzi non soci a beneficiare delle proprie attività o a partecipare alla realizzazione delle proprie operazioni».

(90) La Relazione di accompagnamento, nelle osservazioni all'art. 2521 cod. civ., richiama esplicitamente la legge n. 142/2001, ricordando «la previsione dei regolamenti interni (istituto già apparso nella legge sul socio cooperatore) come estensione-appendice dello Statuto o come documento sociale autonomo, con una sufficiente disciplina di base sia per quanto riguarda il loro contenuto che la loro introduzione».

mento, attraverso lo scambio mutualistico, di un vantaggio mutualistico (91). Il vantaggio mutualistico si concretizza nei ristorni (92), consistenti nella restituzione almeno parziale ai soci del plusvalore creato dalla società cooperativa sotto forma di un risparmio di spesa (nel caso delle cooperative di consumo ovvero di credito) o di un aumento della retribuzione (nel caso delle cooperative di lavoro) e commisurati ai rapporti intrattenuti dai soci stessi con la cooperativa. L'art. 2545-*sexies* cod. civ. – precisando la disposizione di cui all'art. 2521 cod. civ. – stabilisce, in particolare, che l'atto costitutivo determini i criteri di ripartizione dei ristorni ai soci proporzionalmente alla quantità e qualità degli scambi mutualistici (93) e che le cooperative debbano riportare separatamente nel bilancio i dati relativi all'attività svolta con i soci, distinguendo eventualmente le diverse gestioni mutualistiche. Si realizza in questo modo un principio cardine della mutualità (o, come afferma la Relazione di accompagnamento, un «nobile e tradizionale strumento di attuazione della mutualità»), vale a dire la remunerazione del rapporto mutualistico dei soci, sostanzialmente differente dalla distribuzione di utili, volta invece a remunerare il capitale da essi conferito. È bene rilevare, però, che la legge non prevede un diritto soggettivo dei soci ai ristorni, ma rinvia ai criteri fissati dall'atto costitutivo (94). Di particolare interesse, infine, l'osservazione che in precedenza i ristorni non erano menzionati nella disciplina codicistica ed erano presi in considerazione solo da poche leggi speciali.

(91) Sul punto V. Buonocore, *Commento breve...*, *op. cit.*, pp. 45-46. In giurisprudenza, vedi recentemente Cass. 7 giugno 2006, n. 13269, in *Mass. Giust. civ.*, 2006, fasc. 6; Cass. 7 giugno 2006, n. 13271, in *Gdir. «Il sole 24 Ore»*, n. 28/2006, pp. 73 ss.

(92) Cfr. L. F. Paolucci, *I ristorni nelle cooperative*, in *Società*, 2000, p. 47; A. Rossi, *Mutualità e ristorni nella nuova disciplina delle cooperative*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, II, pp. 759 ss.

(93) Cfr., in proposito, l'art. 66 del Regolamento Ce n. 1435/2003 relativo allo Statuto della Sce: «Lo Statuto può prevedere il versamento di un ristorno a favore dei soci proporzionale alle operazioni da questi compiute con la Sce o al lavoro da questi a essa prestato».

(94) Precisa, infatti, la Relazione di accompagnamento, con riferimento all'art. 2545-*sexies* cod. civ.: «Si è scelta una versione sintetica della norma, con un rinvio a disciplina statutaria e con la esclusione di previsioni di legge che configurassero il ristorno come una pretesa assoluta o un diritto soggettivo dei cooperatori. Invero, un ipotetico diritto a condizioni di favore (risparmio di spesa o aumento di retribuzione) potrebbe porsi in contrasto con la protezione dell'interesse sociale e potrebbe indurre i soci a porsi in posizione di alterità. Per una corretta attuazione della politica del ristorno è stato previsto un minimo di distinzione contabile tra dati relativi alla attività con i

Lo scambio mutualistico, che permette ai soci di conseguire il vantaggio mutualistico, si realizza, alla luce della nuova disciplina, attraverso due rapporti: al rapporto associativo, conferimento contro qualità di socio, si affianca un rapporto contrattuale, di volta in volta posto in essere dai soci per conseguire i beni e i servizi offerti dalla società (contratti di compravendita o contratti di lavoro). La duplicità di rapporti viene ora esplicitamente prevista dalla disciplina codicistica (95), mentre in precedenza tale ricostruzione era stata proposta solamente in via interpretativa, sia pur da dottrina particolarmente autorevole (96) e dalla giurisprudenza più recente. Particolari difficoltà incontrava, però, il riconoscimento della coesistenza di un rapporto sociale e di un rapporto di scambio nelle cooperative di produzione e lavoro (97). Tuttavia – come rileveremo nei paragrafi successivi – tra i rapporti mutualistici vanno ora annoverati i rapporti di lavoro, dal momento che anche l'art. 1, comma 1, della legge n. 142/2001 afferma esplicitamente che la medesima legge si applica alle cooperative nelle quali il rapporto mutualistico abbia a oggetto la prestazione di attività lavorativa da parte del socio, sulla base di previsioni di regolamento che definiscono l'organizzazione del lavoro dei soci.

Alla disciplina dei ristorni e dei rapporti mutualistici si affiancano poi una serie di norme volte a garantire la partecipazione dei soci alla cooperativa, come pure il perseguimento dello scopo mutualistico attraverso un'organizzazione sociale effettivamente democratica.

L'art. 2527 cod. civ. dispone che «L'atto costitutivo stabilisce i requisiti per l'ammissione dei nuovi soci e la relativa procedura, secondo

soci e dati afferenti alla attività con i terzi. Infine è stata consentita la corresponsione di ristorni mediante aumento di capitale o attribuzione di strumenti finanziari».

(95) La Relazione di accompagnamento, nelle osservazioni all'art. 2516 cod. civ. in tema di rapporti con i soci, afferma che tale norma va collegata all'art. 2521 cod. civ., «che prevede la necessità di una disciplina statutaria o regolamentare del rapporto mutualistico con i soci (inteso come rapporto contrattuale distinto da quello societario)».

(96) Vedi, in particolare, F. Galgano, *Mutualità e scambio nelle società cooperative*, in *Rass. dir. civ.*, 1985, pp. 1051-1055; con specifico riferimento al lavoro cooperativo e alla sussistenza di una duplicità di rapporti (uno societario e l'altro di scambio), M. Franzoni, *Mutualità e scambio nella società cooperativa*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, p. 836, e pp. 843-848.

(97) Vedi più ampiamente *infra* i paragrafi dedicati alla disciplina del socio lavoratore. Cfr., per quanto riguarda l'angolo visuale dei giuscommercialisti (e per articolate rassegne di dottrina e giurisprudenza), M. Franzoni, *Mutualità e scambio...*, *op. cit.*, pp. 832-843; G. Bonfante, *Delle imprese cooperative...*, *op. cit.*, p. 98, e, più ampiamente, pp. 109-125; A. Bassi, *Delle imprese cooperative...*, *op. cit.*, pp. 96-102.

criteri non discriminatori coerenti con lo scopo mutualistico e l'attività economica svolta». L'art. 2528 cod. civ. (significativamente rubricato «Procedura di ammissione e carattere aperto della società») rafforza poi esplicitamente nel nostro ordinamento il principio rochdaliano della «porta aperta» e stabilisce che «L'ammissione di un nuovo socio è fatta con deliberazione degli amministratori su domanda dell'interessato», precisando poi ai commi 3 e 4 che «Il consiglio di amministrazione deve entro sessanta giorni motivare la deliberazione di rigetto della domanda di ammissione e comunicarla agli interessati. Qualora la domanda di ammissione non sia accolta dagli amministratori, chi l'ha proposta può entro sessanta giorni dalla comunicazione del diniego chiedere che sull'istanza si pronunci l'assemblea, la quale delibera sulle domande non accolte, se non appositamente convocata, in occasione della sua prossima successiva convocazione». L'art. 2538 cod. civ. riafferma sostanzialmente la centralità del voto *pro capite*, pur con la previsione di qualche limitata e circoscritta eccezione, mentre l'art. 2540 cod. civ. rafforza il ruolo delle assemblee separate, il cui svolgimento è obbligatoriamente previsto in alcuni casi (98). Inoltre, l'art. 2542, comma 2, cod. civ. stabilisce che la maggioranza degli amministratori è scelta tra i soci cooperatori.

Il d.lgs. n. 6/2003 ha, peraltro, previsto anche la nuova disciplina dell'esclusione del socio. Infatti, il novellato art. 2533 cod. civ. – che ha sostituito il previgente art. 2527 cod. civ. – elenca analiticamente le cause di esclusione del socio, richiamando tra l'altro i casi previsti dall'atto costitutivo e le gravi inadempienze delle obbligazioni che derivano dalla legge, dal contratto sociale, dal regolamento o dal rapporto mutualistico e specificando, nell'ultimo comma, che «Qualora l'atto costitutivo non preveda diversamente, lo scioglimento del rapporto sociale determina anche la risoluzione dei rapporti mutualistici pendenti». Il socio può proporre, contro la deliberazione di esclusione, opposizione nel termine di sessanta giorni dalla comunicazione (art. 2533, comma 3, cod. civ.). In tale articolo, da un lato, si è stabilito «di collegare l'esclusione anche all'inadempimento delle obbligazioni derivanti dai rapporti mutualistici» e, dall'altro, «è stato previsto che, dal momento che l'esclusione sancisce la rottura di un rapporto di collaborazione e di fiducia reci-

(98) L'art. 2540, comma 2, cod. civ. stabilisce, infatti, che «Lo svolgimento di assemblee separate deve essere previsto quando la società cooperativa ha più di tremila soci e svolge la propria attività in più Province ovvero se ha più di cinquecento soci e si realizzano più gestioni mutualistiche».

proca salva diversa disposizione statutaria, l'esclusione determini anche la risoluzione dei rapporti mutualistici in corso» (così, testualmente, ancora la Relazione che accompagna lo schema di decreto legislativo). In linea generale, vi è quindi un collegamento genetico e funzionale di tipo unidirezionale tra rapporto di società e rapporto mutualistico (99).

Sulla vigilanza, elemento di fondamentale importanza nella storia legislativa italiana in tema di cooperazione, vi è un esplicito rinvio alle leggi speciali (art. 2545-*quaterdecies* cod. civ.), secondo l'impostazione già fatta propria dal codice civile del 1942. A questo proposito, la Relazione di accompagnamento richiama chiaramente proprio la legge n. 142/2001 e segnatamente la delega legislativa di cui all'art. 7 («Vigilanza in materia di cooperazione»), attuata con il d.lgs. n. 220/2002, recante appunto norme in materia di riordino della vigilanza sugli enti cooperativi (100). La vigilanza, nelle intenzioni del legislatore (101), si estende peraltro a tutte le cooperative, «a mutualità prevalente» e «diverse», dal momento che entrambe rivestono funzione sociale e godono di uno Statuto (più o meno) privilegiato.

Di particolare rilievo, inoltre, l'attuazione piuttosto cauta ed equilibrata della criticata disposizione della legge-delega che prevedeva la trasformabilità delle società cooperative «diverse» in società lucrative attraverso procedure semplificate (art. 5, comma 2, lett. *f*, della legge n. 366/2001). L'art. 2545-*decies* cod. civ. stabilisce, infatti, che «Le società cooperative diverse da quelle a mutualità prevalente possono deliberare, con il voto favorevole di almeno la metà dei soci della cooperativa, la trasformazione in una società del tipo previsto dal Titolo V, Capi II, III, IV, V, VI e VII, o in consorzio. Quando i soci sono meno di cinquanta, la

(99) Vedi, in particolare, A. Bassi, *Principi generali...*, op. cit., pp. 52-55.

(100) Sul punto, la Relazione di accompagnamento rileva: «Il coordinamento con la delega di cui all'art. 7, legge 3 aprile 2001, n. 142, comporta che la riforma generale delle cooperative debba continuare a prevedere la cd. "gestione commissariale", la liquidazione coatta amministrativa (e, se diverso da questa, lo scioglimento per atto dell'autorità) e l'istituto della sostituzione dei liquidatori, mentre, in attuazione della delega contenuta nella legge n. 142/2001, sono stati disciplinati le specificità e i dettagli procedurali della vigilanza».

(101) Ancora la Relazione di accompagnamento afferma: «se è vero che tutte le cooperative sono destinatarie di un trattamento privilegiato (non disparitario costituzionalmente perché mirato a incentivare e premiare imprese con un valore in più di quelle ordinarie, quello della funzione sociale), tutte le cooperative, e non solo quelle riconosciute, dovranno essere sottoposte a quel tipo di vigilanza che mira a verificare che i soggetti destinatari dello Statuto privilegiato posseggano e mantengano nel tempo i requisiti e i presupposti dai quali la legge fa discendere il trattamento privilegiato».

deliberazione deve essere approvata con il voto favorevole dei due terzi di essi. Quando i soci sono più di diecimila, l'atto costitutivo può prevedere che la trasformazione sia deliberata con il voto favorevole dei due terzi dei votanti se all'assemblea sono presenti, personalmente o per delega, almeno il venti per cento dei soci. All'esito della trasformazione gli strumenti finanziari con diritto di voto sono convertiti in partecipazioni ordinarie, conservando gli eventuali privilegi». Si è previsto, quindi, che la società risultante dalla trasformazione possa essere una qualsiasi società lucrativa e si sono stabilite «maggioranze semplificate, ma pur sempre tali da richiamare l'attenzione sull'importanza della deliberazione da adottare» (102). Il successivo art. 2545-*undecies*, comma 1, cod. civ. dispone, inoltre, che «La deliberazione di trasformazione devolve il valore effettivo del patrimonio, dedotti il capitale versato e rivalutato e i dividendi non ancora distribuiti, eventualmente aumentato fino a concorrenza dell'ammontare minimo del capitale della nuova società, esistenti alla data di trasformazione, ai fondi mutualistici per la promozione e lo sviluppo della cooperazione» (103). «Si è ritenuto che la legge delega» – afferma testualmente la Relazione di accompagnamento – «non possa non presupporre che la trasformazione anche se riguardi cooperative non riconosciute resti pur sempre "eterogenea"; e che pertanto la previsione di forme semplificate non equivale a una scelta di politica legislativa tendente addirittura a incoraggiare la scelta della trasformazione in società lucrative. In tal senso si è a lungo discusso se tra le misure previste per la trasformazione la legge delega non preveda anche un aiuto nella formazione del capitale della società risultante dalla trasformazione; e alla fine ha prevalso l'opinione contraria, anche per ragioni relative all'applicazione della normativa comunitaria sugli aiuti».

La riforma del Diritto societario di cui al d.lgs. n. 6/2003, entrato in vigore il 1° gennaio 2004, ha quindi riaffermato la «centralità del codice dopo sessanta anni di leggi speciali» (104) e codificato una serie di

(102) Così la Relazione di accompagnamento nelle osservazioni all'art. 2545-*decies* cod. civ.

(103) Cfr. l'art. 75 del Regolamento Ce n. 1435/2003 relativo allo Statuto della Sce, in base al quale «L'attivo netto è devoluto in funzione del principio di devoluzione disinteressata o, qualora ciò sia consentito dalla legislazione dello Stato membro in cui la Sce ha la sede sociale, in funzione delle disposizioni alternative previste dallo Statuto. Ai fini del presente articolo l'attivo netto è costituito dall'attivo che residua dopo il pagamento degli importi dovuti ai creditori e il rimborso dell'apporto di capitale dei soci».

(104) A. Bassi, *Principi generali...*, *op. cit.*, p. 15.

principi rilevanti per quanto riguarda l'individuazione della cooperazione genuina e volti ad affermare che il riconoscimento della funzione sociale delle cooperative dipende dal perseguimento effettivo dello scopo mutualistico, dall'assenza in esse del fine di speculazione e dalla loro organizzazione autenticamente democratica.

I principali elementi caratterizzanti della nuova disciplina della cooperazione sono: la riconosciuta distinzione tra le cooperative «a mutualità prevalente» e le cooperative «diverse», che tuttavia non pare si traduca in una bipartizione netta tra cooperative costituzionalmente tutelate e cooperative non costituzionalmente tutelate; il consistente rafforzamento del cosiddetto «principio della porta aperta»; la sostanziale conferma del voto capitarario e l'obbligatorietà, in alcuni casi, delle assemblee separate; l'introduzione nella disciplina codicistica dell'istituto del ristorno e la previsione del rapporto mutualistico con i soci, caratterizzato dalla regola della parità di trattamento; il rilievo specifico attribuito all'autonomia statutaria e ai regolamenti interni.

Un intervento legislativo, quindi, che cerca condivisibilmente di bilanciare i principi mutualistici di solidarietà e democraticità con le esigenze di competitività delle cooperative e abbandona il carattere frammentario e spesso contraddittorio proprio della legislazione speciale nei sessant'anni successivi all'emanazione del codice civile del 1942. Va, peraltro, ricordata in proposito l'autorevole opinione dottrinale – formulata da un Autore che è al contempo uno dei massimi studiosi della disciplina delle cooperative e uno degli estensori delle nuove norme, avendo partecipato ai lavori della Commissione Vietti – che ha pragmaticamente osservato: «la riforma delle cooperative è stata accolta favorevolmente [...] non tanto per la qualità, o per il rigore, del suo contenuto [...], ma più semplicemente perché ha scongiurato il pericolo di una attuazione letterale della legge di delega, che avrebbe potuto portare a risultati imprevedibili e inaccettabili, soprattutto nella parte che riguarda la distinzione tra cooperative “costituzionalmente riconosciute” e cooperative “non costituzionalmente riconosciute”. La riforma rappresenta un compromesso, un eccellente compromesso, tra le tradizionali tendenze corporative e agnostiche della legislazione italiana in tema di cooperazione e le minacciose velleità restauratrici della legge di delega. Il decreto delegato, senza perdere il collegamento con i principi e criteri direttivi della legge di delega, ha fatto molti passi indietro rispetto alle innovazioni mi-

nacciate dalla delega [...]. *La riforma delle cooperative è stata bene accolta, dunque, non per ciò che introduce, ma per ciò che evita*» (105).

La valutazione sostanzialmente positiva della riforma del Diritto societario in materia di cooperative è, in ogni caso, condivisa dalla maggior parte della dottrina (106) e porta ad affermare che almeno una parte dei nodi irrisolti della cooperazione è stata affrontata e chiarita, riconducendo il fenomeno cooperativo a un carattere omogeneo (107) e definito, segnato dal rispetto dei principi rochdaliani, e a una disciplina finalmente sufficientemente organica (108), in grado di poggiare le basi per una nuova identità cooperativa.

Si tratta ora di verificare se – anche con riguardo al lavoro in cooperativa e con particolare riferimento alla posizione del socio lavoratore – un inquadramento tendenzialmente condiviso e unitario sia stato (nella vigenza delle norme del codice civile del 1942 e delle poche disposizioni della legislazione speciale) o sia ora possibile (dopo l'entrata in vigore della legge n. 142/2001 e la suddetta riforma del Diritto societario e senza dimenticare anche il riordino della vigilanza sugli enti cooperativi di cui al d.lgs. n. 220/2002).

(105) Così, testualmente, A. Bassi, *Principi generali...*, *op. cit.*, pp. 10-11.

(106) A. Bassi, *Principi generali...*, *op. cit.*, p. 10, traccia un primo bilancio delle opinioni sulla riforma delle cooperative. Per valutazioni (più o meno) positive, pur con riferimento a diversi aspetti della riforma delle norme in materia di società cooperative, cfr. R. Costi, *Il governo delle società cooperative...*, *op. cit.*, p. 250, secondo il quale «il punto che merita probabilmente maggior apprezzamento è l'ampio spazio riconosciuto all'autonomia statutaria, ed è proprio attraverso un esercizio intelligente di questo potere che sarà possibile assicurare un buon governo delle imprese cooperative, realizzando un giusto equilibrio tra momento democratico ed esigenze efficientistiche»; V. Buonocore, *Commento breve...*, *op. cit.*, p. 43, il quale ritiene che «la parte relativa alle cooperative è la migliore dell'intero decreto legislativo, sia dal punto di vista della forma, sia dal punto di vista dei contenuti». Per un giudizio più articolato, ma comunque prevalentemente positivo: F. Alleva, *La riforma...*, *op. cit.*, pp. 300-302; G. Bonfante, *La nuova disciplina...*, *op. cit.*, pp. 19 ss.; L. F. Paolucci, *La mutualità...*, *op. cit.*, pp. 398-402.

(107) Vedi, però, per una prima frattura in questo quadro unitario, l'esclusione – prevista già dall'art. 5, comma 3, della legge n. 366/2001 – dei consorzi agrari, delle banche popolari, delle banche di credito cooperativo e degli istituti della cooperazione bancaria in genere, dall'ambito di applicazione della novellata disciplina codicistica.

(108) Specificamente sul punto: V. Buonocore, *Commento breve...*, *op. cit.*, p. 43; G. Bonfante, *La nuova disciplina...*, *op. cit.*, p. 19, secondo il quale la riforma consente di «riporre nell'armadio quel vestito d'Arlecchino che erano sinora le norme cooperative».

Antonio Riccio (*)

IL LAVORO A PROGETTO: INUTILITÀ DI UN INTERVENTO LEGISLATIVO?

SOMMARIO: 1. Un breve *excursus* della vicenda delle collaborazioni coordinate e continuative. — 2. Dalle collaborazioni coordinate e continuative al lavoro a progetto: funzione antifraudolenta della disciplina legislativa. — 3. Gli strumenti approntati dal decreto legislativo n. 276 per evitare pratiche elusive e fraudolente: le norme definitorie... — 3.1. *Segue*: ... la forma del contratto come requisito essenziale... — 3.2. *Segue*: ... il divieto di collaborazioni atipiche. — 4. Il «pentimento» del Ministro. — 5. La nuova disciplina alla prova dei fatti: requisito di forma e regime sanzionatorio... — 5.1. *Segue*: ... irrilevanza dell'orario di lavoro e progetto. — 5.2. *Segue*: ... lavoro a progetto e *call center*. — 6. Brevi conclusioni sulla legittimità costituzionale della disciplina del nuovo tipo contrattuale.

1. — *Un breve excursus della vicenda delle collaborazioni coordinate e continuative* — Come è noto, la prima volta in cui si è fatta menzione di rapporti di collaborazione coordinata e continuativa è stato nel 1959, allorché il legislatore decise di estendere anche a essi gli effetti delle norme transitorie tese a garantire minimi di trattamento. Era la legge Vigorelli, dal nome dell'allora Ministro del lavoro, e «si pensava, naturalmente, ai rapporti di agenzia e rappresentanza commerciale, i soli esistenti all'epoca» (1).

In seguito, all'apice della legislazione garantista, nel 1973, si estese il rito del lavoro oltre la subordinazione, a quei rapporti, molteplici e variegati, di collaborazione coordinata e continuativa, la cui area ormai eccedeva i confini dell'agenzia e della rappresentanza commerciale e che di lì a poco sarebbero stati unificati dalla dottrina sotto la nozione di «parasubordinazione» (2): concetto che ben (3) ha identi-

(*) Dottorando in Formazione del diritto nell'Università di Cassino.

(1) L. De Angelis, *La morte apparente delle collaborazioni coordinate e continuative*, in www.unicz.it/lavoro/lavoro.htm.

(2) Cfr. G. Santoro Passarelli, *Il lavoro «parasubordinato»*, Franco Angeli, Milano, 1979; A. M. Grieco, *Lavoro parasubordinato e Diritto del lavoro*, Jovene, Napoli, 1983.

(3) Per le critiche cui è stato sottoposto il concetto di parasubordinazione vedi però nota 6.

ficato i flebili confini che dividono questa area dalla subordinazione codicistica dell'art. 2094.

Gli elementi, contenuti nell'art. 409, n. 3, cod. proc. civ., che rendono questi rapporti per alcuni aspetti accostabili alla subordinazione, sono rappresentati dalla continuità, coordinazione e prevalente personalità dell'attività dedotta in contratto, nonché dalla collaborazione stessa (4), elemento comune alla nozione di cui all'art. 2094 cod. civ., e dalla quale pare non potersi distinguere neppure attraverso una pur proposta interpretazione (5).

Sempre con riferimento all'intervento normativo in materia processuale, vale la pena ricordare come secondo una interessante tesi dottrinale (6), elaborata attraverso una lettura comparata tra l'art. 409 e il rivisitato art. 2113, il legislatore del 1973 avrebbe, seppur indirettamente, riconosciuto dignità giuridica a quella dipendenza economica (7) che il codice civile aveva invece escluso (8) dalla definizione del tipo legale, oggettivizzando la nozione di subordinazione attraverso indici esclusivamente tecnici.

(4) Cfr. M. Napoli, *I rapporti di collaborazione coordinata e continuativa*, in Aa.Vv., *Autonomia negoziale e prestazioni di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1993, pp. 61 ss.

(5) Cfr. P. Ichino, *Subordinazione e autonomia nel Diritto del lavoro*, Milano, Giuffrè, 1989.

(6) Cfr. G. Santoro Passarelli, *Il lavoro «parasubordinato»*, cit.; Idem, *Il lavoro c.d. parasubordinato*, in *Enc. giur. Treccani*, voce *Lavoro autonomo*, vol. XVIII, pp. 7 ss. L'Autore afferma che «l'identità di tutela riconosciuta al lavoratore parasubordinato, sia pure ai limitati fini della norma in esame, non ha [però] come fondamento la subordinazione, ma [...] si spiega, si giustifica e si fonda sulla debolezza contrattuale del prestatore di lavoro parasubordinato, la quale, in virtù del combinato disposto dell'art. 2113 cod. civ. e dell'art. 409, n. 3, cod. proc. civ., acquista rilevanza giuridica *ex se* e non perché sia collegata alla subordinazione»; contra M. V. Ballestrero, *L'ambigua nozione di lavoro parasubordinato*, in *Lav. dir.*, 1987, pp. 41 ss., che riconosce come «presupposto politico [...] la soggezione economica-debolezza contrattuale dei lavoratori destinatari della prescritta inderogabilità della legge e del contratto collettivo», ma, continua, «si tratta appunto di un presupposto, e non del risultato ultimo di una disposizione che non annulla le differenze esistenti»; dello stesso avviso anche M. Pedrazzoli, *Prestazione d'opera e parasubordinazione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1984, pp. 506 ss.

(7) Vedi, però, M. T. Carinci, *Il dialogo fra Pino Santoro Passarelli e la dottrina. Dalla parasubordinazione al lavoro economicamente dipendente: la rivincita di una idea*, in *Arg. dir. lav.*, 2007, n. 4-5, pp. 906 ss., la quale precisa che il dato rilevante nella tesi commentata, come evincibile dalle stesse parole di G. Santoro Passarelli riportate alla nota prec., è la debolezza contrattuale e non quella socio-economica (p. 208).

(8) Vedi, tra gli altri, P. Ichino, *Il contratto di lavoro*, I, in A. Cicu, F. Messineo (già diretto da), L. Mengoni (continuato da), *Trattato di Diritto civile e commerciale*, Milano, Giuffrè, 2000, pp. 22 ss.; U. Romagnoli, *Il diritto del secolo. E poi?*, in *Dir. merc. lav.*, 1999.

Gli effetti di quella esclusione si sono concretizzati nel dato reale per cui «il Diritto del lavoro attribuisce la sua tutela a quanti, come certe *élites* del lavoro intellettuale, non ne sarebbero meritevoli – o, per lo meno, non lo sono con l'auto-evidenza che la tutela realisticamente presuppone – e [la nega] a chi invece ne avrebbe necessità, pur essendosi obbligato a lavorare senza vincolo di subordinazione» (9).

Ispirata da esigenze di garanzia, la legislazione del 1973 ha avuto, invero, un effetto paradossale, legittimando un fenomeno che ha costituito «il cavallo di Troia di un moto di segno opposto, di riduzione e non di espansione delle tutele offerte ai lavoratori» (10), che fino al 1995 sono rimasti privi anche di qualsiasi copertura previdenziale e assicurativa, favorendo una progressiva fuga dal lavoro subordinato (11).

L'intervento normativo della metà degli anni novanta, che ha istituito la gestione separata presso l'Inps per le collaborazioni coordinate e continuative (prendendo come riferimento la nozione fiscale introdotta dal comma 2, lettera *a*, dell'art. 49 del Tuir) (12), nell'intento di estendere uno «spicchio» di tutele (13) a questi lavoratori dell'«area grigia» del mondo del lavoro, si è rivelato ancora una volta, come è stato notato, una sorta di legittimazione all'utilizzo di queste forme lavorative atipiche, la cui «esplosione [...] si è consumata proprio a partire dal 1995, con la legge n. 335» (14).

(9) G. Ghezzi, U. Romagnoli, *Il rapporto di lavoro*, Zanichelli, Bologna, 1995, p. 27.

(10) M. Salvati, *Economia e politica: servono gli economisti del lavoro*, in *Stato e Mercato*, 2002, p. 145.

(11) Sul tema, da ultimi, cfr. S. Bologna, *È in atto una fuga dal lavoro subordinato?*, ed E. Reyneri, *Illusione e realtà del mercato del lavoro italiano*, entrambi in *Dir. lav. rel. ind.*, 2006, 3, pp. 557 ss.; A. Accornero e B. Anastasia, *Realtà e prospettive del lavoro autonomo: un po' di attenzione*, please, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2006, 4, pp. 744 ss.; M. Roccella, *Lavoro subordinato e lavoro autonomo, oggi*, in *WP Csdle «Massimo D'Antona»*, n. 65, 2008, il quale, riferendosi al fenomeno in questione, parla di «retorica della fuga dal Diritto del lavoro», p. 7.

(12) Per una analisi delle definizioni, succedutesi a vario fine, dei rapporti di collaborazione cfr. G. Ferraro, *Collaborazioni non subordinate e riflessi previdenziali*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2001, pp. 103 ss.

(13) Sulle ragioni dell'intervento normativo del 1995 si rinvia ancora a M. Salvati, *Economia e politica: servono gli economisti del lavoro*, cit., p. 145, il quale parla anche di «legislatore previdenziale [...], sempre a caccia di quattrini», che, accortosi del massiccio utilizzo di lavoro parasubordinato da parte delle imprese, decide di fare cassa istituendo un nuovo fondo obbligatorio.

(14) M. Salvati, *Economia e politica: servono gli economisti del lavoro*, cit., p. 145; M. Roccella, *Lavoro subordinato e lavoro autonomo, oggi*, cit., pp. 12-13; M. Magnani, S. Spataro, *Il lavoro a progetto*, in *WP Csdle «Massimo D'Antona»*, n. 27, 2004, p. 2.

Nonostante l'interesse mostrato dal legislatore, che se ne è occupato a più riprese sotto l'aspetto processuale, fiscale e previdenziale, elaborando nozioni anche diverse tra loro, ma accomunate tutte dalla assenza di subordinazione, le collaborazioni sono rimaste per lungo tempo un fenomeno legato alla realtà delle trasformazioni del mondo del lavoro, prive «di una disciplina speciale che ne tipizzasse legalmente il contratto e ne regolasse il rapporto» (15).

L'assenza di una disciplina legale propria (16) ha permesso un uso-abuso delle collaborazioni coordinate e continuative, per cui è diventato assai difficile distinguere tra rapporti genuinamente autonomi, non «subiti» dai collaboratori e instaurati per rispondere alle nuove esigenze delle imprese di flessibilizzazione del ciclo produttivo e di responsabilizzazione del personale, e rapporti che nessuna caratteristica avevano dell'autonomia e nascondevano veri e propri rapporti di lavoro subordinato, accettati dalla parte debole del contratto «in mancanza d'altro», a causa della ormai strutturale crisi occupazionale.

Se è vero, infatti, che alcuni dei nipoti di «Cipputi» (17) hanno gioito per le opportunità offerte dalle nuove modalità di prestazione della propria opera, molti di loro si sono ben presto accorti di essere la fotografia del proprio avo con la maschera, il più delle volte di scarsa qualità, dell'autonomia. Questa fraudolenta rappresentazione dei fatti si accompagnava a (o, meglio, era incentivata da) una quasi totale mancanza di garanzie per i collaboratori e una soddisfazione economica per gli stessi assai lontana dalle aspettative.

Il difficile compito di distinguere ciò che è autonomia da ciò che è subordinazione e di sopperire alla colpevole assenza di una definizione legale delle collaborazioni è stato affidato alla giurisprudenza, che a lungo ha coltivato una «cultura del sospetto», riconoscendo, forse anche con troppa disinvoltura, in contratti di lavoro autonomo, fraudolente simulazioni e imponendo tra le parti il contratto *standard* dissimulato (18).

(15) G. Leone, *Le collaborazioni (coordinate e continuative) a progetto*, in *q. Riv.*, 2004, 1, pp. 89-90.

(16) Cfr. M. Dell'Olio, *La subordinazione nell'esperienza italiana*, in *Arg. dir. lav.*, 1998, p. 704, che individua le ragioni che «ne hanno fatto in realtà una sorta di via di fuga o zona franca» proprio nell'«assenza di una disciplina sostanziale, e così di oggetto per gli stessi profili sostanziali».

(17) U. Romagnoli, *Il lavoro in Italia*, Il Mulino, Bologna, 1995.

(18) G. Ghezzi, U. Romagnoli, *Il rapporto di lavoro*, cit., p. 28.

L'opera di ricostruzione e qualificazione giurisprudenziale si è basata sui cosiddetti indici tipici della subordinazione (19). In particolare, a prescindere dal metodo utilizzato, tradizionale sussuntivo o tipologico (20), l'elemento della eterodirezione è stato eletto quale più rilevante e spesso unico criterio distintivo (21): scelta che si è rivelata inidonea alla luce delle nuove modalità di organizzazione del lavoro, che hanno reso meno necessario un controllo assiduo sulla prestazione, organizzata spesso in base a direttive meno specifiche e con una maggiore autonomia «tecnico-funzionale» (22) concessa al prestatore di lavoro.

Esigenze di tutela e di certezza del diritto hanno indotto la dottrina a formulare varie proposte (23) di rimodulazione delle garanzie lavoristiche per questa multiforme area, posta ai confini tra subordinazione e autonomia, in cui basta davvero poco per ritrovarsi tra la fitta foresta di tutele della prima e il deserto più arido della seconda (24).

In particolare, è stato proposto di superare la tradizionale dicotomia qualificatoria del codice civile, attraverso la creazione di una ulte-

(19) Come è noto, tra i principali indici, ulteriori (*rectius*: sussidiari) rispetto all'assoggettamento al potere organizzativo, direttivo e disciplinare, di cui ha fatto uso la giurisprudenza per distinguere tra lavoro autonomo e subordinato, possono essere annoverati la continuità della prestazione, l'incidenza del rischio dell'utilità del lavoro, il luogo della prestazione, la proprietà della materia prima e degli strumenti di lavoro, l'osservanza di un orario di lavoro e le modalità di pagamento del corrispettivo. Vedi, tra le ultime, Cass. sentenza n. 8569/2004, Cass. sentenza n. 13375/2003, Cass. sentenza n. 7740/2003, tutte disponibili su www.fmb.unimore.it/on-line/Home/IndiceA-Z/, voce *Qualificazione del rapporto*, che confermano il carattere sussidiario degli indici citati rispetto al criterio principale della eterodirezione.

(20) Vedi L. Nogler, *Metodo tipologico e qualificazione dei rapporti di lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1990, pp. 182 ss.; E. Ghera, *Subordinazione, Statuto protettivo e qualificazione del rapporto di lavoro*, in D. Garofalo e M. Ricci (a cura di), *Percorsi di Diritto del lavoro*, Cacucci, Bari, 2006, pp. 323 ss., in particolare pp. 334-336.

(21) Vedi nota 19.

(22) Cfr. M. Roccella, *Manuale di Diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2005, pp. 36 ss.

(23) Per una ricognizione delle varie proposte, tra gli altri, cfr. A. Perulli, *Lavoro autonomo e dipendenza economica, oggi*, in *q. Riv.*, 2003, n. 2, pp. 221 ss.; M. Biagi, M. Tiraboschi, *Le proposte legislative in materia di lavoro parasubordinato: tipizzazione di un tertium genus o codificazione di uno Statuto dei lavori*, in *Lav. dir.*, 1999, pp. 571 ss.; M. Dell'Olio, *La subordinazione nell'esperienza italiana*, cit.; M. Roccella, *Lavoro subordinato e lavoro autonomo, oggi*, cit.

(24) G. Giugni, *La giungla e il deserto*, in *Pol. dir.*, 1977; V. Nuzzo, *Le collaborazioni coordinate e continuative. Una lunga storia*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2005, n. 2, p. 253.

riore fattispecie di lavoro, un *tertium genus* (25), tale da consentire di ricomprendere al suo interno l'insieme dei rapporti di collaborazione, cui andrebbe estesa parte dell'apparato di garanzie dei lavoratori subordinati; su un piano diverso, con due distinti progetti (26), si è tentato di spostare l'attenzione della disciplina legislativa dalla nozione di lavoro subordinato a una onnicomprensiva di «lavoro *sans phrase*» (27), incentrata sull'alienità dell'impresa o attività. Ancora, vi è stata la proposta di elaborare uno «Statuto dei lavori» (28) che adottasse un criterio di tutela a gradini, con uno zoccolo di tutele assolutamente inderogabili e altre rimesse all'autonomia collettiva o anche individuale, se espressa in sede di un preventivo procedimento di certificazione amministrativa.

2. — *Dalle collaborazioni coordinate e continuative al lavoro a progetto: funzione antifraudolenta della disciplina legislativa* — Nonostante siano stati molteplici i progetti di legge, a vario titolo ispirati dalle proposte della dottrina appena citate, altrettanti sono stati i fallimenti del legislatore (29). Almeno fino al 2003.

Ai fini della trattazione è opportuno ripercorrere brevemente le tappe (storiche) della complessa vicenda che ha portato alla emanazione del d.lgs. n. 276, per capire quali siano state le motivazioni che hanno indotto il legislatore della riforma a inserire in quel monumentale (per mole di articoli) apparato normativo, un Capo dedicato al fenomeno della parasubordinazione, così da effettuare una verifica della adeguatezza o meno delle disposizioni legislative rispetto al fine che si era inteso perseguire.

(25) Cfr. R. De Luca Tamajo, M. Persiani, R. Flammia, *La crisi della nozione di subordinazione e della sua idoneità selettiva dei trattamenti garantistici. Prime proposte per un nuovo approccio sistematico in una prospettiva di valorizzazione di un tertium genus: il lavoro coordinato*, in *Lav. inf.*, 1996, pp. 75 ss.

(26) Cfr. i contributi di P. G. Alleva e M. D'Antona, in G. Ghezzi (a cura di), *La disciplina del mercato del lavoro, proposte per un Testo Unico*, Roma, Ediesse, 1996.

(27) Cfr. A. Supiot (a cura di), *Au-delà de l'emploi*, Flammarion, 1999, ed. it., *Il futuro del lavoro*, Carocci, Roma, 2003, pp. 61 ss.

(28) Cfr. *Ipotesi di lavoro per la predisposizione di uno Statuto dei lavori*, in *Subordinazione e autonomia: vecchi e nuovi modelli*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 1998.

(29) Una puntuale ricostruzione dei tentativi di intervento legislativo in tema di parasubordinazione nella XIII legislatura (1996-2001) è fornita da M. Salvati, *Economia e politica: servono gli economisti del lavoro*, cit., par. 1, «Le proposte di legge sui lavori "atipici"», pp. 144-158.

L'esecutivo dell'epoca dichiara già nel *Libro bianco sul mercato del lavoro* (30) l'intenzione di elaborare una iniziativa legislativa di «identificazione e regolazione» di una fattispecie «riconducibile all'area dell'art. 409, n. 3, cod. proc. civ.». Individuando quale referente della parasubordinazione il lavoro autonomo, il governo afferma la propria contrarietà all'ipotesi della sussistenza di un «*tertium genus*, ibridamente collocato in una grigia zona di frontiera, intermedia fra lavoro autonomo e subordinato», e quindi alla possibilità di superamento della dicotomia subordinazione-autonomia.

Scopo dell'annunciato intervento è dichiaratamente quello di «evitare l'utilizzazione delle collaborazioni coordinate e continuative in funzione elusiva o frodatrice della legislazione posta a tutela del lavoro subordinato, ricorrendo a questa tipologia contrattuale al fine di realizzare spazi anomali nella gestione flessibile delle risorse umane», prevedendo, al contempo, una serie di garanzie ulteriori per chi presta la propria opera in maniera continuativa, seppur autonoma, sul presupposto di una sua maggiore debolezza sociale rispetto al social-tipo prefigurato dagli artt. 2222 ss. del codice civile (31).

La riproduzione di tali passaggi del *Libro bianco* nella «Relazione di accompagnamento della proposta del governo per una delega in materia di mercato del lavoro» vale a confermare la natura antielusiva e antifraudolenta della funzione assegnata all'intervento normativo dall'esecutivo. È possibile trovare conferme, del medesimo tono, sulle finalità del nuovo istituto, anche nelle fasi successive del percorso legislativo.

(30) Ministero del lavoro e delle politiche sociali, *Libro bianco sul mercato del lavoro in Italia. Proposte per una società attiva ed un lavoro di qualità*, Roma, ottobre 2001, su www.fmb.unimore.it/on-line/lang.es_ES/Home/IndiceA-Z, voce *Riforma Biagi*.

(31) Dubbi sulle reali intenzioni del governo sono sollevati da P. G. Alleva, A. Andreoni, V. Angiolini, F. Coccia, G. Naccari, *Dignità e alienazione nel Libro bianco del governo*, disponibile su www.cgil.it. Gli Autori, pur ritenendo «di maggior interesse, al di là delle concrete soluzioni prospettate, [...] quanto si legge nel *Libro bianco* per quanto riguarda la proposta del cd. lavoro a progetto», sottolineano, tenuto conto anche della proposta in tema di certificazione, che «non bisogna però credere che questa sorta di autocritica, in sé valida, costituisca però una respipiscenza verso gli atteggiamenti di sfruttamento dei collaboratori fino a ora praticati, perché è piuttosto l'espressione del timore dell'aggregarsi di interessi collettivi tra quella fascia di lavoratori, con conseguente proiezione rivendicativa, laddove una riconduzione, con il contratto di progetto, alle caratteristiche effettive del lavoro autonomo accentuerebbe i profili di individualismo e di isolamento».

Nella Relazione di accompagnamento al decreto di attuazione della delega (32), in particolare, il governo utilizza espressioni ancor più chiare ed esplicite. La parte del documento che qui interessa è, infatti, rubricata «Fine dell'abuso delle collaborazioni coordinate e continuative». In essa si precisa che «le misure contenute nel presente provvedimento superano la farisaica accettazione di questa pratica elusiva e riconducono le attuali co.co.co. o al lavoro subordinato o al lavoro a progetto, forma di lavoro autonomo che non può dare luogo alle facili elusioni riscontrate pena la trasformazione in rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato».

Nonostante l'assenza, nella legge delega n. 30/2003, di una previsione espressa in tal senso (fatta eccezione per il lavoro occasionale), il governo decide di non estendere l'ambito di applicazione della nuova disciplina a tutte le possibili sfumature delle collaborazioni coordinate e continuative; al contrario, la riforma riguarda soltanto i rapporti residuali rispetto a quelli espressamente esclusi (33).

(32) *Relazione di accompagnamento al decreto di attuazione della riforma Biagi*, su www.fmb.unimore.it/on-line/lang.es_ES/Home/IndiceA-Z, voce *Riforma Biagi*.

(33) Come noto, infatti, oltre ai rapporti degli agenti e rappresentanti di commercio, esclusi dalla riforma ai sensi del comma 1 dell'art. 61 del d.lgs. n. 276 del 2003, nel novero delle collaborazioni di cui viene confermata la legittimità a prescindere dalla loro riconducibilità o meno a uno specifico progetto rientrano quelle che si concretino in prestazioni di lavoro meramente occasionali ex art. 61, comma 2. Quella del lavoro occasionale è l'unica esclusione prevista dall'art. 4 della legge n. 30 del 2003, contenente la «Delega al governo in materia di disciplina delle tipologie di lavoro a chiamata, temporaneo, coordinato e continuativo, occasionale, accessorio e a prestazioni ripartite» (il n. 2, lett. c, di tale articolo imponeva al legislatore delegato una «differenziazione rispetto ai rapporti di lavoro meramente occasionali, intendendosi per tali i rapporti di durata complessiva non superiore a trenta giorni nel corso dell'anno solare con lo stesso committente, salvo che il compenso complessivo per lo svolgimento della prestazione sia superiore a 5.000 euro»). Il comma 3 dello stesso articolo, inoltre, statuisce l'esclusione dall'applicazione della nuova disciplina: per le professioni intellettuali per l'esercizio delle quali sia necessaria l'iscrizione in appositi albi, nonché per le attività di collaborazione coordinata e continuativa utilizzate in favore di associazioni e società sportive dilettantistiche; i componenti degli organi di amministrazione e controllo di società e i partecipanti a collegi e commissioni; coloro che percepiscono la pensione di vecchiaia. Se alle esclusioni appena citate si aggiunge quella, prevista dal comma 2 dell'art. 1 del decreto, relativa alla pubblica amministrazione (A. Vallebona, *Lavoro a progetto: incostituzionalità e circolare di pentimento*, in *Arg. dir. lav.*, 2004, pp. 295. Ma vedi, in generale, E. Ales, *Contratti di lavoro e Pubbliche amministrazioni*, cit., pp. 34 ss.), settore in cui il fenomeno delle collaborazioni raggiunge un numero consistente, ci si rende conto che la mole dei rapporti che non sono stati intaccati dalla riforma è in effetti ragguardevole.

Per individuare quale sia la *ratio* delle esclusioni, e a prescindere dalla loro condivisibilità nel merito e nel metodo, soccorre ancora la Relazione di accompagnamento al decreto. Vi si afferma, infatti, che il lavoro a progetto dovrà differenziarsi non solo dal lavoro dipendente, ma anche dal lavoro meramente occasionale «ai fini di aggirare pratiche elusive». Elusione che, continua il testo citato, non si presume esservi per specifiche categorie, le quali proprio per questa ragione non sono state intaccate dalla riforma. Fatta eccezione, dunque, per l'esclusione, discutibile anche sul piano della sua costituzionalità (34), dei rapporti di lavoro con la pubblica amministrazione, la *ratio* dell'operazione, che ha tenuto fuori dall'ambito della nuova disciplina un consistente segmento delle vecchie collaborazioni, è la medesima, o, meglio, è specularmente a quella dell'intervento riformatore stesso e rappresenta un motivo non secondario che depone a favore di una interpretazione del dato normativo che non ne svilisca le finalità.

Le precisazioni circa le reali intenzioni del governo non sono affatto superflue, soprattutto se si considera che la disciplina contenuta negli artt. 61 ss. del d.lgs. n. 276 non è, soprattutto a causa di una discutibile tecnica legislativa, di facile lettura e si presta a interpretazioni anche molto diverse su punti chiave del nuovo istituto. Pertanto tali indicazioni possono risultare fondamentali al fine di porre in essere una operazione esecutiva che risulti quanto più aderente possibile alla *ratio* ispiratrice del legislatore.

In primo luogo, non si può non notare come, a differenza degli altri disposti del d.lgs. n. 276 «tacciabili di strabismo e unilateralità, qui la visuale è davvero bilaterale e si sforza di raggiungere un risultato da tutti condiviso: riportare alla legalità» (35). Come tutti gli interventi di compromesso, anche questo si è esposto a svariate e contrapposte critiche: da una parte chi esigeva un intervento con marcate caratteristiche di garanzia e tutela dei vari rapporti di collaborazione coordinata e continuativa ed è insoddisfatto delle flebili tutele estese al lavoratore a progetto; dall'altra quanti non si aspettavano un qualsivoglia irrigidimento dell'ordinamento lavoristico imposto da un governo considerato amico.

(34) A. Vallebona, *Lavoro a progetto: incostituzionalità e circolare di pentimento*, cit., pp. 295. Ma vedi, in generale, E. Ales, *Contratti di lavoro e Pubbliche amministrazioni*, cit., pp. 34 ss.

(35) A. Pizzoferrato, *Il lavoro a progetto tra finalità antielusive ed esigenze di rimodulazione delle tutele*, in *ILLeJ*, n. 1/2004.

Pur non condividendo molto di quanto contenuto nel testo legislativo di attuazione della riforma del mercato del lavoro, né tanto meno le linee di politica del diritto che lo hanno ispirato, chi scrive ritiene tuttavia che non ci si possa abbandonare a rifiuti aprioristici di ogni sua parte, e in particolare della disciplina dell'istituto oggetto della analisi che qui si tenta di effettuare.

Ciò è suggerito da almeno due buoni motivi. Il primo è rappresentato proprio dalla finalità antielusiva e antifraudolenta della disciplina in esame. Un intervento che si muovesse in questa direzione era ormai necessario da tempo e merita in ogni caso un apprezzamento, almeno delle intenzioni. Il secondo motivo è che, piaccia o non, con la disciplina del lavoro a progetto (si ha l'impressione) bisognerà imparare a convivere. Il fatto che il programma della maggioranza di governo di centro-sinistra non contenesse significative proposte di revisione della materia, l'emanazione delle Circolari ministeriali n. 17/2006 e n. 4/2008, contenenti indicazioni operative per l'attività di vigilanza sulle collaborazioni coordinate e continuative nella modalità a progetto, nonché, da ultima, l'assenza del tema nel Protocollo sottoscritto da governo e parti sociali lo scorso 23 luglio e nella legge n. 247 del 2007 (36) (come noto, recante le norme di attuazione di quell'Accordo), depongono in tal senso.

3. — *Gli strumenti approntati dal decreto legislativo n. 276 per evitare pratiche elusive e fraudolente: le norme definitorie...* — L'obiettivo del legislatore di evitare un uso elusivo e fraudolento delle collaborazioni autonome si sostanzia in una serie di previsioni del d.lgs. n. 276, a partire da quelle che contribuiscono alla definizione della nuova tipologia contrattuale.

Il comma 1 dell'art. 61 (37) prevede, infatti, che «i rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, prevalentemente personale e senza

(36) Non si ignora, naturalmente, l'impegno assunto dal governo nel Protocollo di contrasto alla elusione della normativa di tutela del lavoro subordinato, né il progressivo innalzamento dell'aliquota contributiva previsto dalla legge n. 247, all'art. 1, comma 79, ma entrambi non valgono una revisione della fattispecie. Sulla rilevanza, in generale, della questione della fattispecie si vedano, da ultime, le considerazioni di M. Roccella, *Lavoro subordinato e lavoro autonomo, oggi*, cit., pp. 18 ss., espresse con riferimento al progetto contenuto nella cd. *Carta dei diritti delle lavoratrici e dei lavoratori*.

(37) Per una analisi dettagliata delle norme sul lavoro a progetto si rinvia ai numerosi commentari al d.lgs. n. 276/2003. Vedi, fra gli altri, A. Perulli, *Commento artt. 61-63 d.lgs. n. 276/2003*, G. Zilio Grandi, *Commento artt. 64-65*, A. Bellavista,

vincolo di subordinazione, di cui all'art. 409, n. 3, del codice di procedura civile devono essere riconducibili a uno o più progetti specifici o programmi di lavoro o fasi di esso».

Appare subito evidente il rilievo determinante che il legislatore ha inteso attribuire alle nozioni di progetto e programma, o fase di un programma, di lavoro. La stessa legittimità dei rapporti di collaborazione coordinata e continuativa è, a ben vedere, strettamente legata alla loro riconducibilità alle nozioni accennate; in mancanza di tale requisito se ne considera illegittima – la lettera della norma dispone, infatti, che tali rapporti «devono», e non semplicemente «possono», esservi riconducibili – la stipulazione.

La centralità del ruolo che l'elemento del progetto – del programma o della fase di esso – è destinato a svolgere nella disciplina della nuova fattispecie contrattuale è resa esplicita dal comma 1 dell'art. 67, in cui si configura detto elemento come l'oggetto stesso del contratto attraverso la previsione per cui «i contratti di lavoro [...] si risolvono al momento della realizzazione del progetto o del programma o della fase di esso...» (38). Come è stato notato, con l'espressione che delinea il progetto quale oggetto del contratto, il legislatore ha voluto stabilire che questo debba essere dedotto in contratto e «non può essere considerato una sorta di contenitore della prestazione ma, [...], indica il contenuto della stessa e più precisamente le caratteristiche dell'*opus* o del servizio che il lavoratore stipulando il contratto si impegna a realizzare» (39).

Commento artt. 66-69, tutti in E. Gragnoli, A. Perulli (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, 2004, Padova, Cedam, pp. 708-791; G. Villani, *Il lavoro a progetto*, in M. Magnani e P. A. Varesi (a cura di), *Organizzazione del mercato del lavoro e tipologie contrattuali flessibili*, Giappichelli, Torino, 2004, pp. 540-591; F. Lunardon, *Lavoro a progetto e lavoro occasionale*, in F. Carinci (coordinato da) *Commentario al d.lgs. 10.9.2003 n. 276*, 2004, Milano, Ipsoa, pp. 4-80; L. Castelvetro, *Il lavoro a progetto finalità e disciplina*, in M. Tiraboschi (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro*, Milano, Giuffrè, pp. 137-171.

(38) Nonostante tale previsione fosse già sufficiente per la identificazione del progetto come oggetto del contratto, il legislatore ha ritenuto utile una chiara esplicitazione in tal senso, aggiungendo, al testo dell'art. 67 riportato, la locuzione «che ne costituisce l'oggetto». Si veda, nel senso di una valorizzazione dell'inciso, D. Mezzacapo, *La fattispecie «lavoro a progetto»*, in *WP Csdle «Massimo D'Antona»*, n. 25, 2004, p. 8.

(39) Così G. Santoro Passarelli, *Prime chiose alla disciplina del lavoro a progetto*, in *Arg. dir. lav.*, 2004, p. 30; di diverso avviso A. Perulli, *Opinioni sul lavoro a progetto*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2006, p. 381, il quale ritiene «che il progetto non individua l'oggetto dell'obbligazione, che va invece individuato nella prestazione d'opera», pur riconoscendo che in tal modo «si è costretti a forzare il dato letterale». L'Autore, inoltre, in-

Anche se la finalizzazione della prestazione lavorativa a un risultato e la necessaria temporaneità della stessa sono da considerarsi ovvie conseguenze di quanto detto, è lo stesso art. 61, comma 1, a darne conferma attestando che il progetto, determinato dal committente, è gestito autonomamente dal collaboratore *in funzione del risultato*. Aver legato la legittimità dell'utilizzo della nuova figura contrattuale a un progetto indica che, come effetto voluto, si è ritenuto di dover espellere dal composito fenomeno delle collaborazioni autonome quei rapporti di durata indeterminata o indeterminabile, sospettati di essere «più idonei a nascondere» (40), a fini elusivi, veri e propri rapporti di lavoro subordinato. Questa scelta si spiega agevolmente se si considera che l'assenza del progetto, come delineato dal legislatore, equivarrebbe inevitabilmente all'assenza del presupposto intorno al quale articolare «modalità di coordinamento idonee a consentire l'autonoma gestione dello stesso» (41) da parte del collaboratore.

È stato detto, infatti, che le collaborazioni coordinate e continuative si sono affermate come fenomeno della realtà, o più precisamente come «tipo sociale» (42) che non sempre, però, è stato utilizzato per realizzare interessi meritevoli di tutela. Anzi, nella maggior parte dei casi è stato impiegato al fine precipuo di eludere l'applicazione di norme imperative. L'indice principale di elusività, o meglio l'elemento che ne consentiva un uso abnorme, è stato individuato dal legislatore del 2003 nell'oggetto stesso dei contratti riferibili a quel fenomeno, ossia nella prestazione lavorativa in sé considerata, come obbligazione di mezzi, per di più coordinata e continuativa. Così, restituendo nuovo vigore alla tradizionale distinzione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato (43), il legislatore ha confermato la legittimità dei rapporti di natura autonoma

individua nella determinazione unilaterale del progetto da parte del committente il principale ostacolo alla sua ricostruzione quale oggetto del contratto. Cfr., sul punto, le diverse e convincenti osservazioni di G. Santoro Passarelli, *Opinioni sul lavoro a progetto*, cit., p. 391. Ad avviso dell'Autore, «il legislatore quando afferma che il progetto è l'oggetto del contratto vuole dire che il medesimo, pur determinato dal committente, è dedotto in contratto e perciò deve essere approvato dalle parti con una clausola apposita (art. 62, comma 1, lett. b)».

(40) R. De Luca Tamajo, *Dal lavoro parasubordinato al lavoro «a progetto»*, in *WP Csdle «Massimo D'Antona»*, n. 25, p. 17.

(41) G. Villani, *Il lavoro a progetto*, cit., p. 563.

(42) M. Bianca, *Diritto civile, I contratti*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 473.

(43) Cfr., in merito alla distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato, L. Mengoni, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, pp. 185 ss.

ma denotati dai caratteri della coordinazione, della continuità e della prevalenza personale della prestazione soltanto se posti in essere per il raggiungimento di un risultato specifico.

Appare superflua ogni ulteriore indagine per giungere alla conclusione dell'esistenza di un necessario vincolo di temporaneità, e non può rilevare, in tal senso, il disposto dell'art. 62, lett. *a*. La previsione secondo la quale il contratto di lavoro a progetto deve contenere l'indicazione della durata determinata o determinabile della prestazione di lavoro è, dunque, sicuramente sovrabbondante se valutata a tal fine. L'apposizione di un termine fisso di risoluzione espressa nel contratto risulterebbe, infatti, del tutto incongrua e non coordinabile con il precetto dell'art. 67, ossia con la risoluzione del contratto al momento della realizzazione del progetto. D'altronde, un progetto correttamente individuato non potrà non contenere al suo stesso interno una durata determinabile, che sarà rappresentata dalla realizzazione dell'*opus* ovvero dal raggiungimento del risultato e, quindi, dell'utilità attesa dal committente. È proprio quest'ultimo, cui è demandata la determinazione del progetto, che ne indicherà implicitamente un limite temporale, inteso non come scadenza fissa, ma come definizione stessa del progetto. L'indicazione di un termine esplicito rischierebbe finanche di essere illegittima, oltre che contraddittoria con il resto della normativa, salvo che la si interpreti, un po' forzosamente, come semplice indicazione temporale di massima per ottenere una utilità.

Piuttosto, la previsione dell'art. 62, lett. *a*, sembra destinata a svolgere la propria funzione unicamente in vista del successivo art. 66 (44), che attribuisce al lavoratore a progetto un diritto alla sospensione, senza erogazione del corrispettivo, del rapporto in caso di malattia, infortunio e gravidanza. L'indicazione della durata funge, allora, da referente temporale sia per la determinazione del periodo massimo di sospensione di cui potrà godere il collaboratore malato o infortunato (45) («un sesto della durata stabilita nel contratto»; art. 66, comma 2), sia per il com-

(44) Sulla relazione tra art. 62, lett. *a*, e art. 66 cfr. F. Lunardon, *Lavoro a progetto e lavoro occasionale*, in *Commentario al d.lgs. 10.9.2003 n. 276*, cit., pp. 32-37, che chiarisce in altra parte, però, di non condividere «la tesi per cui la durata sarebbe deducibile dal progetto» (p. 50) e propone una interpretazione della indicazione della durata come «termine [...] minimo e non massimo di scadenza, posto a favore del prestatore» (p. 34).

(45) Individuata dal legislatore in trenta giorni in caso di durata determinabile (art. 66, comma 2).

puto dei centottanta giorni di proroga concessi alla collaboratrice autonoma gestante (art. 66, comma 3).

Per poter usufruire della nuova figura contrattuale, dunque, il committente non dovrà fare altro che individuare un progetto, purché, però, esso sia in grado di identificare un *opus* (o una sua parte), o anche un servizio, se legato a un interesse temporaneo, «di cui sia individuabile in modo abbastanza definito un momento iniziale e uno finale» (46).

Sulle capacità tipizzanti del progetto sono stati sollevati dubbi da molta parte della dottrina (47), che, in particolare, ha osservato come, «già sul piano della modellistica sociologica, “lavorare a progetto” non è affatto sinonimo di attività resa senza vincolo di subordinazione» e che, ben lontano dal rappresentare «un nuovo e più rigoroso abito concettuale, [il progetto] si dimostra *vestmentum* di molteplici definizioni stipulative, a fronte delle quali esso appalesa la propria evanescenza giuridica» (48). Le critiche espresse con riguardo alla nozione di progetto aumentano in maniera esponenziale in considerazione degli altri elementi della triade definitoria, ossia il programma di lavoro o la fase di esso (49). Anche Autori che hanno ravvisato qualche possibile qualità tipizzante del progetto hanno, al tempo stesso, denunciato non poche difficoltà, determinate dalla constatazione che ogni attività lavorativa appare sezionabile in programmi di lavoro o in fasi (50).

(46) P. Ichino, *L'anima laburista della legge Biagi. Subordinazione e «dipendenza» nella definizione della fattispecie di riferimento del Diritto del lavoro*, in *Giust. civ.*, 2005, II, p. 137, sembra riferire l'interesse temporaneo anche al caso in cui oggetto del contratto sia un *opus*.

(47) A. Maresca, *L'opinione*, in Aa.Vv., *Il lavoro a progetto: opinioni a confronto*, in *Lav. giur.*, 2004, p. 662; M. Miscione, *Il collaboratore a progetto*, in *Lav. giur.*, 2003, p. 821; A. Perulli, *Teoria e prassi del lavoro a progetto*, in *q. Riv.*, 2005, n. 4, p. 719; V. Pinto, *Le «collaborazioni coordinate e continuative» e il lavoro a progetto*, in P. Curzio (a cura di), *Lavoro e diritti dopo il d.lgs. 276/2003*, 2004, Bari, Cacucci, p. 333; G. Villani, *Il lavoro a progetto*, cit., p. 575; A. Viscomi, *Lavoro a progetto e occasionale: osservazioni critiche*, in G. Ghezzi, *Il lavoro tra progresso e mercificazione*, 2004, Roma, Ediesse, p. 324.

(48) A. Perulli, *Teoria e prassi del lavoro a progetto*, cit., p. 719.

(49) A. Perulli, *Opinioni sul lavoro a progetto*, cit., p. 376. L'Autore, con riferimento alla fase di lavoro, afferma che «l'indeterminatezza raggiunge la sua massima espressione, giacché la fase rappresenta null'altro che un frammento o segmento più o meno ampio del ciclo produttivo».

(50) R. De Luca Tamajo, *Dal lavoro parasubordinato al lavoro «a progetto»*, cit., p. 15. L'Autore muove dall'assunto per cui il termine «specifico» sarebbe da riferirsi esclusivamente al progetto, attribuendogli un certo valore di *discrimen*. Va sottolineato

Di certo, la terminologia utilizzata dal legislatore non offre sponde a chi voglia giungere a una univoca e condivisa esegesi del dato normativo, che non può, però, spingersi fino ad annullare l'aspetto finalistico che si è voluto assegnare alla triade terminologica. Qui si ritiene di poter condividere l'interpretazione di chi ha individuato nei termini progetto e programma di lavoro una «sorta di endiadi» (51), mentre con fase di un progetto-programma di lavoro, senza stravolgere l'impianto logico-sistematico dell'intervento normativo, può facilmente intendersi una prestazione che sia comunque capace di realizzare un risultato, seppur parziale e integrabile con ulteriori risultati parziali. Dunque, si può affermare che, se è vero che lavorare a progetto rappresenta, nella moderna organizzazione del lavoro, una caratteristica propria anche del lavoro subordinato, quello immaginato dal legislatore è un progetto che deve descrivere un'opera la cui realizzazione implica la risoluzione stessa del contratto.

3.1. — Segue: ... *la forma del contratto come requisito essenziale*. ... — Quanto alla forma del contratto, nonostante il diverso parere espresso da una parte dei commentatori (52), l'art. 62 impone, a nostro avviso, la

che qui si ritiene più coerente al dettato normativo, al contrario, considerare il termine «specifico» come riferibile non solo al progetto, ma altresì al programma e alla fase. Ci si è poi interrogati se con questa espressione si sia voluto intendere che il progetto debba essere ritagliato sulla figura di ogni singolo collaboratore, o possa riguardare una pluralità di essi. Pur nell'incertezza del dato normativo, vale la pena interpretare la norma in modo da non svilirne la *ratio*. In questo senso, quindi, può essere osservato che un progetto-programma, per di più se particolarmente complesso, si presta a essere frazionato in fasi, se idonee a configurare un risultato seppur parziale. In tal caso ogni specifica fase può essere affidata ad altrettanti collaboratori, i cui contratti di lavoro sono destinati a risolversi al momento della realizzazione della fase oggetto del contratto stesso.

(51) Cfr. G. Proia, *Lavoro a progetto e modelli contrattuali di lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2003, p. 667; A. Pizzoferrato, *Il lavoro a progetto tra finalit  antielusive ed esigenze di rimodulazione delle tutele*, cit.

(52) Cfr., fra gli altri, A. Perulli, *Teoria e prassi del lavoro a progetto*, cit., pp. 713 ss.; M. Tiraboschi, *Il Lavoro a progetto: profili teorico ricostruttivi*, in *Aa.Vv., Diritto del lavoro. I nuovi problemi. Omaggio dell'accademia a Mattia Persiani*, tomo II, Cedam, Padova, 2005, p. 1451; L. Castelvetti, *La definizione di lavoro a progetto*, in *Idem*, p. 1308; G. Leone, *Le collaborazioni (coordinate e continuative) a progetto*, cit., p. 101; G. Santoro Passarelli, *Lavoro parasubordinato, lavoro coordinato, lavoro a progetto*, in R. De Luca Tamajo, M. Rusciano, L. Zoppoli (a cura di), *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema*, 2004, Editoriale Scientifica, Napoli, p. 203; V. Pinto, *Le «collaborazioni coordinate e continuative» e il lavoro a progetto*, cit., p. 333.

stipulazione scritta dello stesso come requisito sostanziale (53). Tale previsione si spiega non solo in virtù dell'interesse generale che si intende perseguire, ossia la repressione delle collaborazioni fittizie, ma anche in un'ottica di garanzia del collaboratore, poiché la scrittura consente «di presentare in modo chiaro e trasparente il contenuto del contratto, offrendo al collaboratore la garanzia di conoscere preventivamente e in modo preciso il progetto definito dal committente» (54).

Dopo aver disposto che il contratto di lavoro a progetto è stipulato in forma scritta, l'art. 62 continua stabilendo che esso «deve contenere, ai fini della prova», alcuni elementi (55): indicazione della durata (lett. *a*, di cui si è in parte detto); indicazione del progetto (lett. *b*); corrispettivo e criteri per la sua individuazione, tempi e modalità di pagamento (lett. *c*); forme di coordinamento del lavoratore a progetto al committente (56) (lett. *d*); eventuali misure per la salute e sicurezza del lavoratore (lett. *e*).

Risulta evidente la necessità di soffermarsi sulla previsione della lett. *b* dell'art. 62. Infatti, la tesi finora sostenuta circa la funzione del progetto, non solo quale oggetto del contratto, ma, a ben vedere, come elemento indispensabile per individuarne la causa, e l'affermazione dell'esistenza di un requisito formale essenziale, appare smentita dalla norma, laddove prevede l'indicazione nel contratto del progetto ai soli fini della prova. È indubbia la difficoltà interpretativa causata da una scadente tecnica legislativa. L'*impasse* è superabile solo se si valuta il riferimento della lett. *b*, operato al «contenuto caratterizzante»

(53) Cfr. D. Garofalo, *Statuto protettivo del lavoro parasubordinato e tutela della concorrenza*, in R. De Luca Tamajo, M. Rusciano, L. Zoppoli (a cura di), *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema*, cit., p. 231; A. Vallebona, *La riforma dei lavori*, 2004, Padova, Cedam, p. 23; E. Ghera, *Sul lavoro a progetto*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2005, pp. 208 ss.

(54) Cfr. M. D'Onghia, *La Forma vincolata nel Diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 233.

(55) Cfr. M. D'Onghia, *La Forma vincolata nel Diritto del lavoro*, cit.; L. De Angelis, *La morte apparente delle collaborazioni coordinate e continuative*, cit.; E. Ghera, *Sul lavoro a progetto*, cit., pp. 208 ss.

(56) La questione relativa all'elemento del coordinamento, per la sua rilevanza, meriterebbe ampia trattazione che, per motivi di spazio, non è qui possibile effettuare. Sul punto si ritiene di poter rinviare, per ora, alle considerazioni di M. Pedrazzoli, *Tipologie contrattuali a progetto e occasionali*, in *WP Csdle «Massimo D'Antona»*, n. 29, 2004, pp. 44 ss., esprimendo adesione alla tesi sostenuta dall'Autore, secondo il quale il coordinamento con l'organizzazione del committente «è una sorta di *obbligo del collaboratore*» (corsivo nostro).

del progetto (57), come allusione a qualcosa di più rispetto alla sua mera individuazione (58).

Anche chi ha inteso il requisito formale in modo simile a quello qui proposto ha, però, ritenuto di dover concludere, in caso di sua assenza, per la nullità del contratto stesso. In questo caso il collaboratore, è stato detto, «potrà dimostrare in giudizio l'esistenza di un contratto di lavoro subordinato (per il quale non sia richiesta la forma scritta *ad substantiam*) o, in alternativa, autonomo (distinto però da un contratto di collaborazione coordinato e continuativo *ex art. 409*)» (59), o ancora, in ultima battuta, potrà far ricorso all'azione per ingiustificato arricchimento (60). Gli evidenti effetti negativi che si produrrebbero a carico del soggetto debole, se così fosse, fanno propendere per un'interpretazione diversa. Il difetto di stipulazione scritta del contratto comporta, infatti, la mancata individuazione formale del progetto e, quindi, come si vedrà tra breve, le conseguenze dell'art. 69, comma 1.

3.2. — Segue: ... *il divieto di collaborazioni atipiche* — Nel sistema finora delineato, un rilievo particolare assume proprio il divieto di rapporti di collaborazione coordinata e continuativa atipici previsto dall'art. 69. Secondo il comma 1 di tale articolo, sono tali i rapporti di collaborazione autonoma «instaurati senza l'*individuazione* di uno specifico progetto, programma di lavoro o fase di esso ai sensi dell'art. 61, comma 1», e, per tali rapporti, è previsto che siano «considerati [...] di lavoro subordinato a tempo indeterminato sin dalla data di costituzione del rapporto». Nonostante il grande travaglio interpretativo (61), che ha

(57) Invero, la norma letteralmente sembrerebbe riferirsi al contenuto caratterizzante dell'indicazione. Infatti, la lett. *b* dell'art. 62 testualmente impone l'«indicazione del progetto o programma di lavoro, o fasi di esso, *individuata* nel suo contenuto caratterizzante, che viene dedotto in contratto» (corsivo nostro), ma è evidente che ci si riferisce al progetto.

(58) Sul punto vedi L. Castelvetti, *Il lavoro a progetto*, in *Studi in onore di Giorgio Ghezzi*, I, Cedam, Padova, pp. 541 ss., che ravvisa nell'oggetto del contratto il «contenuto caratterizzante del progetto».

(59) M. D'Onghia, *La Forma vincolata nel Diritto del lavoro*, cit.

(60) M. D'Onghia, *La Forma vincolata nel Diritto del lavoro*, cit.; L. De Angelis, *La morte apparente delle collaborazioni coordinate e continuative*, cit.

(61) Variagate sono le opinioni in dottrina. Senza presunzioni di completezza, si rammenta che si va da interpretazioni della presunzione, contenuta nel comma 1 dell'art. 69, come presunzione relativa (cfr. M. Tiraboschi, *Il Lavoro a progetto: profili teorico ricostruttivi*, in Aa.Vv., *Diritto del lavoro. I nuovi problemi...*, cit., pp. 1454 ss.; dello stesso avviso anche L. Castelvetti, *La definizione di lavoro a progetto*, in Idem, pp.

accompagnato la previsione in esame, non sembra discutibile che il legislatore abbia decretato che tutti i rapporti di collaborazione coordinata e continuativa stipulati in assenza del progetto debbano essere considerati rapporti di lavoro subordinato. Questa previsione è assolutamente coerente con l'intero impianto normativo. Prevedere, infatti, che tutte le collaborazioni autonome *devono* essere ricondotte a un progetto e non accompagnare questa previsione con un adeguato regime sanzionatorio (62) avrebbe vanificato la finalità antielusiva dell'intervento normativo.

Ma quale è il significato da attribuire al termine «individuazione»? L'assenza di ulteriori specificazioni nel testo legale induce a prediligere una interpretazione ampia, tale da ricomprenderne l'aspetto formale e sostanziale; opzione, questa, che ben si attaglia alla duplice funzione sanzionatoria-definitoria (63) del comma 1 dell'art. 69. Nel caso di mancata individuazione formale del progetto è la funzione di sanzione a venire in risalto, fungendo anche da incentivo alla stipulazione scritta del contratto. Mentre, nel caso di carenza sostanziale – anche nel senso della inidoneità dell'oggetto contrattuale a configurare un progetto (64) –, l'art. 69, comma 1, chiude il cerchio aperto dall'art. 61 nella definizione della nuova fattispecie, e amplia, al tempo stesso, la sfera di operati-

1307 ss.), a chi ritiene che si tratti di una presunzione *iuris et de iure*, sottolineando, però, le criticità di una tale conclusione (cfr. R. De Luca Tamajo, *Dal lavoro parasubordinato al lavoro «a progetto»*, cit., p. 9; M. Magnani, S. Spataro, *Il lavoro a progetto*, cit., par. 3; A. Perulli, *Teoria e prassi del lavoro a progetto*, cit., pp. 725 ss.; A. Vallebona, *Lavoro a progetto: incostituzionalità e circolare di pentimento*, cit.; V. Nuzzo, *Le collaborazioni coordinate e continuative. Una lunga storia*, cit., pp. 278 ss.); infine vi è chi sostiene la coerenza sistematica di una lettura della norma come presunzione assoluta (cfr. G. Santoro Passarelli, *La nuova figura del lavoro a progetto*, in Aa.Vv., *Diritto del lavoro. I nuovi problemi...*, cit., pp. 1426-1427; F. Martelloni, *Il valore sistematico del lavoro a progetto*, in *Lav. dir.*, 2006, pp. 339 ss.; D. Mezzacapo, *La fattispecie «lavoro a progetto»*, in *WP Csdle «Massimo D'Antona»*, n. 25, 2004, pp. 23 ss.; dello stesso avviso, sembra di poter dire, anche M. Napoli, *Riflessioni sul contratto a progetto*, in Aa.Vv., *Diritto del lavoro. I nuovi problemi...*, cit., pp. 1343 ss.).

(62) Come è imposto, invece, dalla legge delega.

(63) Cfr. E. Ghera, *Sul lavoro a progetto*, in Aa.Vv., *Diritto del lavoro. I nuovi problemi. Omaggio dell'accademia a Mattia Persiani*, cit., p. 1322. L'Autore nota che «il legislatore ha stabilito una stretta correlazione tra la norma definitoria dell'art. 61, comma 1, e quella sanzionatoria dell'art. 69, attribuendo a quest'ultima una funzione centrale ai fini non solo della validità del contratto ma anche della identificazione della fattispecie».

(64) Così anche M. Papaleoni, *Il lavoro a progetto o occasionale*, in Aa.Vv., *Diritto del lavoro. I nuovi problemi...*, cit., p. 1375.

vità della disciplina del lavoro subordinato alle collaborazioni coordinate e continuative prive del legame a un progetto. Infatti, laddove si concreti l'esigenza di una prestazione lavorativa che non sia in grado di configurare un risultato – e non possa farsi rientrare nel novero dei rapporti di collaborazione coordinata e continuativa «nominati», intendendo per tali i rapporti oggetto di specifica esclusione –, ma «una mera obbligazione di *facere* che non può essere ontologicamente circoscritta alla realizzazione di un bene o di un servizio finiti» (65), il committente non potrà che far ricorso alle varie articolazioni del lavoro subordinato, pena la conversione automatica del contratto, che è conseguenza non solo della «presunzione assoluta di fraudolenza» (66) che il legislatore ha ritenuto di attribuire ai rapporti di collaborazione privi della individuazione di un progetto, ma anche di una vera e propria ri-definizione dell'ambito di applicazione dell'apparato di tutele del lavoro subordinato.

Se nel comma 1 dell'art. 69 il legislatore si occupa delle conseguenze derivanti dalla instaurazione di rapporti di collaborazioni atipiche (sotto il profilo genetico), nel comma 2 disciplina, invece, la diversa ipotesi rappresentata da un formalmente legittimo contratto di lavoro a progetto, che nella fase di svolgimento venga a configurare un rapporto di lavoro subordinato (profilo dinamico). Che le concrete modalità di svolgimento del rapporto secondo gli indici tipici della subordinazione influenzino la qualificazione giudiziale dello stesso è ovvio. Ma il comma 2 è giustificato dalla volontà del legislatore di concedere al giudice la possibilità di accertare la tipologia negoziale di fatto realizzatasi.

Non senza problemi risulta, poi, l'interpretazione del comma 3 dell'art. 69, nel quale si prevede che il giudice debba limitarsi, «ai fini del giudizio di cui al comma 2», all'accertamento di fatto della esistenza del progetto. L'erronea individuazione del comma cui riferirsi è evidente. Infatti, l'accertamento della esistenza del progetto, come si è visto, è attività riconducibile al comma 1 e non al comma 2, in cui l'indagine è ri-

(65) M. Pallini, *Il lavoro a progetto: ritorno al... futuro*, in WP Csdle «Massimo D'Antona», n. 32, 2005, p. 37. L'Autore ravvisa nel «carattere dell'inserimento organico, che era stato svalutato dalla dottrina quale elemento realmente qualificatorio della fattispecie di cui all'art. 2094 cod. civ. a vantaggio del carattere dell'eterodirezione della prestazione di lavoro [...] una nuova e relevantissima capacità selettiva nell'ambito di applicazione del regime legale originariamente dettato dall'ordinamento per il solo lavoro subordinato».

(66) A. Pizzoferrato, *Il lavoro a progetto tra finalità antielusiva ed esigenze di rimodulazione delle tutele*, cit.; V. Nuzzo, *Le collaborazioni coordinate e continuative. Una lunga storia*, cit., p. 278.

ferita a un momento successivo, ossia alle concrete modalità di svolgimento della prestazione. Fatta questa premessa, la disposizione va letta nel senso che al giudice non è consentito «sindacare nel merito le scelte dell'imprenditore», ma può, comunque, valutare la configurabilità della prestazione come progetto, senza indagare nel merito della opportunità o meno di avvalersi del nuovo tipo contrattuale piuttosto che di un contratto di lavoro subordinato.

4. — *Il «pentimento» (67) del Ministro* — Se il dato testuale degli artt. 61-69 del d.lgs. n. 276/2003 non è di facile lettura, la Circolare n. 1/2004 è un vero e proprio dedalo di ripensamenti e conferme per chi intenda avvalersene a fini interpretativi della norma.

Stimolato da una parte della dottrina, che l'ha giudicata un eccessivo irrigidimento dell'ordinamento lavoristico, o, forse più probabilmente, per rassicurare il mondo imprenditoriale, il governo ha tentato di svalutare e depotenziare il carico innovativo della disciplina del lavoro a progetto, offrendone una interpretazione non solo «restrittiva», ma che può essere considerata in alcune parti perfino «abrogante».

In particolare, mentre il dato letterale della normativa depone in favore della considerazione del progetto quale *deus ex machina* dell'intera operazione, il documento ministeriale afferma che lo stesso «costituisce mera modalità organizzativa della prestazione lavorativa», e che elementi qualificatori essenziali restano esclusivamente l'autonomia del collaboratore, la coordinazione con il committente e l'indifferenza del dato temporale per l'esecuzione della prestazione. Inoltre, vale la pena di sottolineare che, già nella parte dedicata alla «definizione», il Ministro appare «innovativo», affermando che non è più possibile ricorrere a rapporti di collaborazione coordinata e continuativa che non siano «riconducibili alle modalità (*sic!*) del lavoro a progetto». Ma, come si è notato in precedenza, la riconducibilità è espressa con riferimento al progetto, riguardo al quale non è possibile affermare che sia una «mera modalità», quanto, piuttosto, un *opus*, o, meglio, la sua descrizione. Tanto è vero che la realizzazione del progetto comporta la risoluzione del contratto di lavoro. Si evidenzia, ancora, che qui il progetto è qualificato come oggetto del contratto non soltanto perché tale appare desumendolo dall'intero impianto normativo, ma anche perché è tale la qualificazione e-

(67) Il fortunato appellativo è di A. Vallebona, *Lavoro a progetto: incostituzionalità e circolare di pentimento*, cit.

spresa dal legislatore, che, probabilmente con più zelo del dovuto, afferma non solo che «i contratti di lavoro [...] si risolvono al momento della realizzazione del progetto», ma anche che questo «ne costituisce l'oggetto».

Sul punto in esame le contraddizioni in cui cade il Ministro sono macroscopiche. I passi citati dell'art. 67 sono, infatti, riportati testualmente in Circolare nel paragrafo dedicato alla «risoluzione del rapporto». Qui si chiarisce, inoltre, che il contratto, indipendentemente dal termine apposto, è destinato a risolversi prima della scadenza se il progetto sia ultimato, ma il corrispettivo determinato sarà dovuto per l'intero, perché il legislatore ha inteso il progetto quale «elemento caratterizzante della collaborazione».

Progetto come «mera modalità esecutiva» o progetto come «oggetto» ed «elemento caratterizzante» della nuova tipologia contrattuale?

Delle due, l'una.

Gli aspetti critici rintracciabili nella Circolare non sono tuttavia limitati alla nozione di progetto, ma investono molta parte della disciplina legislativa, in particolare la durata del contratto, la sua forma e l'apparato sanzionatorio previsto dall'art. 69.

Dopo aver individuato nel «programma di lavoro o la fase di esso» una attività riconducibile a un risultato parziale, integrabile da altre lavorazioni in vista di un risultato finale, si sostiene infatti che «nel caso di programma di lavoro la determinabilità della durata può dipendere dalla persistenza dell'interesse del committente alla esecuzione del progetto, programma di lavoro o fase di esso». Se si volesse prendere per buona la tesi che la determinabilità della durata del contratto possa dipendere dalla persistenza dell'interesse del committente, non avrebbe alcun senso logico limitarla al caso del programma di lavoro – o, sembra, alla fase di esso –, ma andrebbe estesa anche al caso in cui oggetto dell'obbligazione lavorativa sia la realizzazione del progetto. Tale tesi è, tuttavia, insostenibile. La determinabilità della durata è, infatti, strettamente legata al progetto – ma non di meno al programma di lavoro o alla fase di esso – e alle sue caratteristiche e non può dipendere da un elemento, come il persistere dell'interesse del committente, che è legato esclusivamente alla sfera di conoscibilità e determinabilità di quest'ultimo. La durata, mediante il progetto, entra nel contratto e il collaboratore ne deve aver consapevolezza al momento della sottoscrizione. Non è possibile sostenere, come lascia intendere il Ministro, che si possano instaurare rapporti con programma e durata indeterminabile,

salvo poi che l'imprenditore non consideri più utile la prosecuzione del rapporto. D'altronde, come si è già sostenuto, se un programma o fase di lavoro e un progetto, come intesi dal legislatore, sono correttamente individuati non possono non consentire la determinabilità di una durata. Il perdurare dell'interesse del committente attiene piuttosto al tema delle modalità di risoluzione del contratto, ma questo è, appunto, altro tema.

Infine, per quanto riguarda il requisito della forma, il Ministro, smentendo il dato letterale della norma, non distingue tra forma *ad substantiam* del contratto e forma *ad probationem* degli elementi elencati dall'art. 62, affermando in modo lapidario che la forma scritta è richiesta esclusivamente ai fini della prova. Nella consapevolezza di ammorbidire la linea antielusiva del legislatore, privandola di uno degli strumenti approntati a tal fine, ci si preoccupa di sottolineare la rilevanza della forma scritta per l'individuazione del progetto, «in quanto in assenza di forma scritta non sarà agevole per le parti contrattuali dimostrare la riconducibilità della prestazione lavorativa a un progetto».

Ma l'intenzione ministeriale è quella del depotenziamento del dettato normativo. La conferma è data dall'interpretazione sostenuta in Circolare dell'art. 69, comma 1, ovvero che la presunzione di subordinazione in caso di mancata individuazione del progetto sia in realtà una presunzione semplice, ancora una volta smentendo il dato letterale. Tale presunzione è superabile, ad avviso del Ministro, non dall'offerta in giudizio della prova della esistenza del progetto, ma «qualora il committente fornisca in giudizio prova della esistenza di un rapporto di lavoro effettivamente autonomo». Questa conclusione renderebbe, però, del tutto superflua la previsione del comma 2 che, questo sì, riguarda il caso del difetto del requisito dell'autonomia, mentre il comma 1 si riferisce all'assenza di un requisito diverso, ossia del progetto. Gli effetti di una simile interpretazione sarebbero paradossali.

5. — *La nuova disciplina alla prova dei fatti: requisito di forma e regime sanzionatorio...* — La contraddittorietà del contenuto della Circolare ministeriale e il contrasto tra la tesi interpretativa da essa suggerita e il dato testuale della disciplina normativa avrebbero dovuto suggerire agli operatori del diritto, alle prese con i primi casi concreti, di rimanere il più aderenti possibili al, pur incerto, dato letterale della norma e tentare, così, di salvaguardarne, per quanto possibile, la *ratio* ispiratrice.

Scorrendo le prime pronunce della giurisprudenza di merito (68), al contrario, si ha l'impressione che la Circolare n. 1/2004 abbia preso il posto, nelle aule di Tribunale, degli artt. 61 ss. del d.lgs. n. 276.

Risulta abbastanza evidente che la linea interpretativa che va affermandosi è, all'opposto di quella proposta, la tesi riduttiva e mortificante (69) dei contenuti innovativi del decreto, in particolare degli strumenti previsti per contrastare il ricorso elusivo e fraudolento alle collaborazioni coordinate e continuative.

La questione del requisito di forma, e dello stretto legame tra questo e la presunzione di subordinazione contenuta nel comma 1 dell'art. 69, è stata affrontata nella maniera più chiara dal giudice del Tribunale di Ravenna, il quale, nel valutare l'inizio dell'attività in epoca anteriore alla stipulazione del contratto, ha statuito che «la norma detta un requisito di forma *ad probationem*, in difetto del quale il contratto di lavoro a progetto rimane comunque valido sul piano sostanziale», e che, quindi, «si potrebbe lavorare a progetto anche prima della redazione del contratto per iscritto o senza mai redigere alcuno scritto» (70).

(68) Tra cui, Tribunale di Torino 5 aprile 2005 (in *Lav. giur.*, 2005, p. 651, con nota di V. Fili, in *Riv. it. dir. lav.*, 2005, p. 849, con nota di R. Bausardo), 10 maggio 2006 (in *Giur. lav.*, 2006, n. 24, p. 12, con nota di R. Bausardo, *Il contratto di lavoro a progetto nella decisione del Tribunale di Torino*) e 23 marzo 2007 (in *Dir. rel. ind.*, 2007, n. 3, pp. 821 ss., con nota di A. Corvino, *Dalla giurisprudenza ulteriori conferme agli indirizzi del Ministero del lavoro in merito al lavoro a progetto*); Tribunale di Milano 10 novembre 2005 (in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, 2, con nota di S. Brun, *Primi orientamenti della giurisprudenza di merito sul lavoro a progetto: prevale la linea morbida*), 23 marzo 2006 (in *Giur. lav.*, 2006, n. 24, p. 14, con nota di A. Mordà) e 2 agosto 2006; Tribunale di Ravenna 25 ottobre 2005 (in *Dir. rel. ind.*, 2006, con note di C. Fossati e S. Passerini, *Ancora sul contratto di lavoro a progetto*, e M. Tiraboschi, *Lavoro a progetto e regime sanzionatorio: una ulteriore conferma della impostazione accolta nella Circolare ministeriale 8 gennaio 2004, n. 1*) e 24 novembre 2005 (in *Lav. giur.*, 2006, con nota di V. Fili, p. 213); Consiglio di Stato sentenza n. 1743/2006 (in *Mass. giur. lav.*, 2006, con nota di A. Palladini, *Il lavoro a progetto al vaglio del giudice amministrativo*, pp. 767 ss.). Per un riepilogo degli orientamenti giurisprudenziali vedi, da ultimo, S. Spataro, *Il lavoro a progetto nella giurisprudenza*, in *Dir. rel. ind.*, 2007, n. 3, pp. 664 ss.

(69) Cfr. S. Brun, *Primi orientamenti della giurisprudenza di merito sul lavoro a progetto: prevale la linea «morbida»*, cit., che parla anche di linea «minimalista» e di «atteggiamento di pacato *self-restraint* e di scarso rigore garantistico-interpretativo».

(70) In senso adesivo cfr. V. Fili, *La forma scritta nel contratto di lavoro a progetto*, cit.; G. Pellacani, *Il contratto di lavoro a progetto al vaglio della prima giurisprudenza*, in *Mass. giur. lav.*, 2006, pp. 159-160; criticamente cfr. C. Fossati e S. Passerini, *Ancora sul contratto di lavoro a progetto*, cit., pp. 458-460; sembra dello

La conclusione, cui si giunge nella sentenza citata, è sorretta, secondo l'organo giudicante, da almeno due motivi. In primo luogo, «la forma a pena di nullità deve essere specialmente indicata dalla legge (*ex art. 1350, n. 13, cod. civ.*) ovvero prevista dalle parti (convenzionalmente *ex art. 1352 cod. civ.*)» e il Diritto del lavoro non potrebbe sfuggire alla regola generale del Diritto civile. In secondo luogo, per ragioni di tutela del contraente debole, «l'unica conseguenza derivante dalla mancanza del requisito formale *ad substantiam*», afferma il giudice, «sarebbe la nullità del contratto; non certo la trasformazione del rapporto in lavoro dipendente, prevista dall'art. 69, comma 1, solo per la carenza dei requisiti sostanziali del progetto».

Mentre una interpretazione lineare della norma, aderente al tenore sistematico dell'impianto complessivo, avrebbe dovuto portare a ritenere, senza particolari difficoltà, che la forma scritta *ad substantiam* del contratto a (e del) progetto è confermata proprio dal comma 1 dell'art. 69, che prevede la trasformazione dei rapporti instaurati «senza l'*individuazione* di uno specifico progetto» (71), evitando così gli effetti perversi della semplice nullità, il giudice ravennate disegna invece un discutibile *iter* logico basato sulla forzatura del dato letterale di una norma (art. 69, comma 1) per giustificare l'elusione del dato testuale di un'altra (art. 62).

La lettura della presunzione di subordinazione, contenuta nel comma 1 dell'art. 69, come presunzione *iuris tantum* non è certo un'opzione isolata, anzi, trova conferma, oltre che in una parte delle interpretazioni offerte dalla dottrina (72), nella quasi totalità delle applicazioni

stesso avviso S. Brun, *Primi orientamenti della giurisprudenza di merito sul lavoro a progetto: prevale la linea morbida*, cit.

(71) Vedi, in tal senso, Tribunale di Milano sentenza 18 gennaio 2007, n. 146, in cui si sostiene, infatti, che «per mancata individuazione del progetto si deve intendere sia la mancata indicazione formale del contenuto del progetto o programma sia la non configurabilità di un effettivo progetto» (corsivo nostro).

(72) Cfr., tra gli altri, M. Tiraboschi, *Il Lavoro a progetto: profili teorico ricostruttivi*, in Aa.Vv., *Diritto del lavoro. I nuovi problemi...*, cit., pp. 1454 ss.; dello stesso avviso anche L. Castelvetti, *La definizione di lavoro a progetto*, in Idem, pp. 1307 ss.; M. Miscione, *Il collaboratore a progetto*, cit., pp. 818 ss.; F. Lunardon, *Lavoro a progetto e lavoro occasionale*, cit., pp. 71 ss.; A. Perulli, *Opinioni sul lavoro a progetto*, cit., p. 388. L'Autore sottolinea che «l'opzione della presunzione legale relativa deriva da una interpretazione correttiva della disposizione dell'art. 69, comma 1, fondata sulla presa d'atto circa l'inadeguatezza qualificatoria del progetto, cui consegue, necessariamente, l'inidoneità dell'inesistenza del progetto a porsi razionalmente come fatto indiziante di tale rilevanza da non poter essere contrastato (*rectius*: le cui conseguenze giuridiche non

concrete proposte dalla giurisprudenza che se ne è occupata. Le uniche eccezioni sono riscontrabili in una recente e isolata linea interpretativa del Tribunale di Milano (73) che, optando per la presunzione *iuris et de iure*, pare confermare la tesi da noi sostenuta.

A questo punto, non resta che esaminare quali siano le ragioni che hanno indotto la giurisprudenza di merito a escludere il carattere assoluto della presunzione di subordinazione.

Senza dubbio, i giudici di merito hanno accolto le osservazioni formulate da parte della dottrina, già all'indomani della pubblicazione del testo legale, relative al contrasto tra la presunzione assoluta di subordinazione e il principio costituzionale della indisponibilità del tipo contrattuale «inteso anche nel senso del tipo lavoro autonomo» (74).

Tra le sentenze finora disponibili, una ricostruzione piuttosto completa dell'argomento è fornita dal giudice torinese, il quale, nella sua prima decisione (75), afferma che «contrasterebbe con quanto statuito dal giudice delle leggi con le pronunce nn. 115/1994 e 121/1993 la previsione di una presunzione assoluta». La Corte Costituzionale ha, infatti, stabilito, continua il giudice, «come sia contraria agli artt. 3, 36 e 38 della Costituzione una previsione normativa o contrattuale che, a discapito dell'effettiva natura subordinata del rapporto, ne imponga la qualificazione in termini di autonomia». Ovviamente, il magistrato piemontese è consapevole che «nel caso di specie ricorrerebbe l'ipotesi inversa» e che tale presunzione di certo «non andrebbe a scontrarsi con le inderogabili garanzie di cui agli artt. 36 e 38 della Costituzione», ma ritiene, comunque, che si creerebbe «un grave *vulnus* al principio di uguaglianza di cui all'art. 3 della Costituzione». Tale *vulnus* sarebbe rappresentato dalla possibile conseguenza di «arrivare a imporre le specifiche e forti tutele del lavoro subordinato ad attività che in nessun modo abbiano concretamente presentato le caratteristiche che tali garanzie giustificano».

possano essere contrastate) mediante la dimostrazione in fatto che quelle conseguenze non si sono potute verificare».

(73) A dire il vero, piuttosto consolidata in quel Tribunale; vedi Tribunale di Milano, sentenza 8 gennaio 2007, n. 40, in q. *Riv.*, 2007, n. 3, pp. 449 ss., con nota di F. Antonilli, *Ancora sulla presunzione ex art. 69, comma 1, del d.lgs. n. 276/2003*, e sentenza 18 gennaio 2007, n. 146, la cui massima è reperibile, unitamente alla prima, con nota di C. Santoro, *Tribunale di Milano: presunzione assoluta nel contratto a progetto*, in *Giur. lav.*, n. 11, 2007, pp. 28 ss.; ma vedi anche sentenza 2 febbraio 2007, n. 320, e sentenza 5 febbraio 2007, n. 337.

(74) Tribunale di Ravenna, sentenza 24 novembre 2005, cit.

(75) Tribunale di Torino, sentenza 5 aprile 2005, cit.

L'interpretazione della natura della presunzione come relativa ha come ovvia conseguenza la possibilità per il datore-committente convenuto in giudizio di offrire la prova dell'autonomia dell'attività svolta, a prescindere dalla esistenza del progetto. Il giudice ravvenate, accogliendo la nozione di progetto come «mera modalità organizzativa della prestazione lavorativa», nonostante la chiara definizione quale oggetto del contratto data dall'art. 67, esclude, infatti, «che la sua mancanza possa incidere sulla qualificazione della fattispecie facendole cambiare natura». Ma anche il giudice torinese, che pure sembra ritenere il progetto l'oggetto del contratto, afferma che la parte convenuta «avrebbe potuto e dovuto offrire di provare l'autonomia dell'attività svolta a prescindere dalla bontà del progetto» (76), perché «una cosa è sostenere che si sia posto in essere un valido contratto a progetto, altra cosa è sostenere che, pur nell'inidoneità del progetto, [...], l'attività si sia di fatto svolta in modo autonomo» (77).

L'effetto dirompente di una tale interpretazione è fin troppo evidente (78).

Consentire, anche nell'ipotesi della inesistenza o inidoneità (79) del progetto, di fornire la prova dell'autonomia di un rapporto di collaborazione coordinata e continuativa (80) significa confermare (neanche troppo) implicitamente la legittimità di tali rapporti in assenza di un

(76) In senso diametralmente opposto sul punto, vedi Tribunale di Milano, sentenza 8 gennaio 2007, n. 40, cit., nella quale si afferma che la «mancanza di specificità del progetto [...] determina che il rapporto tra le parti deve ritenersi sorto come rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato fin dalla sottoscrizione del contratto, *indipendentemente dalle concrete modalità con le quali si è di fatto svolto il rapporto di lavoro*», perché «ciò è previsto espressamente dalla previsione legislativa contenuta nell'art. 69, comma 1, del d.lgs. n. 276/03» (corsivo nostro).

(77) Interrogandosi sulle ragioni di una tale scelta, chi scrive ritiene non remota la possibilità che essa sia stata dettata dall'intento di salvare il potere di sindacato giurisdizionale sul punto.

(78) Cfr. A. Perulli, *Teoria e prassi del lavoro a progetto*, cit., p. 726, che, riferendosi all'opzione interpretativa della presunzione semplice, parla di «effetto a catena che non ha nulla di sistematico»; dello stesso avviso anche G. Santoro Passarelli, *Prime chiose alla disciplina del lavoro a progetto*, cit., p. 42.

(79) Va precisato che, nella interpretazione che si propone, la inidoneità del progetto equivale alla sua assenza formale e sostanziale, per cui dovrà applicarsi, anche in tal caso, l'art. 69, comma 1, e, quindi, la conversione automatica del rapporto.

(80) In tal modo, però, non si vuole sostenere, come ritenuto da M. Papaleoni, *Il lavoro a progetto o occasionale*, in Aa.Vv., *Diritto del lavoro. I nuovi problemi...*, cit., p. 1376, «l'abrogazione (tacita) dell'art. 2222 cod. civ. da parte dell'artt. 61 ss., d.lgs. n. 276 del 2003». Anche se risulta difficile immaginare una simile ipotesi, al datore-com-

progetto, nonostante l'intervento legislativo del 2003. L'ordinamento giuslavoristico permetterebbe, in definitiva, la presenza parallela, nel mercato del lavoro italiano, di legittimi contratti di lavoro a progetto, ai quali andrebbe applicata la disciplina contenuta negli artt. 61 ss., e di «vecchie» collaborazioni coordinate e continuative, in violazione della stessa disciplina legale.

Rinviando alle conclusioni di questo scritto alcune osservazioni sulla questione della legittimità costituzionale dell'art. 69, comma 1, non ci si può qui esimere dal constatare come una simile interpretazione sia connotata da palese illogicità, o, meglio, come essa postuli la non razionalità del legislatore, il quale, dopo aver affermato che i rapporti di collaborazione coordinata e continuativa «devono essere riconducibili» a un progetto, si smentirebbe nella parte della disciplina dedicata alle sanzioni consentendone, comunque, la legittima stipulazione a prescindere dal progetto. Allora, perché dettare un regime di esclusioni e, ancora, perché assicurare soltanto al collaboratore a progetto un regime di tutela legale, ponendo in essere una palese e irragionevole disparità di trattamento tra questo e i collaboratori esclusi dalla riforma, questa sì, in violazione del principio di uguaglianza?

Senza dimenticare che, prima ancora di una incoerenza di sistema, l'art. 69 conterrebbe già al suo interno una irrazionalità manifesta. Infatti, pur rubricato «divieto di rapporti di collaborazione coordinata e continuativa atipici», al suo comma 1 ne confermerebbe, al contrario e di fatto, la legittimità.

5.1. — Segue: ... *irrilevanza dell'orario di lavoro e progetto* — Anche il Consiglio di Stato (81) si è dovuto pronunciare su alcuni aspetti della nuova disciplina del lavoro a progetto. La decisione ha riguardato l'appello proposto dal Comune di Corigliano Calabro avverso la sentenza del Tar della Calabria, con la quale era stato accolto il ricorso proposto da una società Cooperativa esclusa dalla gara per l'affidamento della gestione, per un solo anno, del Castello Ducale di quel Comune. La normativa di gara imponeva la fornitura di dieci unità di personale nei giorni e per tutto l'orario di apertura al pubblico del sito, prevedendone an-

mittente, infatti, rimarrebbe la possibilità di fornire la prova non di un rapporto di collaborazione autonoma, ma di un rapporto autonomo riconducibile all'art. 2222 privo dei requisiti della coordinazione e della continuità, e di invocare, per questo motivo, l'inoperatività degli artt. 61 ss.

(81) Consiglio di Stato, sentenza 3 aprile 2006, cit.

che possibili prolungamenti. La società aveva immaginato soltanto per otto unità lavorative l'inquadramento come lavoratori subordinati, mentre, per le restanti due unità aveva previsto un'assunzione con contratto di lavoro a progetto. Ritenendo incompatibile il rapporto di lavoro a progetto con l'esigenza di garantire la presenza di tutto il personale per tutti i giorni e per l'intero orario settimanale di apertura del Castello, il Comune aveva deciso l'esclusione della predetta società.

Il Consiglio di Stato, confermando la decisione del Tar, ha ritenuto che l'ente civico era incorso nell'errore di contaminare i concetti di «assenza di orario di lavoro» e di «irrelevanza dell'orario di lavoro». Ad avviso del Collegio, infatti, «affermare che l'orario di lavoro è irrilevante [...] non significa affatto che alle parti di un contratto a progetto sia recisamente precluso di accordarsi su una prestabilita misura temporale della prestazione», se questa risulti «necessaria ai fini del conseguimento dello specifico obiettivo contrattualmente individuato». Quindi, il parere del giudicante è che «possono verificarsi situazioni in cui la costante presenza del lavoratore sul luogo dell'esecuzione del contratto, per un preciso lasso temporale giornaliero, rivesta [...] un'importanza nodale nell'economia del rapporto»; tuttavia, anche in tal caso, non è l'orario a qualificare il rapporto ma «l'obiettivo finale perseguito».

La conclusione cui giunge il Consiglio di Stato non è condivisibile (82). Nonostante l'art. 62, lett. *d*, preveda tra le possibili forme di coordinamento anche quella temporale (83), l'art. 61 è molto chiaro nello stabilire che queste ultime non possono spingersi fino a svalutare un requisito qualificante quale è la gestione autonoma del progetto da parte del collaboratore «indipendentemente dal tempo impiegato per l'esecuzione dell'attività lavorativa». Nel caso citato, invero, non si era di fronte a una forma di coordinamento temporale (84), quanto piuttosto a un

(82) Sul punto criticamente si esprime anche A. Palladini, *Il lavoro a progetto al vaglio del giudice amministrativo*, cit.

(83) Un esame del tema, anche alla luce delle pronunce della giurisprudenza di merito, è offerto da A. D'Andrea, *Il coordinamento temporale del lavoratore a progetto nella giurisprudenza di merito*, in *Mass. giur. lav.* 2007, pp. 442 ss.

(84) A. Palladini, *Il lavoro a progetto al vaglio del giudice amministrativo*, cit., pp. 772-774. Correttamente l'Autore nota che «a tutto voler concedere, il coordinamento temporale può indurre il committente a prestabilire fasce orarie di esecuzione della prestazione che siano compatibili con l'assetto della sua organizzazione, ma non può spingersi fino a esigere il rispetto di un determinato orario, tracciando altrimenti nel governo dei diversi segmenti della prestazione di lavoro in cui può tradursi solamente l'esercizio del potere direttivo del datore di lavoro, non meramente conformativo, ma

rigido ed essenziale vincolo di orario cui il collaboratore, lungi dall'essere autonomo sotto tale aspetto, non avrebbe potuto sottrarsi tanto quanto i lavoratori subordinati addetti al medesimo progetto.

È proprio su quest'ultimo aspetto, ossia sulla interpretazione della nozione di progetto, che il Collegio giudicante arriva a una conclusione a dir poco penalizzante del dato innovativo della normativa, affermando che i due lavoratori a progetto «ben potessero destinarsi allo svolgimento di una fase del complessivo programma di gestione del Castello Ducale». In tal modo, il Consiglio di Stato finisce per legittimare l'interpretazione di chi (85) ha ritenuto che il progetto o programma dell'art. 61 potesse anche coincidere totalmente con il progetto o programma aziendale. In questo caso, inoltre, il progetto-programma individuato, piuttosto che rappresentare un *opus*, si concretizzerebbe nella mera disponibilità temporale delle energie psico-fisiche del collaboratore e finirebbe per essere oggetto, indifferentemente, delle prestazioni di lavoratori subordinati e collaboratori autonomi. Per quale ragione, allora, il datore-committente avrebbe utilizzato per le medesime prestazioni, e per ottenere le medesime utilità, contratti di lavoro subordinato e contratti di lavoro a progetto, se non semplicemente per un risparmio dei costi da lavoro dipendente? Non è, forse, questa una situazione paradigmatica in cui è alto (scontato verrebbe da dire) il rischio di operazioni elusive, le stesse che hanno spinto il legislatore a intervenire con una normativa specifica?

A nostro avviso sì, e la disciplina legale, pur nella sua contraddittorietà, avrebbe permesso una interpretazione di maggiore aderenza alla *ratio* che l'ha ispirata e che pure dovrebbe rappresentare uno dei canoni ermeneutici degli operatori del diritto.

È degna di attenzione, sul punto in esame, l'interpretazione suggerita nella prima sentenza apparsa in materia di lavoro a progetto. Seppur non pienamente condivisibile alla luce dell'interpretazione qui proposta,

specificamente determinativo delle modalità esecutive di essa, illimitatamente divisibile *ratione temporis* in relazione all'interesse del creditore». Per un'opinione diversa cfr. V. Filì, *La collaborazione a progetto tra Statuto protettivo del lavoratore e resistenza della fattispecie*, in *Arg. dir. lav.*, 2006, pp. 1689 ss. L'Autore parla di metodo «che prova la resistenza del tipo contratto di lavoro a progetto di fronte alla presenza di elementi caratteristici della subordinazione [...] in quanto è il medesimo d.lgs. n. 276 del 2003 che, agli artt. 61 e seguenti, prevede una serie di elementi che attenuano *ab origine* l'autonomia pura».

(85) Tra gli altri vedi A. Maresca, *L'opinione*, cit., p. 658; G. Proia, *Lavoro a progetto e modelli contrattuali di lavoro*, cit., p. 667.

la decisione del Tribunale di Torino contiene spunti di sicuro interesse. Infatti, in piena aderenza alla *ratio* antielusiva della riforma, il giudice si prodiga in una interpretazione della nozione di progetto che consenta di valorizzarne il ruolo centrale nell'operazione legislativa. Così, pur riconoscendo il concetto di progetto o programma di difficile inquadramento giuridico, ha ritenuto che si possano individuare nella lettera della norma «alcuni elementi chiari e minimali», ossia: «il progetto deve caratterizzarsi per la specificità», nel senso che «deve essere quanto meno distinguibile l'organizzazione aziendale dall'attività del collaboratore che a essa si rapporta»; «il collaboratore deve conservare margini di autonomia, ancorché coordinabili con l'organizzazione del committente»; «in ogni caso l'attività deve essere valutata e valutabile indipendentemente dal tempo di esecuzione».

È evidente che anche soltanto attraverso questi elementi «chiari e minimali» desumibili «dalla lettera della disposizione» sarebbe stato possibile giungere, nel caso affrontato dal Consiglio di Stato, a una conclusione maggiormente idonea a prevenire i rischi di un utilizzo elusivo e fraudolento della nuova tipologia contrattuale.

5.2. — Segue: ... *lavoro a progetto e call center* — In uno dei primi autorevoli commenti alle disposizioni legislative in esame, si è espresso un giudizio positivo circa la *ratio* antielusiva della riforma delle collaborazioni coordinate e continuative, alla luce del «diffuso ricorso a tale ultima figura esclusivamente in chiave di elusione della disciplina garantistica e di fraudolenta riduzione dei costi per l'impresa». Nel medesimo commento si è notato, infatti, come, fino all'intervento legislativo di riforma, accanto a figure lavorative genuinamente autonome, si facessero rientrare nell'ambito delle collaborazioni di cui all'art. 409, n. 3, cod. proc. civ., «addetti a *call center* o altre figure palesemente astrette nei classici vincoli spaziali, temporali e modali della subordinazione» (86). Naturalmente, l'opinione era espressa in termini di auspicio, posto che la capacità della incerta disciplina sul lavoro a progetto di reprimere eventuali abusi avrebbe dovuto essere sottoposta alla prova dei fatti.

Proprio con riguardo ai *call centers* è possibile verificare i primi esercizi interpretativi dell'autonomia collettiva e del governo.

(86) R. De Luca Tamajo, *Dal lavoro parasubordinato al lavoro «a progetto»*, cit., p. 13.

Vale subito la pena premettere che, lungi dall'essere escluso, il contratto di lavoro a progetto può essere legittimamente concluso per molte delle attività lavorative afferenti i *call centers*. Questa è l'opinione non solo del Ministro, espressa nella Circolare n. 17/2006, ma anche delle parti sociali. Il riferimento va, in particolare, all'Accordo Atesia dell'aprile 2006, ormai noto per aver impegnato anche le pagine del più importante quotidiano economico italiano, ma anche al meno noto Accordo territoriale concluso dal Gruppo Cos (87) con le strutture territoriali delle organizzazioni sindacali di Palermo nel gennaio 2005.

Non si ignorano i successivi sviluppi della vicenda *call center*, che, attraverso l'avviso comune sottoscritto da Confindustria, Cgil, Cisl e Uil il 4 ottobre 2006 (88), hanno condotto il legislatore a inserire nella Finanziaria 2007 (89) disposizioni di sostegno ai percorsi di stabilizzazione timidamente inaugurati dall'Accordo Atesia. Per ciò che qui interessa, però, ossia individuare la linea interpretativa accolta dal sindacato e dal nuovo esecutivo, in particolare sul possibile contributo degli artt. 61 ss. nel dirimere i problemi di qualificazione contrattuale, si ritiene di poterne prescindere. In primo luogo, perché il merito di aver dato avvio all'intero processo è ascrivibile all'attività degli ispettori del lavoro (90), piuttosto che a quella sindacale o governativa; e, poi, perché non si rintraccia alcun contributo giuridico di grande rilievo alla questione qualificatoria (91).

(87) Atesia e Cos fanno parte del medesimo Gruppo Almaviva.

(88) V. Silvestri, *Le collaborazioni nei call center e l'avviso comune delle parti sociali*, in *Giur. lav.*, 2007, 42, pp. 28 ss.

(89) Legge n. 296 del 2006, art. 1, commi 1202 ss. Sulla vicende delle stabilizzazioni vedi A. Maresca, L. Carollo, *Il contratto di collaborazione a progetto nel settore call center*, in *Dir. rel. ind.*, 2007, n. 3, pp. 675 ss. Il termine del 30 aprile 2007 previsto per la conclusione degli accordi di stabilizzazione è stato prorogato al 30 settembre 2008 dalla legge di conversione del cd. «Decreto milleproroghe», d.l. n. 248/2007, art. 7, comma 2-bis, oggetto di varie riflessioni in *Bollettino Speciale Adapt*, n. 3/2008, disponibile su www.fmb.unimore.it.

(90) Cfr. M. Roccella, *Call center: elogio degli ispettori del lavoro*, 21 settembre 2006, in *E&Lonline*.

(91) Con questo non si intende sottovalutare la positiva (ancorché speranzosa) constatazione di una possibile «inversione di tendenza nella politica del lavoro» sottolineata da V. Bavaro, *Lavoro a progetto e call center: l'inversione di tendenza concertata nell'Accordo collettivo di gruppo «Almaviva»*, disponibile su www.cgil.it/giuridico/, e, pare, presa in considerazione anche da M. Marazza, *Il mercato del lavoro dopo il caso Atesia. Percorsi di rientro dalla precarietà*, in *Arg. dir. lav.*, 2007, pp. 327 ss., ma soltanto chiarire che la risoluzione dei problemi di qualificazione tra subordinazione e autonomia non può passare attraverso una delega pilatesca all'autono-

Pur non volendo (e non potendo in questa sede) analizzare nel dettaglio i vari profili di problematicità presenti negli Accordi citati, è interessante notare come non solo la giurisprudenza, ma anche le organizzazioni sindacali, abbiano accolto un'interpretazione riduttiva della normativa sul lavoro a progetto (92). Nell'Accordo territoriale del 2005 si sostiene, infatti, la possibilità di individuare progetti in una molteplicità di attività produttive, tali da esaurire il complesso di attività, *in bound* od *out bound* (93), cui può essere adde- to un operatore. Il progetto specifico finisce per essere individuato e confuso con specifiche campagne di promozione o vendita di determinati prodotti, forme di assistenza remota ecc., che altro non sono se non progetti o programmi aziendali, affidati in *outsourcing* a società fornitrici di servizi di *call center*, e che rappresentano per tali società l'attività principale e non una a essa connessa o funzionale. Nella sezione dell'Accordo dedicata alle forme di coordinamento, le parti convergono che «durante l'esecuzione della prestazione il collaboratore dovrà attenersi alle istruzioni operative del responsabile del progetto», avallando, quindi, la possibilità per il committente di ingaggiare un soggetto terzo, diverso dal collaboratore stesso, abilitato a dettare «istruzioni operative» «durante l'esecuzione del rapporto» (94). È fin troppo evidente che, così interpretato, il dato normativo finisce per perdere gran parte della funzione antifraudolenta che lo aveva ispirato.

Ma è l'Accordo Atesia a mostrare in modo sufficientemente chiaro quale sia la posizione delle parti sociali a proposito dell'utilizzo della nuova figura contrattuale. La previsione di assunzioni di lavoratori subordinati a tempo indeterminato provenienti dal «bacino dei collaboratori a progetto», considerato bacino preferenziale anche per le successive eventuali assunzioni, dimostra che il lavoro a progetto è e sarà utilizzato in tali casi per un'unica ragione, ovvero per la riduzione dei co-

mia collettiva, ma richiede, al contrario, una scelta legislativa chiara e sistematicamente coerente.

(92) Parla di tendenza delle organizzazioni sindacali alla registrazione dell'esistente, nel settore dei *call centers*, A. Perulli, *Lavori atipici e parasubordinazione tra Diritto europeo e situazione italiana*, in q. *Riv.*, 2006, n. 4, p. 744.

(93) Sommarariamente, intendendo con riferimento alle prime le attività di risposta alle chiamate dell'utenza, e con riferimento alle seconde le chiamate effettuate dall'operatore per la promozione di specifiche campagne pubblicitarie.

(94) Che si faccia riferimento necessariamente a un collaboratore a progetto, comunque, non è affatto scontato. La vaga terminologia utilizzata lascia aperta la possibilità che la figura del responsabile del progetto possa essere ricoperta anche da un dipendente dell'azienda.

sti da lavoro imposta dalla «pratica delle gare al massimo ribasso che non garantisce la effettiva copertura dei costi contrattuali». Insomma, ancora una volta le disfunzioni del mercato del lavoro finiscono per gravare in primo luogo sulla parte debole del rapporto di lavoro, anche grazie a strumenti che, troppo spesso, consentono di trasferire su di essa un rischio, quello d'impresa, che dovrebbe essere di altri. Seppur comprensibile, se osservata dall'angolo prospettico di una politica sindacale che mira ad avviare la stabilizzazione di una serie di rapporti precari, l'interpretazione accolta dalle organizzazioni sindacali è, però, non condivisibile dal punto di vista sociale, risolvendosi in una legittimazione di fatto dell'utilizzo della figura in esame per una mera riduzione dei costi, e non corretta dal punto di vista tecnico-giuridico, se è vero ciò che è stato detto nei paragrafi precedenti.

Apprezzabile è, invece, la Circolare n. 17/2006 per quanto concerne il tentativo di limitare l'utilizzabilità del lavoro a progetto nel settore in questione, circoscrivendolo alle sole attività *out bound* (95) ed escludendo l'attività di mera risposta alle chiamate dell'utenza, anche se il giudizio complessivo su di essa non può che essere negativo. Basti pensare alla, affatto remota, eventualità che lo stesso lavoratore si trovi a svolgere sia attività di risposta alle chiamate che attività di promozione pubblicitaria (96). Per il resto, il Ministro si limita a confermare (97), in maniera esplicita o implicita, la linea morbida suggerita dal suo predecessore, ponendosi in continuità con essa su aspetti qui ritenuti fondamentali (98).

(95) Vedi Tribunale di Livorno 8 gennaio 2007, in *Giur. merito*, 2007, n. 11, pp. 2855 ss., con nota di M. Borzaga, *Sui vincoli all'utilizzo del lavoro a progetto nei call center*, pp. 2860 ss.

(96) M. Roccella, *Call center, l'equivoco continua*, su *L'Unità* del 23 giugno 2006, ironicamente, conclude: «si vorrebbe forse sostenere che quel lavoratore sia subordinato quando risponde al telefono A, per trasformarsi, un attimo dopo, in libero professionista della cornetta quando aziona l'apparecchio B?»; considerazioni critiche sulla Circolare n. 17 sono ora espresse dallo stesso Autore anche in M. Roccella, *Lavoro subordinato e lavoro autonomo, oggi*, cit., pp. 27 ss. La speciosità della distinzione è evidente nel racconto di S. Del Vecchio, *Lavoro in un call center, le mondine del XXI secolo*, 4 maggio 2005, in *E&Online*.

(97) Illuminanti in tal senso sono i commenti favorevoli alla Circolare «Damiano» di chi ha da subito sostenuto la linea interpretativa morbida. Cfr. M. Tiraboschi, *Il Ministro del lavoro Cesare Damiano conferma la finalità antifraudolenta del lavoro a progetto e applica la Legge Biagi per porre freno all'abuso delle collaborazioni nei call center*, in *Bollettino Adapt*, n. 34/2006, disponibile su www.fnb.unimore.it.

(98) Medesime valutazioni possono essere espresse anche per la più recente Circolare n. 4/2008.

6. — *Brevi conclusioni sulla legittimità costituzionale della disciplina del nuovo tipo contrattuale* — Congiuntamente alla tecnica legislativa scadente di cui si è fatto uso nella stesura del d.lgs. n. 276, perno della linea interpretativa morbida che si va affermando è, senza dubbio alcuno, la supposta incostituzionalità dell'art. 69, comma 1, nella versione che ne sostiene la natura di presunzione *iuris et de iure*. Tale contrasto si concretizzerebbe con riferimento al noto principio di indisponibilità del tipo contrattuale, cui si è già fatto cenno (cfr. par. 4), e con gli «artt. 3, 4, 35, e 41 Cost., poiché non consente di lavorare a tempo indeterminato a soggetti che intendono conservare la propria libertà personale e professionale proprio evitando i rigidi vincoli di obbedienza, di orario e di luogo tipici della subordinazione e correlativamente non consente alle imprese e alle altre organizzazioni di avvalersi di tali lavoratori» (99).

Rinviano, sulla legittima esclusione dall'ordinamento delle collaborazioni a tempo indeterminato (100), a osservazioni già da altri formulate (101), per quanto riguarda il primo profilo di incostituzionalità sol-

(99) Cfr. A. Vallebona, *La riforma dei lavori*, cit., p. 22.

(100) Sulla possibilità di addivenire a una simile conclusione anche prima della riforma del 2003, si veda M. Napoli, *Autonomia individuale e autonomia collettiva alla luce delle più recenti riforme*, in Atti delle giornate di studio di Diritto del lavoro, Abano Terme-Padova, 21-22 maggio 2004, Milano, Giuffrè, 2005, p. 41.

(101) Cfr. G. Santoro Passarelli, *La nuova figura del lavoro a progetto*, in Aa.Vv., *Diritto del lavoro. I nuovi problemi...*, cit., p. 1426; in maniera più articolata M. Pallini, *Il lavoro a progetto: ritorno al... futuro?*, cit., par. 10, di cui si ritiene utile riportare un intero passaggio: «In secondo luogo si è lamentata la violazione sia dell'art. 35 Cost., secondo cui – si rammenta – “la Repubblica tutela il lavoro in tutte le sue forme e applicazioni”, sia degli artt. 2 e 41 Cost. a tutela della libertà di iniziativa economica. Assoggettando le collaborazioni coordinate e continuative alla disciplina del lavoro subordinato il legislatore avrebbe indebitamente vietato la possibilità di ricorrere a una delle forme di lavoro che invece è destinataria della tutela costituzionale, comprimendo conseguentemente anche la libertà di iniziativa economica dell'imprenditore che si esplica anche nella libera scelta delle modalità con cui organizzare la propria attività. Anche questi rilievi mi paiono infondati. L'interpretazione degli artt. 61 ss., d.lgs. n. 276/2003, che ho qui proposto non comporta affatto che sia preclusa la possibilità di avvalersi del lavoro coordinato e continuativo, dovendo necessariamente assoggettare a eterodirezione tutte le forme di lavoro inserite organicamente nell'impresa. Le parti possono liberamente concordare di sottrarre in parte o *in toto* il lavoratore all'obbligo di esser assoggettato al potere direttivo del datore e convenire individualmente o anche collettivamente diverse forme di coordinamento. Questo tipo di contrattazione nel precedente regime avrebbe reso il rapporto non più riconducibile alla fattispecie del lavoro subordinato e avrebbe comportato l'applicazione di una diversa disciplina legale; ora, invece, che l'“inserimento organico”, in luogo dell'eterodirezione, deve ritenersi l'elemento indefettibile della fattispecie, si aprono spazi a una contrattazione di tal ge-

levato si deve osservare che esso sottende una interpretazione delle pronunce contenenti l'enunciazione del principio di indisponibilità del tipo che sembra andare oltre (e forse anche porsi in contrasto con) il «detto» e il «non detto» (102) della Corte Costituzionale. Il giudice delle leggi ha, infatti, affermato come non solo non sia «consentito al legislatore di autorizzare le parti a escludere direttamente o indirettamente, con la loro dichiarazione contrattuale, l'applicabilità della disciplina inderogabile prevista a tutela dei lavoratori a rapporti che abbiano contenuto e modalità di esecuzione propri del rapporto di lavoro subordinato» (103), ma, anche, che non è permesso al legislatore stesso «negare la qualificazione giuridica di rapporti di lavoro subordinato a rapporti che oggettivamente abbiano tale natura, *ove da ciò derivi l'inapplicabilità delle norme inderogabili previste dall'ordinamento per dare attuazione ai principi, alle garanzie e ai diritti dettati dalla Costituzione a tutela del lavoro subordinato*» (104).

Dunque, come è stato condivisibilmente osservato (105), la Corte «non ha affatto affermato l'immodificabilità dei tipi contrattuali» e, soprattutto, non ha inteso consacrare «una costituzionalizzazione del lavoro subordinato esclusivamente nelle forme sancite dall'art. 2094 cod. civ.». Di questo, d'altronde, sembra essere consapevole anche la Cassazione, che, in una recente pronuncia, ha stabilito che, «a certe condizioni, ben può il legislatore attribuire al rapporto la natura subordinata» (106). Al contrario, il giudice costituzionale, affermando che «affin-

nere senza per questo dover accedere a tipi contrattuali e – soprattutto – a una regolazione legale completamente diversa rispetto a quella propria del lavoro subordinato. Una contrattazione della cui genuinità non si potrà in alcun modo dubitare giacché non potrà che avere una natura migliorativa per il lavoratore che avrà la possibilità di convenire ambiti di autonomia personale senza per questo perdere tutele legali».

(102) M. D'Antona, *Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel Diritto del lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 1995, pp. 63-90; ora anche in M. D'Antona, *Opere*, vol. I, Milano Giuffrè, pp. 189-220.

(103) Corte Cost. sentenza n. 121 del 1993, in *Giur. cost.*, I, 1993, pp. 1004 ss.

(104) Corte Cost. sentenza n. 115 del 1994, in *Giur. cost.*, I, 1993, pp. 976 ss. (cor-sivo nostro).

(105) M. Pallini, *Il lavoro a progetto: ritorno al... futuro?*, cit., p. 45; vedi, inoltre, V. Nuzzo, *Le collaborazioni coordinate e continuative. Una lunga storia*, cit., p. 279, anche per i riferimenti citati dall'Autore alla nota 104.

(106) Cass. n. 17759/2005, in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, relativa al rapporto di lavoro dei lettori universitari di lingua straniera, con nota critica di A. Avondola, *Una breccia nel muro invalicabile della indisponibilità qualificatoria nel Diritto del lavoro?*, pp. 552 ss.; il virgolettato è dell'Autore, p. 552.

ché sia salvaguardato il [loro] carattere precettivo e fondamentale [di principi garanzie e diritti stabiliti dalla Costituzione], essi debbono trovare attuazione ogni qual volta vi sia, nei fatti, quel rapporto economico-sociale al quale la Costituzione [li] riferisce» (107), sembra aver in un certo senso sollecitato il legislatore a riflettere su un adeguamento della nozione di subordinazione necessitata dal suo ormai «incerto [...] significato classificatorio» e «assiologico» dovuto alla «declinante “oggettività” della figura del lavoratore subordinato» (108).

Inoltre, se nella sentenza n. 115 è rintracciabile una sollecitazione alla riflessione, nella sentenza n. 30 del 1996 (109) la Corte si spinge oltre, dettando le direttive costituzionalmente necessitate (110) cui attersi nella riflessione, distinguendo il concetto di subordinazione tecnico-funzionale da quello di subordinazione «in senso stretto», in cui «assume rilievo non tanto lo svolgimento di un'attività di lavoro connotata da elementi di subordinazione, quanto il tipo di interessi cui l'attività è funzionalizzata e il corrispondente assetto di situazioni giuridiche in cui è inserita». Questo concetto di subordinazione sarebbe riscontrabile, ad avviso del giudice delle leggi (111), «dal concorso di due condizioni che negli altri casi non si trovano mai congiunte: l'alienità (nel senso di destinazione esclusiva ad altri) del risultato per il cui conseguimento la prestazione di lavoro è utilizzata, e l'alienità dell'organizzazione produttiva in cui la prestazione si inserisce». In tal modo, la Corte ha indicato quale sia «la ragione ultima dell'imputazione delle tutele del Diritto del lavoro» individuandola proprio in questa condizione di doppia alienità e non nella eterodirezione, «che meriterebbe di essere collocata più propriamente sul piano degli effetti conseguenti a una qualificazione già operata» (112).

(107) Corte Cost. sentenza n. 115 del 1994, cit.

(108) Tutte espressioni di M. D'Antona, *Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel Diritto del lavoro*, cit. par. 10.

(109) Corte Cost. sentenza n. 30 del 1996, in *Giur. cost.*, I, 1996, pp. 289 ss.

(110) Di «interpretazione costituzionalmente orientata» parla, con riferimento alla sentenza della Corte in argomento, M. Roccella, *Lavoro subordinato e lavoro autonomo, oggi*, cit., pp. 33 ss.

(111) Ma vedi anche Cass. sentenza n. 21646/2006, in q. *Riv.*, 2007, n. 2, pp. 144 ss., con nota di M. Roccella, *Spigolature in tema di subordinazione. Lo strano caso del sig. B.*, pp. 131 ss., e Cass. sentenza n. 820/2007, in q. *Riv.*, 2007, n. 4, pp. 654 ss., con nota di A. Allamprese, *Subordinazione e doppia alienità: la Cassazione batte un colpo*, pp. 658 ss.

(112) M. Roccella, *Manuale di Diritto del lavoro*, cit., pp. 41-42; L. Mengoni, *Il contratto individuale di lavoro*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2000, pp. 181 ss.

Pur non volendo e non potendo entrare nel vivo del dibattito teorico sulla necessità (o meno) e sulle modalità di revisione dei tipi contrattuali, in particolare della nozione legale di subordinazione, non intaccata in maniera diretta dal legislatore della riforma, basti osservare, però, che nessun rilievo di incostituzionalità della disciplina del lavoro a progetto sembra nascere dalla analisi delle sentenze della Corte se non, forse, in riferimento al regime delle esclusioni. Certo, di tale disciplina si può discutere la opportunità dal punto di vista della politica del diritto, ma, a ben vedere, proprio ragioni di tutela costituzionale legate alla frequente ricorrenza delle condizioni dell'alienità del risultato e della organizzazione produttiva nel lavoro autonomo coordinato dovrebbero indurre a prendere sul serio la pur incompleta e lacunosa riforma realizzata dal d.lgs. n. 276, valorizzandone il portato sistematico.

Non resta che una amara constatazione. Era nel giusto chi aveva affermato che sarebbe bastata un po' di «verbosa estrosità» (113) a rendere inutile la riforma; anzi, alla luce della interpretazione proposta nella Circolare ministeriale n. 1 del 2004 e accolta dalla giurisprudenza di cui si è dato conto, non servirà nemmeno quella.

(113) U. Romagnoli, *Radiografia di una riforma*, in *Lav. dir.*, 2004, p. 32.

Maddalena Rosano (*)

LA TUTELA DEL LAVORATORE NELL'INSOLVENZA TRANSNAZIONALE

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. La disciplina dell'insolvenza transnazionale in ambito comunitario: il Regolamento Ce n. 1346/2000. — 3. Questioni sulla determinazione del giudice competente. — 3.1. Due principi a confronto: la *lex concursus*. . . — 3.2. *Segue*: . . . e la *lex loci laboris*. — 3.3. Il requisito della «abitudine» nella giurisprudenza della Corte di Giustizia. — 3.4. I diritti del lavoratore e il principio di non contrarietà all'ordine pubblico: l'*escamotage*. — 4. I criteri di giurisdizione. — 5. Gli effetti del Regolamento sui diritti dei lavoratori. — 5.1. *Segue*: Luogo di lavoro, giudice competente e «asimmetria» delle tutele. — 5.2. *Segue*: Le possibili implicazioni della mancata apertura di una procedura secondaria. — 5.3. *Segue*: Il potere del curatore sulla sorte dei rapporti di lavoro. — 6. La tutela dei crediti da lavoro nelle procedure di insolvenza transnazionale. — 6.1. *Segue*: Le innovazioni introdotte dalla Direttiva n. 2002/74/Ce. — 7. Conclusioni.

1. — *Premessa* — Il crescente sviluppo delle relazioni economiche tra soggetti appartenenti a Stati diversi ha reso sempre più attuale l'esigenza di armonizzazione dei sistemi giuridici in materia di insolvenza e il loro coordinamento con i principi generali del Diritto internazionale privato.

L'intento, in questa sede, è di analizzare le questioni che interessano il rapporto di lavoro nell'ipotesi in cui lo stato di insolvenza riguardi le imprese che svolgono un'attività che sia qualificabile come «transnazionale» (1); pertanto, prendendo spunto dall'ipotesi di insolvenza discipli-

(*) Assegnista di ricerca in Diritto del lavoro nella Luiss «Guido Carli» di Roma.

(1) L'«impresa transnazionale» è quella che, «indipendentemente dalla nazionalità o dalla multinazionalità, dispiega le proprie attività attraverso il superamento di una frontiera o (e) al di sopra delle frontiere, indipendentemente dall'azione degli Stati»; così I. Daugareilh, *La contrattazione collettiva internazionale*, in *Lav. dir.*, 2005, n. 4, pp. 599-629, p. 611. Per F. Galgano, *L'impresa transnazionale e diritti nazionali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, n. 1, pp. 39-51, p. 41, l'aggettivo transnazionale «rende l'idea di un'impresa pur sempre nazionale, avente cioè la nazionalità del suo capitale di comando, e che tuttavia opera per il tramite di società di controllate, che situa fuori dei confini nazionali».

nata dal Regolamento comunitario 29 maggio 2000, n. 1346, si tenterà di individuare le tutele necessarie al lavoratore che vi è coinvolto.

Certo, non va escluso che nell'ambito delineato possono rientrare sia rapporti di lavoro diversamente qualificati, sia i casi di prestazione lavorativa svolta per i gruppi di imprese, soprattutto quando l'utilizzazione del lavoratore tra le società del gruppo è di tipo «cumulativo» e non «alternativo» (2). Il riferimento a specifiche situazioni richiederebbe un'analisi particolareggiata della disciplina dello specifico rapporto, e complicherebbe l'indagine, posto che il Regolamento non fa menzione di realtà giuridiche particolari, ma si riferisce genericamente all'impresa e al «centro di interessi» e altrettanto genericamente richiama il «rapporto di lavoro».

2. — *La disciplina dell'insolvenza transnazionale in ambito comunitario: il Regolamento Ce n. 1346/2000* — Il Regolamento n. 1346/2000 (3) disciplina le procedure di insolvenza che interessano più Stati membri dell'Unione europea (4), proponendosi l'obiettivo di creare uno spazio comunitario nel quale le procedure d'insolvenza transfrontaliera siano «efficienti ed efficaci», al fine di consentire il buon funzionamento del mercato interno, che, a sua volta, è significativamente influenzato dalla sorte delle imprese impegnate in attività con implicazioni economiche in più Stati.

L'ambito di applicazione del Regolamento non include le procedure con effetti concentrati in un solo Stato, atteso che il legislatore europeo sembra mirare all'efficacia dei soli procedimenti con evidenti implicazioni transfrontaliere. Tale interpretazione si presenta ambigua e di difficile attuazione perché non è agevole classificare una procedura di in-

(2) Vedi, per tutti, A. Vallebona, *Problemi del rapporto di lavoro nei gruppi di società*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1982, pp. 673-692.

(3) Modificato prima dal Regolamento n. 603/2005, poi dai Regolamenti n. 694/2006 e n. 1791/2006, che non hanno apportato modifiche sostanziali se non negli allegati recanti le denominazioni delle procedure e dei curatori a seguito dell'ingresso nella Comunità di nuovi Stati.

(4) Per una disamina delle Convenzioni comunitarie e sovranazionali stipulate vedi P. De Cesari, *Le fonti in materia di insolvenza transfrontaliera*, in Idem, G. Montella, *Le procedure di insolvenza nella nuova disciplina comunitaria*, 2004, pp. 3 ss.; C. Dordi, *La Convenzione europea su alcuni aspetti internazionali del fallimento: la consacrazione dell'universalità limitata degli effetti delle procedure concorsuali*, in *Dir. comm. int.*, 1993, n. 3, pp. 617-650, p. 626, nonché C. Punzi, *Le procedure d'insolvenza transfrontaliera nell'Unione europea*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, n. 4, pp. 987-1037.

solvenza come «domestica» e per la quale sia possibile escludere *a priori* la presenza attuale o potenziale di risvolti transnazionali, ed è per questo motivo che è più corretto fare riferimento alle procedure per le quali gli effetti in più Stati siano almeno in astratto possibili (5).

L'obiettivo principale del Regolamento è la realizzazione di un fitto coordinamento tra i procedimenti pendenti in diversi Stati contro lo stesso imprenditore al fine di armonizzarne gli effetti, con l'evidente conseguenza, però, di una limitazione alla libera esplicazione della normativa nazionale, se si considera che la previsione dell'automatico riconoscimento delle decisioni emanate dal giudice di un altro paese e la preclusione dell'apertura di una seconda procedura principale rappresentano elementi di forte ingerenza, se non addirittura di modifica della legislazione dello Stato membro interessato (6). Tale implicazione è vista con favore da chi del Regolamento ha apprezzato, oltre all'incisività, la specificità dei contenuti, tanto da definirlo «piccolo codice di Diritto privato fallimentare», e con poco entusiasmo da chi, invece, ne ha voluto esaltare le carenze (7). Non va sottaciuto il notevole sforzo che gli Stati membri hanno compiuto per portare alla luce tale risultato normativo, posto l'ampio disinteresse sempre manifestato nel regolamentare spontaneamente l'insolvenza transfrontaliera, anche in sede di riforma del Diritto internazionale privato (8).

(5) Cfr. V. Proto, *Regolamento Ue sulle procedure di insolvenza: un'opportunità per il legislatore italiano*, in *Fall. proc. conc.*, 2000, n. 7, pp. 709-710, nonché V. E. Ricci, *Il riconoscimento delle procedure di insolvenza secondo il Regolamento Ce n. 1346/2000*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, n. 2, pp. 387-408, p. 391.

(6) Cfr. P. Lascaro, *Brevi considerazioni sul Regolamento Ce n. 1346/00 in tema di insolvenza transfrontaliera*, in *Dir. fall.*, 2004, n. 6, pp. 1324-1334, p. 1329.

(7) Favorevole è L. Daniele, *Legge applicabile e diritto uniforme nel Regolamento comunitario relativo alle procedure di insolvenza*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2002, n. 1, pp. 33-50, per il quale il Regolamento rappresenta un «salto di qualità» per «analiticità, completezza e originalità». *Contra* A. Cavalaglio, *Spunti in tema di Regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza e di riforma urgente della legge fallimentare*, in *Dir. fall.*, 2003, n. 2, pp. 580-596, p. 582, ha evidenziato il difetto di una disciplina per la litispendenza e per il Regolamento di competenza.

(8) Vedi G. Bongiorno, *La tutela dei creditori nella nuova disciplina comunitaria delle procedure di insolvenza*, in *Dir. fall.*, 2003, I, pp. 640-650, p. 649; S. Di Amato, *Le procedure di insolvenza nell'Unione europea: competenza, legge applicabile ed efficacia transfrontaliera*, in *Fall. proc. conc.*, 2002, n. 7, pp. 693-703. Resta attuale, a seguito del d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5 (in *Gazz. Uff.*, n. 12, del 16 gennaio 2006), come modificato dal d.lgs. n. 169/2007, il contrasto tra l'art. 9, r.d. 16 marzo 1942, n. 267, che stabilisce che la dichiarazione di insolvenza e di apertura di procedura concorsuale all'estero non è preclusiva dell'avvio della procedura falli-

Obiettivo non secondario del legislatore comunitario è di limitare il ricorso alla diffusa pratica del cd. *forum shopping*, consistente nel trasferimento di beni e di procedimenti giudiziari da uno Stato all'altro, con l'unico scopo di avvantaggiarsi di sistemi giuridici più convenienti a danno dei creditori e della cd. *par condicio creditorum*.

Per comprendere gli effetti del Regolamento sul Diritto del lavoro si rende necessaria una preliminare analisi degli aspetti e delle peculiarità della disciplina concorsuale.

La regolamentazione dell'insolvenza transnazionale comunitaria è improntata al principio della «universalità attenuata o limitata», evidente compromesso tra i due diversi modelli di efficacia della *lex concursus*: quello ispirato al principio della *universalità* e quello, invece, incentrato sul criterio della *territorialità* (9), che constano di presupposti diversi. Il *primo* prevede l'esistenza di un unico Tribunale competente a dichiarare l'apertura di una sola procedura di insolvenza, a sua volta idonea a coinvolgere tutti i beni del debitore, ovunque situati, con l'applicazione di un'unica legge; il *secondo* limita gli effetti della *lex concursus* al territorio di ogni singolo Stato, con la conseguente presenza di più Tribunali, di più procedure e di diverse leggi applicabili.

Posto poi che le differenze tra i diritti sostanziali esistenti in ogni singolo paese membro avrebbero reso poco agevole l'istituzione di un procedimento unico avente valore universale per tutta la Comunità (Considerando n. 11) e che, *al contrario*, la limitazione degli effetti delle procedure al solo territorio statale non avrebbe risposto all'esigenza di coordinamento che richiedeva una legge comunitaria in materia di insolvenza, l'unica opzione percorribile era quella «mediana» dell'*univer-*

mentare dello stesso soggetto insolvente da parte del giudice italiano, e l'art. 7, legge n. 218/1995, secondo il quale la pendenza della medesima causa davanti al giudice straniero preclude la procedibilità dell'azione in Italia, sempre che il giudice italiano ritenga che la decisione della causa estera possa produrre effetti per l'ordinamento italiano. Cfr. S. M. Carbone, *Il c.d. fallimento internazionale tra riforma del d.i.p. e normativa di diritto uniforme*, in *Dir. comm. int.*, 1998, pp. 633-645. Vedi anche Idem, *Una nuova ipotesi di disciplina italiana dell'insolvenza transfrontaliera*, in *Fall. proc. conc.*, 2000, n. 9, pp. 950-960. Per un primo commento della riforma vedi F. Alleva, *Primissime note critiche in tema di riforma fallimentare*, in *q. Riv.*, 2006, n. 1, pp. 103-132.

(9) Per un confronto vedi P. De Cesari, *Le fonti...*, cit., pp. 5 ss.; G. Bongiorno, *op. cit.*, p. 641; S. Di Amato, *op. cit.*, p. 694; V. Vitalone, *Il Regolamento n. 1346/2000 del consiglio delle Comunità europee relativo alle procedure di insolvenza*, in *Giust. civ.*, 2002, II, pp. 317-324.

salità attenuata, chiaramente ispirata al modello del *Bankruptcy Reform Act*, in vigore negli Stati Uniti dal 1978 (10).

Tale principio prevede, all'interno dello spazio giuridico europeo, la possibilità di apertura di più procedure nei confronti del medesimo soggetto, dotate, però, di caratteristiche e presupposti differenti: la procedura cd. *principale*, che è unica (non possono esserne due), è aperta nel luogo in cui il debitore ha «il centro degli interessi principali» (art. 3, par. 1) e può essere finalizzata sia al risanamento, sia alla liquidazione; tale procedura ha portata universale e comprende tutti i beni del debitore ovunque situati.

Quelle cd. *secondarie*, invece, possono essere aperte nello Stato membro in cui l'imprenditore abbia almeno una «dipendenza» (art. 3, par. 2) e perseguono l'obiettivo della sola liquidazione (11); gli effetti di tali procedure sono limitati ai beni ubicati sul territorio dello specifico Stato membro.

È altresì prevista la possibilità di aprire una procedura locale *indipendente o autonoma* anche prima che sia aperta una procedura principale (che è, invece, propedeutica all'apertura di una o più procedure secondarie) in *due casi*, e precisamente: a) quando non sussistano le condizioni per promuovere la procedura principale, in forza della legislazione dello Stato membro in cui si trova il centro degli interessi principali del debitore (art. 3, par. 4, lett. a); b) quando il procedimento sia richiesto dai creditori locali più esposti agli effetti pregiudizievoli di una procedura che sarà disposta altrove, o perché tali creditori hanno il domicilio, la residenza abituale o la sede, nello Stato membro in cui si trova la dipendenza, oppure perché il loro credito deriva dall'esercizio stesso della dipendenza (art. 3, par. 4, lett. b). In dette ipotesi, in deroga al principio generale, tale procedura può essere finalizzata anche al risanamento (12).

(10) Al modello statunitense, che prevede un fallimento principale e più fallimenti derivati (*ancillary proceedings*), si sono ispirati anche la Svizzera e la Repubblica Federale di Germania. Sul punto vedi C. Dordi, *op. cit.*, p. 625.

(11) La normativa europea impedisce l'applicazione al concordato preventivo e all'amministrazione straordinaria delle norme per le procedure secondarie, perché hanno finalità conservative. Resta il dubbio, attesa l'inclusione delle due procedure nell'Allegato I del Regolamento.

(12) Per l'apertura di una procedura territoriale deve dimostrarsi lo stato di insolvenza del debitore, vista l'assenza della procedura principale. Ai sensi dell'art. 36, se in un secondo momento è aperta la procedura principale, quella territoriale indipendente diviene secondaria dipendente con applicazione degli artt. da 31 a 35, sempre che

È agevole intuire che la distinzione tra procedimento principale e secondario è tutt'altro che irrilevante, soprattutto per gli effetti derivanti dalla diversa competenza giurisdizionale sui diritti dei creditori, atteso che la legge dello Stato di apertura, oltre a determinare le condizioni di svolgimento e chiusura della procedura di insolvenza, definisce anche gli effetti sulle azioni giudiziarie individuali (art. 4, par. 2, lett. *f*), salvo che per i procedimenti pendenti. I presupposti del «centro degli interessi principali» e quello della «dipendenza» rappresentano, invece, i due criteri di giurisdizione prescelti dal legislatore comunitario (13).

3. — *Questioni sulla determinazione del giudice competente* — Le questioni di giurisdizione che interessano le procedure d'insolvenza in ambito transnazionale e le contrapposte esigenze del debitore e della massa dei creditori vanno confrontate, e ove possibile integrate, con le questioni riguardanti la legge applicabile al contratto di lavoro, quando questo presenta elementi di internazionalità.

È chiaro che il lavoratore nel caso di insolvenza assume la qualità di creditore «speciale» perché, oltre a essere inserito nel contesto organizzativo dell'impresa e a dover essere tutelato per gli eventuali crediti derivanti dall'attività lavorativa svolta e non remunerata, è altresì esposto alla più grave conseguenza di perdita dell'occupazione, in attesa che si decida nell'interesse dei creditori, e, ove possibile, in base alla legge dello Stato, l'esercizio provvisorio o la generica procedura di risanamento dell'azienda.

La questione della competenza, con riferimento al rapporto di lavoro nell'ambito di una procedura di insolvenza transnazionale, si aggiunge al dibattito, ancora attuale in Italia, sul riparto della sfera di potere giurisdizionale tra il giudice del lavoro e il Tribunale fallimentare, riferibile a una serie di ipotesi (l'accertamento della illegittimità, inefficacia, nullità o l'annullamento del licenziamento nonché il conseguente diritto alla reintegrazione) (14).

la legge dello Stato lo consenta. Sugli effetti delle procedure vedi P. De Cesari, *Giurisdizione, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni del Regolamento comunitario relativo alle procedure di insolvenza*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2003, n. 1, pp. 55-84, p. 67; G. U. Tedeschi, *Procedura principale e procedure secondarie nel Regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza*, in *Dir. fall.*, 2003, n. 2, pp. 540-550, p. 547.

(13) P. De Cesari, *op. ult. cit.*, p. 63.

(14) In talune legislazioni la competenza in materia di Diritto del lavoro è contesa tra due organismi, entrambi addetti alla tutela dei diritti del lavoratore. Vedi, ad es., gli *Industrial Tribunals* inglesi, che «concorrono» con le corti ordinarie (*County Court*) in-

Sul criterio del riparto, la dottrina maggioritaria sostiene che la competenza del giudice del lavoro permane indipendentemente dalla prosecuzione dell'attività o dall'autorizzazione all'esercizio provvisorio e riguarda l'accertamento della illegittimità, inefficacia, nullità o l'annullamento del licenziamento nonché il conseguente diritto alla reintegrazione (15).

Solo una parte minoritaria sostiene che la competenza del giudice del lavoro dovrebbe essere limitata a due soli casi: *a*) quando sia materialmente possibile reintegrare il lavoratore «per essere in corso l'esercizio provvisorio o per essere stata affittata l'azienda» (16); *b*) quando la controversia sia limitata all'accertamento dell'illegittimità del recesso, al fine di identificare il momento al quale riferire l'effetto estintivo e la durata complessiva del rapporto per fini previdenziali, «attesa la impossibilità, per la relativa statuizione, di incidere su una successiva domanda di partecipazione al concorso». In realtà, la confusione potrebbe crearsi qualora l'azione tenda sia alla tutela del posto di lavoro sia alla richiesta di somme; ma l'orientamento giurisprudenziale più restrittivo, che ritiene legittima la proposizione al giudice del lavoro, delle sole domande che non presentino alcuna richiesta di pagamento – seppure consequenziale – e che sostiene, altresì, che in questi casi l'illegittimità del licenziamento rappresenti una premessa logico-giuridica all'ottenimento delle somme, è ormai superato (17), anche a seguito della sentenza Cass., Ss.Uu., 10 gennaio 2006, n. 141 (18).

centivando pratiche di *forum shopping*. Cfr. M. Tiraboschi, *Tribunali Industriali e tecniche di tutela dei diritti dei lavoratori: il caso inglese*, in *Dir. rel. ind.*, 1995, n. 2, pp. 161-182.

(15) Vedi Cass. 9 ottobre 2006, n. 21634, in *Giust. civ.*, n. 10, p. 2836; Cass., Ss.Uu., 10 gennaio 2006, n. 141, in *Or. giur. lav.*, 2006, n. 1, pp. 170-179; Cass. 1° giugno 2005, n. 11674, in *Lav. giur.*, 2006, p. 93; Cass. 27 febbraio 2004, n. 4051, in *Riv. it. dir. lav.*, 2005, II, p. 242; Cass. 3 marzo 2003, n. 3129, in *Fall. proc. conc.*, 2004, n. 3, pp. 252-255; Cass. 15 maggio 2002, n. 7075, in *Fall. proc. conc.*, 2003, n. 2, pp. 149-152; Cass. 30 ottobre 2001, n. 13523, in *Riv. it. dir. lav.*, 2002, II, pp. 599-605; Cass. 27 luglio 1999, n. 8136, in *Fall. proc. conc.*, 2000, n. 3, pp. 309-312; Cass. 21 novembre 1998, n. 11787, in *Foro it.*, 1999, I, 1184; Cass. 5 giugno 1998, n. 5567, in *Fall. proc. conc.*, 1999, n. 3, p. 443; Cass. 18 agosto 1999, n. 8708, in *Fall. proc. conc.*, 2000, n. 3, p. 309.

(16) Vedi A. Caiafa, *I rapporti di lavoro nelle crisi di impresa*, 2004, pp. 174 ss.

(17) Cass. 18 agosto 1999, n. 8708, in *Fall. proc. conc.*, 2000, n. 3, p. 309; Cass. 21 novembre 1998, n. 11787, in *Foro it.*, 1999, I, 1184.

(18) In *Foro it.*, 2006, I, pp. 704 ss.

In ambito transnazionale la questione va ben oltre il semplice riparto di competenza perché l'individuazione del Tribunale, oltre a incidere sul rito procedurale da adottare (19), è rilevante soprattutto per la determinazione della legge applicabile e della tipologia di procedura esecutiva – sia essa di risanamento o di liquidazione – alla quale il soggetto può essere sottoposto. È ovvio che lo stesso soggetto giuridico, il cui patrimonio è posto a garanzia di una procedura di liquidazione in uno Stato membro, potrebbe beneficiare di una procedura di risanamento, in dipendenza del fatto che il Tribunale dichiaratosi competente appartenga a uno Stato membro diverso, con effetti evidentemente differenti anche per la sorte dei «malcapitati» lavoratori. Non solo. Va altresì considerato che tra uno Stato membro e l'altro lo stesso concetto di «stato di insolvenza» può essere inteso in modo diverso, per cui ci si potrebbe trovare paradossalmente invischiati in una delle procedure previste dal Regolamento pur non ritrovandosi, per la specifica legge dello Stato, in una situazione che ne integri i presupposti, siano essi oggettivi (20) o soggettivi. A queste vanno aggiunte le questioni che più in generale riguardano il sistema delle fonti del Diritto del lavoro e la relatività che assume in ambito internazionale il concetto di norma inderogabile.

3.1. — *Due principi a confronto: la lex concursus...* — Il Regolamento, già direttamente applicabile in ogni ordinamento nazionale (21), si fonda sulla reciproca fiducia nell'altrui attività giudiziaria

(19) In Italia, ad es., con l'istituzione del giudice unico di primo grado si pone un problema di rito applicabile.

(20) Il concetto di insolvenza assume un significato diverso in ogni Stato membro. Questo è lo Stato in cui l'insolvenza è determinata dal fatto che le passività del debitore superano le attività (Lussemburgo), o della sospensione dei pagamenti dei propri debiti (Malta), o ancora, dalla situazione in cui l'incapacità di pagamento è «non temporanea» (Finlandia), o vi è l'impossibilità di far fronte regolarmente al passivo esigibile (Spagna), fino all'ipotesi in cui si comprendono situazioni particolari in cui la specifica tipologia di insolvenza fa accedere ai diversi tipi di procedure. È il caso del Belgio, per il quale vige il criterio di insolvenza inteso come incapacità di pagare i debiti, che, in presenza di buona fede, permette il ricorso a un concordato giudiziario, e, qualora, invece, tale incapacità è non temporanea e non si gode di credito, prevede l'accesso al fallimento (legge 17 luglio 1997). In Italia l'insolvenza è il presupposto unico rappresentato dalla situazione in cui i fatti esteriori dimostrino che il debitore non è in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni. In Germania, per la ricevibilità di una istanza di fallimento è sufficiente addirittura il solo pericolo di insolvenza.

(21) In caso di conflitto tra norme comunitarie e norme interne, le prime, pur non implicando la caducazione delle seconde, ne impediscono l'applicazione da parte del

(cd. principio di *full faith and credit*), prevedendo il riconoscimento *automatico* della decisione di apertura della procedura in tutti gli altri paesi dell'Unione, non appena questa è capace di generare effetti nello Stato in cui è stata emanata. L'adozione di tale criterio semplifica la circolazione e l'attuazione delle decisioni in materia di insolvenza fino all'estrema ipotesi di poter assoggettare alle procedure il debitore che, per sua qualità, non vi sarebbe sottoposto nel suo paese (art. 16, par. 1).

Al fine di evitare i possibili conflitti positivi di giurisdizione tra le autorità dei diversi Stati, il Regolamento ha accolto una soluzione che coniuga il principio della *prevenzione* (o cd. *criterio della priorità*) con quello della *insindacabilità*, da parte degli organi giudiziari degli altri Stati, sul provvedimento emanato dal giudice che si è pronunciato per primo (22), riservando a ogni Stato membro il diritto di rifiutare di riconoscere una procedura o di eseguire una decisione se questa risulti palesemente «contraria all'ordine pubblico, in particolare ai principi fondamentali o ai diritti e alle libertà personali sanciti dalla Costituzione» (art. 26) (v. *infra*, par. 3.4.) (23).

È ovvio che il criterio della *prevenzione*, seppure apprezzato per l'evidente pragmatismo, non assicura dal rischio del conflitto di competenza tra i giudici (24). L'assenza di una regola specifica per dirimere il conflitto, quando almeno due Tribunali di Stati diversi si ritengano competenti ad aprire la procedura principale, è inevitabilmente vista come una

giudice nazionale. Vedi Corte Cost. 8 giugno 1984, n. 170. In generale sul conflitto vedi F. Santoni, *Il dialogo fra ordinamento comunitario ed ordinamento nazionale del lavoro: la legislazione*, in *Atti delle giornate di studio di Pavia 6-7 novembre 1992, 1994*, pp. 7-66, pp. 31 ss.

(22) Cfr. P. De Cesari, *Giurisdizione...*, cit., p. 73; C. Punzi, *op. cit.*, p. 1014.

(23) L'applicazione del principio è ammessa in limitate ipotesi: è esclusa la possibilità di invocare la qualità di non commerciante del debitore (Considerando n. 9), vedi P. De Cesari, *Il Regolamento comunitario n. 1346/2000 del 29 maggio 2000 relativo alle procedure di insolvenza. Aspetti generali*, in Idem, G. Montella, *op. cit.*, pp. 41 ss., p. 66. *Contra* vedi C. Dordi, *op. cit.*, che ravvisava, per l'Italia, «contrario all'ordine pubblico» sia il riconoscimento di una sentenza dichiarativa di fallimento nella quale non era stato rispettato il principio del contraddittorio «aspetto fondamentale della nostra civiltà giuridica», sia il «riconoscimento di una sentenza dichiarativa di fallimento di un soggetto non imprenditore».

(24) Con il d.lgs. n. 5/2006 il legislatore ha regolato il «conflitto positivo di competenza» ispirandosi al principio della *prevenzione*, introducendo l'art. 9-ter al r.d. n. 267/1942. In questo caso, diversamente dal Regolamento n. 1346/2000, è disciplinato il Regolamento di competenza, per cui in caso di dichiarazione di incompetenza il procedimento continua dinanzi al Tribunale competente che si è pronunciato per primo facendo salvi gli effetti precedenti.

grave deficienza del Regolamento (25) soprattutto per le disparità di trattamento che possono verificarsi (26). Ancor più grave è l'assenza di una norma sulla litispendenza, concepita nel suo significato più ampio, compresa l'ipotesi in cui la procedura non sia ancora stata aperta ma si trovi nella fase preliminare che intercorre tra il deposito dell'istanza e il momento della emanazione della sentenza (27), allorché nessun giudice si sia ancora pronunciato sulla propria competenza decidendo di aprire una procedura.

Il giudice che apre per secondo una procedura, ritenendola «parimenti» *principale* nei confronti dello stesso debitore, deve dichiarare la sua incompetenza e revocare la decisione di apertura (28), in virtù del principio dell'automatico riconoscimento (art. 16) e del principio della *prevenzione*. In alternativa questi può aprire una nuova procedura di tipo secondario in sostituzione della principale «erroneamente aperta», o convertire la prima in secondaria (29).

Ovviamente, ciò avviene anche quando le fasi preliminari sono contemporaneamente avviate in due Stati diversi. Queste, infatti, continueranno a «viaggiare» in parallelo, fino a quando uno dei giudici non adotterà la decisione che inizierà a produrre effetti (30).

Tale criterio, che si discosta dal principio del «momento di deposito dell'istanza» – affermato dalla Corte di Giustizia in tema di tutela dei

(25) A. Cavalaglio, *Spunti...*, p. 582.

(26) Vedi P. Lascaro, *op. cit.*, p. 1330.

(27) L'unica norma per la fase antecedente all'apertura riguarda la nomina del curatore provvisorio *ex art.* 38.

(28) Il principio della prevenzione è subordinato ai criteri di giurisdizione per cui, seppure antecedente, la procedura non aperta nel centro principale degli interessi del debitore deve cedere il passo a quest'ultima. Vedi Tar Lazio, Sez. III, caso *Eurofood-Parmalat*, 12 Luglio 2004, n. 6805, in *Fall. proc. conc.*, 2004, n. 11, pp. 1243-1264.

(29) Questo principio vale anche per l'Italia, indipendentemente dal criticato art. 9, legge fallimentare, secondo il quale la dichiarazione all'estero dell'insolvenza del debitore non preclude al giudice italiano la dichiarazione di fallimento nei confronti dello stesso debitore. Si ritiene, pertanto, valida la soluzione di chi, con una interpretazione adeguatrice, ha concluso che in tal caso si potrebbe aprire solo una procedura secondaria, a maggior ragione visto che a seguito del d.lgs. n. 5/2006 la formula è rimasta inalterata. Vedi C. Punzi, *Le procedure...*, cit., p. 1026.

(30) La produzione degli effetti si ha con la decisione di apertura e non con la notifica ai creditori dell'avvenuta apertura *ex art.* 40 del Regolamento; né è previsto che tale notifica sia necessaria alla produzione di effetti giuridici. Per la tardiva notifica potrebbero esistere gli estremi di un risarcimento del danno: cfr. Corte di Giustizia, Sez. I, 17 marzo 2005, *Commissione europea c. Ami Semiconductor Belgium* (già *Alcatel Microelectronics*), C-294/02.

crediti (31) – agevola il ricorso al cd. *forum shopping*. Il soggetto interessato a che la procedura principale sia gestita dai giudici di un certo Stato membro piuttosto che di un altro potrebbe, infatti, strumentalmente presentare una seconda istanza nello Stato con la legislazione più «interessante», contando sulla maggiore celerità della fase preliminare (32). Anche lo stesso debitore potrebbe richiedere l'apertura di una procedura di insolvenza a suo carico nello Stato in cui ha deciso di chiudere l'attività commerciale e, in attesa della decisione di apertura, attivarsi per spostare il centro dei propri interessi in un altro paese. In questo caso, la *ratio* di non agevolare il trasferimento di beni e di procedimenti giudiziari da uno Stato all'altro per tutelare i creditori (Considerando n. 4) si pone addirittura a vantaggio del debitore in mala fede (33).

Il riconoscimento di un procedimento non osta, però, all'apertura di un'altra procedura, seppur secondaria, se esiste una dipendenza in uno Stato membro diverso da quello in cui il debitore ha insediato il centro dei propri interessi e nel quale è stata già aperta la procedura principale (art. 16, par. 2).

3.2. — Segue: ... e *la lex loci laboris* — L'art. 10 del Regolamento esprime una deroga al criterio della *lex concursus*, stabilendo che «gli effetti della procedura di insolvenza sul contratto e sul rapporto di lavoro sono disciplinati esclusivamente dalla legge applicabile al contratto di lavoro».

Di tenore diverso è il concetto espresso nel «Considerando» n. 29 secondo il quale, a tutela dei diritti dei lavoratori e dei rapporti di lavoro,

(31) La sentenza Corte di Giustizia, 10 luglio 1997, *Maso e a.*, C-373/95, per evitare la vanificazione delle tutele accordate ha stabilito che il giorno dal quale può computarsi il periodo coperto da garanzia non è quello della data del provvedimento che dichiara lo stato di insolvenza, ma quello della presentazione dell'istanza. Nel primo caso l'emissione poteva intervenire anche molto dopo la presentazione della domanda, quando nell'arco temporale precedente non ricadeva alcun credito.

(32) Cfr. L. Daniele, *Il Regolamento n. 1346/2000 relativo alle procedure di insolvenza: spunti critici*, in *Dir. fall.*, 2004, I, pp. 593-622, p. 604.

(33) La Corte di Giustizia ha riconosciuto la competenza del giudice inizialmente dichiarato competente quando, tra la domanda e la decisione di apertura, il debitore abbia trasferito il centro degli interessi in un altro Stato membro. Il trasferimento della sede della società all'estero non rappresenta una ipotesi di applicabilità del Regolamento n. 1346/2000 se questo è avvenuto prima del deposito dell'istanza di fallimento in Tribunale. Vedi Corte di Giustizia 17 gennaio 2006, C-1/04, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2006, n. 2, pp. 509-514, nonché Cass., Ss.Uu., 23 gennaio 2004, n. 1244, in *Int'l Lis*, 2004/2005, n. 1, pp. 28-32.

«gli effetti della procedura di insolvenza sulla continuazione o la cessazione del rapporto di lavoro e sui diritti e obblighi gravanti su ciascuna parte del rapporto devono essere stabiliti dalla legge applicabile al contratto in base alle norme generali sui conflitti di leggi». In altre parole, per pervenire alla legge applicabile in base alla norma di conflitto di primo grado contenuta nel Regolamento è necessario utilizzare una norma di conflitto di secondo grado che, non essendo individuata espressamente, va ricercata nel sistema di Diritto internazionale privato in vigore nell'ordinamento al quale appartiene la *lex concursus* adottata per procedura (34). Altre questioni di Diritto fallimentare (sul privilegio dei crediti dei lavoratori e sul grado del privilegio tra le procedure ecc.) dovrebbero essere, invece, disciplinate dalla legge dello Stato di apertura («Considerando» n. 29).

In ambito comunitario, mentre la disciplina generale della legge applicabile al contratto di lavoro è contenuta nell'art. 6 della Convenzione di Roma del 1980 (35) (cui rinvia anche l'art. 57, legge n. 218/1995) (36), le questioni di competenza e di giurisdizione in materia sono state oggetto di specifiche previsioni, sia nella Convenzione di Bruxelles I del 1968 (37), sia nel Regolamento n. 44/2001 (38) (artt. 18, 19 e 20), concernente «la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale»; dal campo di applicazione di quest'ultimo so-

(34) Si veda L. Daniele, *op. cit.*, p. 44.

(35) La Convenzione sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali è stata aperta alla firma a Roma il 19 giugno 1980 (in *Gazz. Uff. Ce*, n. L 266, del 9 ottobre 1980).

(36) La legge di riforma del d.i.p. è entrata in vigore il 1° settembre 1995 (tranne il Titolo IV, la cui entrata in vigore è stata differita, con successivi decreti-legge, fino al 31 dicembre 1996). Il disposto dell'art. 57 estende l'applicazione della Convenzione di Roma «in ogni caso» a tutte le obbligazioni contrattuali. Sulla legge di riforma vedi F. Pocar, *Il nuovo Diritto internazionale privato italiano*, 2002, p. 61.

(37) La Convenzione di Bruxelles prefigura un vero e proprio Diritto processuale europeo; vedi, sul punto, M. De Cristofaro, *Convenzione di Bruxelles sulla giurisdizione e l'esecuzione delle sentenze in materia civile e commerciale* (1968). *Regolamento Ce n. 44/2001 sulla giurisdizione e l'esecuzione delle sentenze in materia civile e commerciale*, in F. Ferrari (a cura di), *Le convenzioni di Diritto internazionale*, 2002, pp. 229-273, p. 234.

(38) Regolamento del 22 dicembre 2000, n. 44 (in *Gazz. Uff. Ce*, n. 12, del 16 gennaio 2001), che è stato utilizzato tra gli Stati, a eccezione della Danimarca, per sostituire la Convenzione di Bruxelles. Per un riferimento al contratto di lavoro vedi F. Mosconi, *La giurisdizione in materia di lavoro nel Regolamento (Ce) n. 44/2001*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2003, n. 1, pp. 5-28.

no, però, esplicitamente esclusi i fallimenti, i concordati e le procedure affini (art. 1, par. 2, lett. *b*) (39).

L'art. 6, Convenzione di Roma, contiene due deroghe (40) al principio generale in base al quale «il contratto è regolato dalla legge scelta delle parti» (art. 3): di queste una è diretta, l'altra è desumibile indirettamente.

La prima deroga (art. 6, comma 1) stabilisce che la libertà di scelta non può «privare il lavoratore della protezione assicurategli dalle norme imperative», e serve ad assicurare il soggetto solitamente posto in uno stato di soggezione in sede di stipula del contratto dal suo stesso potere dispositivo.

In questo caso, la scelta dei contraenti rappresenta un accordo autonomo e si differenzia dal patto con il quale le parti stabiliscono che sia rimesso a una sola di esse l'esercizio, nel corso del rapporto o alla fine di esso, dell'opzione tra più leggi prestabilite. La scelta deve essere espressa, quindi non desumibile implicitamente, e può essere modificata *in itinere* per espresso accordo dei soggetti interessati (art. 3, par. 2) (41).

La seconda deroga si riferisce indirettamente all'art. 3 (42), al fine di risalire alla legge applicabile al contratto (in generale) in mancanza di scelta delle parti.

In attuazione di tale deroga, l'art. 6, comma 2, Convenzione, identifica opzioni alternative di normative applicabili al contratto di lavoro in assenza di una espressa volontà delle parti. La scelta alternativa è ispirata al principio della *cd. lex loci laboris* (art. 6, par. 2) coerentemente al più generale «fondamento» del *favor prestatoris*, ed è determinata secondo tre diversi criteri. Può essere «la legge del paese in cui il lavoratore, in esecuzione del contratto, compie abitualmente il suo lavoro, anche se è

(39) Parallela alla Convenzione di Bruxelles è la Convenzione di Lugano del 16 Settembre del 1988, stipulata tra gli Stati appartenenti all'Associazione europea di libero scambio (Aels), non tutti appartenenti all'Unione europea.

(40) Cfr. L. Ficari, voce *Lavoro (legge applicabile al contratto di)*, in *Enc. giur. Treccani*, 1995.

(41) La possibilità per le parti di scegliere la legge applicabile a un contratto collettivo è fatta salva solo ove, e nella parte in cui, il contratto collettivo sia portatore di disposizioni di carattere protettivo. Così L. Ficari, *op. cit.* Sulla preminente volontà contrattuale del capitale umano professionalizzato vedi A. Lo Faro, «Turisti e vagabondi»: *riflessioni sulla mobilità internazionale dei lavoratori nell'impresa senza confini*, in *Lav. dir.*, 2005, n. 3, pp. 437-473, p. 453.

(42) La deroga è riferita all'art. 4 della Convenzione, che, a sua volta, stabilisce i criteri per derogare all'art. 3.

inviato temporaneamente in altro paese» (art. 6, par. 2, lett. *a*), oppure quella del paese «dove si trova la sede che ha assunto il lavoratore, qualora questi non compia abitualmente il suo lavoro in uno stesso paese» (art. 6, par. 2, lett. *b*); il terzo criterio permette l'applicazione di una legge diversa da quella determinata in base ai primi due, quando «dalle circostanze risulti che il contratto di lavoro presenta un collegamento più stretto con un altro paese» (art. 6, par. 2, lett. *c*).

Seppure la preferenza per questi criteri è da ricondurre alla volontà di tutelare il lavoratore-contraente debole, ciò non equivale a garantirgli necessariamente la disciplina più favorevole, bensì ad assicurargli una tutela minima. La riprova è rappresentata dal fatto che al lavoratore è sempre riservata la possibilità di pretendere l'attuazione di norme imperative.

La *lex loci laboris* si pone in stretta coerenza con l'applicazione del principio di prossimità (43) e coincide spesso con la legge del paese in cui il lavoratore ha il domicilio e con la quale ha una maggiore «confidenza»; finalità che è da ritenersi perseguita anche quando a essere preferita sia la legge del paese in cui ha sede l'impresa, perché se, *da un lato*, agevola probabilmente il datore di lavoro che l'ha scelta, *dall'altro*, permette al lavoratore di avere come riferimento un'unica legge, soprattutto quando la sua attività non si svolge abitualmente nello stesso posto e la stretta applicazione della *lex loci laboris* lo esporrebbe al rischio di avere più leggi potenzialmente applicabili.

Il criterio del collegamento più stretto (o *most real connection*) – già enunciato all'art. 4, poi ripetuto all'art. 6 – ha, invece, natura sussidiaria rispetto ai primi due. La sua particolarità risiede nella capacità di sovrapporsi ai precedenti, almeno in due casi: a) quando dall'insieme delle circostanze emerge una connessione più forte tra il contratto di lavoro e un altro paese, ed essa sia più significativa di quelle sottostanti alle altre due regole (44), o b) quando è provata la non applicabilità delle altre norme sul conflitto fra le leggi.

(43) Sull'art. 6 della Convenzione e sul conflitto di leggi in materia di lavoro vedi A. Lyon-Caen, S. Sciarra, *La Convenzione di Roma e i principi di Diritto del lavoro*, in *I contratti di lavoro internazionali*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 1998, pp. 9-28. Per una diversa interpretazione del principio di prossimità cfr. R. Clerici, *Rapporti di lavoro, ordine pubblico e Convenzione di Roma del 1980*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2003, pp. 809-830, p. 817, secondo la quale il principio permea l'art. 6, par. 2, Convenzione di Roma, relativo al «collegamento più stretto», non necessariamente identificato con la *lex loci laboris*.

(44) Vedi L. Ficari, *op. cit.*

Non è agevole definire *a priori* le circostanze rappresentative di un «collegamento più stretto», posto che in ambito applicativo questo potrà essere determinato da situazioni o fatti diversi. A puro scopo esemplificativo, tali ipotesi possono identificarsi con il luogo di conclusione del contratto, con la cittadinanza delle parti, con il domicilio o la residenza (45). Ne consegue che tale criterio è anche quello che lascia aperto un margine di manovra, seppur minimo, all'attività del giudice, il quale vi farà ricorso quando le circostanze del caso lo richiederanno (46).

Le questioni di giurisdizione e di competenza in materia di lavoro sono state oggetto di definizione del Regolamento n. 44/2001 (47) agli artt. 18, 19 e 20, dal cui ambito di applicazione sono espressamente esclusi i «fallimenti, i concordati e le procedure affini» (art. 1, par. 2, lett. *b*).

L'art. 18, in coerenza con la *lex loci laboris* e con la *ratio* del Regolamento n. 1346/2000, stabilisce che nel caso in cui «un lavoratore concluda un contratto individuale di lavoro con un soggetto che non sia domiciliato in uno Stato membro ma possieda una succursale, un'agenzia o qualsiasi altra sede d'attività in uno Stato membro, per le controversie relative al loro esercizio si considera che il datore di lavoro abbia il domicilio nel territorio di quest'ultimo Stato». Nell'espressione «qualsiasi altra sede» può senz'altro rientrare anche il concetto di «dipendenza» contenuto nel Regolamento n. 1346/2000, che può non essere una succursale, né un'agenzia, ma resta un luogo di svolgimento dell'attività (non temporanea) al quale è possibile riferire specifici rapporti giuridici.

La stessa coerenza è riscontrabile nella norma sulla scelta del giudice davanti al quale il datore di lavoro può essere convenuto (art. 19). Se il datore è domiciliato in uno Stato membro, egli sarà convenuto in tale

(45) In tal senso vedi M. E. Corrao, *I rapporti di lavoro nella Convenzione europea sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1984, pp. 79-111, p. 102.

(46) Così, A. Lyon-Caen, S. Sciarra, *op. cit.*, p. 22. Più critica sulla modesta estensione del «perimetro» di protezione della parte debole è R. Clerici, *op. cit.*, p. 817. Per un'opinione diversa, vedi M. E. Corrao, *op. cit.*, pp. 106-107, che evidenzia l'inopportunità di estendere il principio del collegamento più stretto al contratto di lavoro, posto che ciò prevede come naturale conseguenza un ampio potere discrezionale del giudice.

(47) Vedi la ricostruzione delle decisioni della Corte di Giustizia sugli artt. 18, 19 e 20 del Regolamento n. 44/2001, di F. Lajolo di Cossano, *La giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità europee e il Regolamento n. 44/2001/Ce: i contratti di lavoro subordinato*, in *Dir. comm. int.*, 2002, n. 4, pp. 901-925.

Stato a eccezione di due ipotesi che si ispirano, entrambe, al principio di *favor prestatoris*, e precisamente: a) quando non vi è coincidenza tra lo Stato membro in cui il datore di lavoro è domiciliato e lo Stato in cui il lavoratore ha svolto, o ancora svolge, abitualmente la propria attività lavorativa, e b) nell'ipotesi in cui il lavoratore non abbia svolto abitualmente la sua attività in un solo paese.

Nel primo caso, è chiaro che la competenza sarà riservata ai giudici del luogo in cui il lavoratore ha svolto abitualmente la sua attività (art. 19, par. 2, lett. a); nel secondo, invece, il datore di lavoro sarà convenuto nel luogo in cui è o era situata la sede dell'attività presso la quale il lavoratore è stato assunto (art. 19, par. 2, lett. b).

Anche la previsione dell'art. 20, secondo la quale «l'azione del datore di lavoro può essere proposta solo davanti ai giudici dello Stato membro nel cui territorio il lavoratore è domiciliato», fa riferimento al generico concetto di domicilio e non a quello di residenza.

3.3. — *Il requisito della «abitualità» nella giurisprudenza della Corte di Giustizia* — Tra i criteri cui fare ricorso in mancanza di scelta delle parti per determinare la legge applicabile al rapporto di lavoro, l'art. 6, Convenzione di Roma, colloca al primo posto quello che individua il paese nel quale il lavoratore, in esecuzione del contratto, compie abitualmente il suo lavoro.

Lo stesso principio è adottato anche quando esiste una scelta espressa delle parti, al fine di identificare il complesso di norme che rappresentano la maggiore tutela per il lavoratore e che non possono essere derogate *in peius*.

Il requisito dell'*abitualità* presenta, però, un discreto margine di indeterminazione e la Corte di Giustizia è stata più volte interessata da questioni pregiudiziali, imperniate sul concetto di «prestazione resa abitualmente», al fine di individuare il foro competente. La giurisprudenza della Corte ha stabilito che per luogo in cui il lavoratore svolge *abitualmente* la sua attività deve intendersi «quello nel quale, o a partire dal quale, tenuto conto delle circostanze del caso di specie, egli adempie, di fatto, la parte sostanziale delle sue obbligazioni nei confronti del datore di lavoro» (48). Se la prestazione si svolge a favore dello stesso datore in di-

(48) Vedi Corte di Giustizia 13 luglio 1993, *Mulox IBC Ltd.*, C-125/92 (punto n. 26); Corte di Giustizia 27 febbraio 2002, *Weber*, C-37/00 (punto n. 58); Corte di Giustizia 10 aprile 2003, *Pugliese*, C-437/00 (punto n. 19).

versi Stati, il criterio privilegiato per determinare il «luogo abituale» è la durata del tempo di lavoro svolto nei vari paesi, che permette di risalire al luogo nel quale il lavoratore ha adempiuto la parte più significativa della sua prestazione e dove, di conseguenza, si situa il centro di gravità del suo rapporto contrattuale. Solo in mancanza di elementi certi si può intendere per luogo abituale quello in cui il lavoratore ha trascorso la maggior parte del suo tempo lavorativo, senza che si possa fare riferimento a criteri puramente qualitativi riferiti alla natura e all'importanza del lavoro svolto.

Va altresì considerato che il principio della «abitualità» potrebbe non portare alla determinazione di un solo luogo, per cui in questi casi sarà necessario adottare il secondo criterio stabilito dalla Convenzione (49).

Nel caso in cui le circostanze evidenzino un collegamento più stretto con un luogo diverso opera la deroga prevista dalla Convenzione. Se, ad esempio, il lavoratore, dopo aver svolto per un determinato periodo di tempo la sua prestazione in un certo paese, si sposta in un altro Stato, quest'ultimo dovrebbe intendersi il luogo di abituale svolgimento dell'attività, ma solo se è chiara la volontà delle parti di renderlo il nuovo «luogo abituale» di lavoro (50). In ogni caso, va specificato che i criteri di competenza speciale costituiscono solo un'opzione supplementare rispetto al principio generale in base al quale le persone sono citate dinanzi ai giudici dello Stato membro nel quale sono domiciliate, indipendentemente dalla nazionalità (art. 2, comma 1, Convenzione di Bruxelles).

Qualora non sia agevole determinare il luogo in cui si è svolta in modo abituale l'attività lavorativa, o nessuno dei vari luoghi in cui il lavoratore ha eseguito la sua prestazione presenti un rapporto sufficientemente stabile e intenso con il lavoro fornito, tale da essere considerato un luogo di collegamento prevalente, il lavoratore potrà scegliere se citare il datore di lavoro dinanzi ai giudici del luogo in cui si trova lo stabilimento presso il quale è stato assunto, o dinanzi a quelli dello Stato sul cui territorio il datore di lavoro ha il domicilio (51).

(49) Cfr. L. Ficari, *op. cit.*

(50) È il criterio stabilito in Corte di Giustizia 27 febbraio 2002, *Weber*, cit. (punto n. 54), che pone in evidenza come sia complicato addivenire a un significato univoco del concetto di «abitualità». La stessa Corte osserva che il luogo d'abituale svolgimento dell'attività potrebbe desumersi anche dalla comune intenzione delle parti, pur se «prospettica».

(51) Cfr. Corte di Giustizia, Sez. VI, 27 febbraio 2002, *Weber*, cit. (punti nn. 55, 56, 57).

Talvolta si presentano casi molto più intricati, che la Corte di Giustizia risolve ispirandosi a principi generali; va senz'altro segnalata la decisione con la quale la Corte ha risolto la questione sulla possibilità di citare il datore di lavoro di un primo contratto, provvisoriamente sospeso per aspettativa, nel luogo di abituale svolgimento della prestazione lavorativa adempiuta sulla base di un secondo contratto di lavoro (52) con un diverso datore (società tedesca *partecipata* dal datore italiano per il 21% del capitale). Se, infatti, un lavoratore è legato a due datori di lavoro diversi, il primo datore di lavoro può essere citato dinanzi al Tribunale del luogo in cui il lavoratore svolge la sua attività per il secondo datore di lavoro, «se il primo datore di lavoro, al momento della conclusione del contratto, ha esso stesso un interesse all'esecuzione della prestazione che il lavoratore fornirà al secondo datore in un luogo stabilito da quest'ultimo» (53); tale interesse deve essere valutato in senso globale e non con riferimento a elementi formali ed esclusivi (54).

Il luogo di abituale svolgimento della prestazione è spesso preferito in deroga a quanto stabilito dalle parti in sede contrattuale; ciò non solo per agevolare i contraenti nella identificazione del luogo e delle norme, ma, soprattutto, per semplificare l'applicazione della legge, posto che tale scelta pone il giudice nella condizione di considerare meglio le circostanze della vicenda. Non va trascurato che la scelta del «luogo abituale» è anche motivo di minore spesa per la difesa dei diritti del lavoratore (55).

3.4. — *I diritti del lavoratore e il principio di non contrarietà all'ordine pubblico: l'escamotage* — La scelta della disciplina applicabile al contratto di lavoro che presenta elementi di internazionalità si complica ulteriormente con la lettura dell'art. 7, Convenzione di

(52) La sentenza Corte di Giustizia 10 aprile 2003, *Pugliese c. Finmeccanica s.p.a.*, C-437/00, ha scelto la legge applicabile al rapporto di lavoro che prevedeva per contratto che la prestazione di lavoro dovesse svolgersi nella città di Torino, ma che a seguito di richiesta di sospensione si svolgeva abitualmente a Monaco (Germania).

(53) Corte di Giustizia 10 aprile 2003, *Pugliese*, cit. (punto n. 23).

(54) Nel caso di specie la Corte ha considerato: *a*) che la conclusione del contratto è avvenuta all'atto della conclusione del primo; *b*) che il contratto originario è stato modificato in funzione della conclusione del secondo; *c*) che tra i due datori esiste un rapporto organico; *d*) che il primo datore di lavoro può decidere la durata della prestazione lavorativa nei confronti del secondo datore (punto n. 24).

(55) Cfr. in tal senso Corte di Giustizia 13 luglio 1993, *Mulox IBC Ltd.*, C-125/92 (punti nn. 18-19); Corte di Giustizia, Sez. VI, 27 febbraio 2002, *Weber*, cit. (punto n. 40); Corte di Giustizia 10 aprile 2003, *Pugliese*, cit. (punto n. 18).

Roma («disposizioni imperative e legge del contratto»), il quale stabilisce un «super-limite» alla scelta della legge, costituito dalle cd. norme di *applicazione necessaria* (56). Secondo tale principio la Convenzione non può impedire l'applicazione di leggi che disciplinano imperativamente il caso concreto nel paese del giudice, indipendentemente dalla legge che regola il rapporto.

Tra le norme «imperative» richiamate dall'art. 6, Convenzione, e quelle alle quali si riferisce l'art. 7 esiste una differenza. Le prime sono quelle che non possono subire una deroga per contratto e intervengono solo nel caso in cui assicurino al lavoratore una protezione maggiore rispetto alla legge scelta nel contratto. Le seconde, cd. di «applicazione necessaria», pur appartenendo al *genus* delle norme imperative ne rappresentano una diversa gradazione, al punto da poter essere definite «super-imperative» (57). La loro funzione è quella di garantire l'armonia e la coerenza con i principi interni all'ordinamento.

Nel tentativo di dare una definizione delle norme di applicazione necessaria, e al fine di comprendere quali disposizioni siano così qualificabili in ambito lavoristico, si può fare riferimento all'art. 17, legge n. 218/1995, che le definisce come quelle che, «in considerazione del loro oggetto e del loro scopo, debbono essere applicate nonostante il richiamo a un diritto straniero».

Nell'ordinamento italiano, una distinzione tra norme di «applicazione necessaria» e «norme imperative» non è molto agevole (58); per stabilire un limite all'applicazione delle norme generali e speciali l'*escamotage* prediletto è il rinvio alla «non contrarietà all'ordine pubblico» (art. 16, Convenzione di Roma), che, da principio di natura eccezionale e restrittiva, diventa spesso la soluzione preferita dalla giu-

(56) Sul rapporto tra norme di applicazione necessaria e norme imperative e sul concetto di ordine pubblico applicato al contratto di lavoro cfr. F. Pocar, *Norme di applicazione necessaria e conflitti di leggi in tema di rapporti di lavoro*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1967, pp. 734-744; M. Magnani, *I rapporti di lavoro con elementi di internazionalità*, in *Dir. lav.*, 2003, pp. 405-410, p. 407; C. Timellini, *L'incidenza del principio di ordine pubblico sull'individuazione della disciplina dei rapporti di lavoro all'estero*, in *Dir. lav.*, 2003, I, pp. 223-241.

(57) M. Magnani, *I rapporti...*, cit., p. 407. Sul rapporto tra gli artt. 6 e 7 della Convenzione di Roma vedi anche C. Timellini, *op. cit.*, p. 241.

(58) Cfr. G. Pellacani, *Globalizzazione dei mercati e internazionalizzazione dei rapporti di lavoro: su alcune questioni relative all'individuazione della legge applicabile al rapporto di lavoro con elementi di estraneità*, in *Roma e America*, 2003, n. 15, pp. 197-206.

risprudenza anche per limitare l'efficacia delle norme, non solo interne agli ordinamenti giuridici, ma anche di quelle aventi portata internazionale.

Il limite dell'ordine pubblico è spesso utilizzato dalla Corte di Cassazione (59) come «espediente» per impedire l'applicazione, nel territorio italiano, di leggi straniere in materia di lavoro. Infatti, muovendo dall'assunto che il principio del *favor prestatoris* (60) rappresenta un fondamento per l'ordinamento lo si include tra i principi di ordine pubblico internazionale (61), con ciò senza negare espressamente l'efficacia delle norme di Diritto internazionale privato, ma riconoscendo l'applicabilità di quelle più favorevoli al lavoratore. Tale pratica è contraria al principio generale di applicazione della legge straniera, ove prevista, perché tende a esportare la normativa italiana fuori dai naturali confini territoriali (62), anche quando questa non è stata scelta dalle parti.

Si ricorda il caso di un lavoratore italiano dipendente da un'impresa italiana che, sulla base di un accordo individuale di lavoro, svolgeva la propria prestazione professionale in Libia; a suo favore, la Suprema Corte ha ritenuto che l'assenza del regime di tutela reale nella normativa applicata all'accordo fosse contraria all'ordine pubblico, così prescindendo sia dal principio della *lex loci laboris*, sia dalla scelta effettuata dalle parti. La stessa pratica è stata attuata anche in altri Stati, sulla base del contenuto dell'art. 16, Convenzione di Roma, con l'evidente risultato di soluzioni non omogenee anche per fattispecie concrete praticamente identiche.

Va comunque considerato che nell'ambito dell'Ue la diminuzione delle distanze tra le varie culture dovrebbe tendere a uniformare anche il concetto di ordine pubblico, per cui una netta distinzione potrebbe non essere necessaria, soprattutto in presenza di espliciti riferimenti all'«*ordre public* europeo», che, nella definizione delle soglie di

(59) Per tutte vedi Cass. 9 marzo 1998, n. 2622, in *Foro it.*, 1999, n. 3, I, 983; Cass. 27 marzo 1996, n. 2756, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1997, n. 2, p. 469; Cass. 30 novembre 1994, n. 10238, in *Not. giur. lav.*, 1995, n. 1, p. 98.

(60) Vedi L. Ficari, *Il favore del lavoratore: riflessi di una direttiva comunitaria*, in Aa.Vv., *Studi in Onore di Renato Scognamiglio*, 1997, pp. 235-239, p. 237.

(61) Sulle varie definizioni di ordine pubblico vedi C. Timellini, *op. cit.*, p. 231.

(62) Vedi F. Ghera, *Costituzione, ordine pubblico internazionale e legge regolatrice del rapporto di lavoro all'estero*, in *Mass. giur. lav.*, 2001, n. 4, pp. 368-379, p. 371, nonché A. Pardini, *Contratto di lavoro tra italiani all'estero: ordine pubblico internazionale e facoltà di scelta della legge regolatrice*, in *Giust. civ.*, 2001, pp. 2721-2724.

tutela basate su norme imperative, non è meno significativo di quello nazionale (63).

Nonostante il tentativo di un'inversione di tendenza, con il quale la Corte ha ritenuto (64) di voler utilizzare la clausola dell'«ordine pubblico internazionale» non più per impedire l'attuazione nel territorio italiano di leggi straniere (65), ma per precludere l'applicazione di norme estere contrarie ai principi riconosciuti a livello internazionale a tutela dei diritti fondamentali del lavoratore, l'orientamento successivo nei confronti del limite dell'ordine pubblico è rimasto inalterato.

Recentemente, infatti, la Corte ha riaffermato il concetto per cui la stabilità reale contro i licenziamenti rappresenta un principio di ordine pubblico (66). Nella motivazione i giudici hanno evidenziato che «nella cultura della società europea il “Diritto del lavoro” contiene necessariamente in sé l'immagine della stabilità e della tutela reale contro i licenziamenti ingiustificati», facendo altresì riferimento, con un risultato poco convincente, all'art. 30 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (67).

(63) S. Sciarra, *Norme imperative nazionali ed europee: le finalità del Diritto del lavoro*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2006, n. 1, pp. 39 ss.

(64) Cfr. Cass. 11 novembre 2000, n. 14662, in *Mass. giur. lav.*, 2001, n. 4, pp. 365-368; nella causa il ricorrente reclamava la contrarietà all'ordine pubblico internazionale di una normativa straniera da applicare (perché scelta) a un contratto tra italiani, perché escludeva la corresponsione del Tfr; la Corte inverte il suo orientamento espresso nella precedente Cass. 30 novembre 1994, n. 10238 (cit. a nota n. 59), la cui questione era stata risolta ricorrendo all'*escamotage*.

(65) Spesso il confronto tra la normativa italiana e quella straniera in merito al principio del *favor* per il lavoratore era fatto senza tenere conto del diverso tenore di vita esistente nei due paesi, falsando quindi anche il risultato rispetto al principio che si voleva tutelare. Vedi F. Ghera, *Costituzione...*, cit., p. 373.

(66) Cfr. Cass. 11 novembre 2002, n. 15822, in *Riv. dir. int.*, 2003, n. 4, pp. 1159 ss. Cfr. R. Clerici, *op. cit.*, pp. 809-830; nonché di G. Biagioni, *op. cit.*, pp. 1083-1096.

(67) Il riferimento all'art. 30 della Carta dei diritti fondamentali dell'Ue non convince, innanzi tutto perché la tutela reale manca della necessaria assolutezza che dovrebbe caratterizzare ogni diritto fondamentale. Essa prevede, infatti, il diritto del lavoratore a essere tutelato contro ogni licenziamento ingiustificato, «sia pure conformemente al Diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali». Inoltre manca la previsione di questo diritto nella *Convenzione europea dei diritti umani*, né la sua inclusione nella Carta di Nizza può bastare. In terzo luogo, il riferimento all'art. 30 della Carta da parte delle legislazioni nazionali è quasi inesistente, fatta eccezione per il Portogallo, che prevede per i licenziamenti privi di giusta causa una tutela costituzionalmente garantita (art. 53 della *Constitución de la República Portuguesa*, revisionata nel 1997). Così R. Clerici, *op. ult. cit.*, pp. 821-825.

Il caso specifico rappresenta l'approdo di una vicenda processuale iniziata nel 1996 su impulso di un *ex* dipendente della filiale di New York del Banco di Roma (68). Nel ricorso (proposto contro una sentenza di rigetto della domanda di reintegrazione per illegittimo recesso dal rapporto di lavoro), il lavoratore sosteneva la non applicabilità della normativa dello Stato di New York al suo rapporto di lavoro, nonostante vi svolgesse l'attività lavorativa, perché l'assenza di una specifica disposizione contro il licenziamento ingiustificato nell'ordinamento di tale Stato era da considerarsi contraria all'ordine pubblico. In questa circostanza, contro il principio della *lex loci laboris* è valso, grazie all'*escamotage* dell'ordine pubblico, il criterio che ricerca il paese con il quale il ricorrente presenta il collegamento più stretto (69), che nel caso di specie era rappresentato dal luogo in cui il contratto aveva avuto origine. La ricerca del «collegamento più stretto», dunque, rappresenta essa stessa un mezzo per individuare, all'interno di un sistema normativo, il complesso di norme imperative (70).

L'utilizzo «elastico» della nozione di ordine pubblico da parte dei giudici, seppur intriso di una *ratio* protettiva del lavoratore, pone seriamente in discussione il principio di certezza del diritto; pertanto va condivisa l'opinione di chi richiede una maggiore prudenza e un'indagine approfondita delle circostanze per verificare se la tutela patrimoniale e sociale, complessivamente accordata al lavoratore, risulta oggettivamente inadeguata, se non addirittura sperequata (71). Sulla base dello stesso principio non è corretto esaltare l'assenza di un istituto nell'ordinamento straniero al solo fine di pervenire a una diversa legge per il tramite della contrarietà all'ordine pubblico.

Ritornando al caso concreto summenzionato, va dapprima sottolineato che le profonde modificazioni intervenute nel nostro ordinamento hanno reso il principio della conservazione del posto di lavoro improntato a una stabilità solo «tendenziale» (72).

Inoltre, l'inclusione nel principio di ordine pubblico delle norme relative al diritto di reintegrazione non è condivisibile, sia perché la

(68) La decisione è stata confermata dal giudice di rinvio. La Cassazione adita dal Banco di Roma ha definitivamente deciso per la reintegrazione del soggetto, vedi Cass. 9 maggio 2007, n. 10549, in *Rgl news*, 2007, n. 4, pp. 41-43.

(69) G. Biagioni, *op. cit.*, p. 1095.

(70) Cfr. L. Ficari, *op. ult. cit.*, p. 236.

(71) Vedi in tal senso C. Timellini, *op. cit.*, p. 241.

(72) R. Clerici, *op. ult. cit.*, p. 814.

legislazione italiana non estende tale diritto indistintamente a tutti i lavoratori, sia perché tale norma ha natura di sanzione contro il licenziamento ingiustificato (73). La stessa Corte Costituzionale si è espressa in tal senso a proposito della ammissibilità del *referendum* abrogativo sull'art. 18, legge n. 300/1970 (74).

Nonostante si ritenga che l'atteggiamento della Suprema Corte dipenda dalla considerazione di un contesto organizzativo del lavoro all'estero reso meno egemonico dall'attuale evoluzione delle prassi di internazionalizzazione (75), si deve porre in evidenza che esiste, in seno alla Corte, una gradazione tra le norme che possono considerarsi rientranti nella definizione di «ordine pubblico».

Infatti, la pretesa violazione dell'ordine pubblico per mancanza di una normativa negli Stati Uniti contro l'interposizione di manodopera non è stata avallata dai giudici, perché il principio invocato non è costituito dalle norme dell'ordinamento né si esaurisce nei principi generali dello stesso o nei dettati costituzionali, ma deve ritenersi costituito dai principi che ne formano l'eticità quale risulta dal complesso delle sue norme (76).

Anche il Regolamento n. 1346/2000, all'art. 26, fa espresso riferimento alla tutela dell'ordine pubblico, stabilendo che «uno Stato può rifiutarsi di riconoscere una procedura di insolvenza aperta in un altro Stato membro o di eseguire una decisione presa nell'ambito di detta procedura, qualora il riconoscimento o l'esecuzione possano produrre effetti palesemente contrari all'ordine pubblico, in partico-

(73) R. Clerici, *op. ult. cit.*, p. 820.

(74) Vedi Corte Cost. 7 febbraio 2000, n. 46, sulla ammissibilità del *referendum* abrogativo dell'art. 18, legge n. 300/1970. Al punto n. 5, la Corte dichiara che l'art. 18 non rappresenta l'unico possibile paradigma attuativo dei principi costituzionali a garanzia del Diritto del lavoro, né la sua abrogazione comporterebbe l'eliminazione delle tutele contro il licenziamento ingiustificato.

(75) Cfr. A. Lo Faro, *op. cit.*, p. 453.

(76) Vedi Cass. 7 dicembre 2005, n. 26976, in *Glav*, 2006, n. 5, pp. 57-59. Secondo la Corte l'incompatibilità con l'ordine pubblico non è riferibile alla legge straniera nel suo complesso ma alla specifica norma applicabile che va raffrontata con l'ordine pubblico. In assenza di una norma che disciplini il caso per la legge straniera si deve verificare se la legge italiana applicabile a quel caso rientri nel novero dei principi d'ordine pubblico. La pretesa inclusione nel concetto di «ordine pubblico» della legge n. 1369/1960 è stata osteggiata dal fatto che essa è stata oggetto di abrogazione e pertanto non si può ritenere a garanzia dell'eticità dell'ordinamento. Diversamente è pacifico che nel concetto di *ordre public* rientri la disciplina per l'autorizzazione da rilasciare al somministratore. Cfr., sul punto, S. Sciarra, *op. cit.*, p. 59.

lare ai principi fondamentali o ai diritti e alle libertà personali sanciti dalla Costituzione». Diverse sono state le interpretazioni per definire le norme qualificabili come contrarie all'ordine pubblico, in riferimento a una procedura di insolvenza: alcuni hanno tentato di identificare, come «contrario all'ordine pubblico» a) il riconoscimento di una sentenza dichiarativa di fallimento di un soggetto non imprenditore (77) o b) il riconoscimento di una sentenza dichiarativa di fallimento nella quale non era stato rispettato il principio del contraddittorio. Entrambi rappresentano aspetti fondamentali della nostra civiltà giuridica, ma almeno il primo di questi costituirebbe un limite all'applicazione delle norme del Regolamento, atteso che l'art. 16, par. 2, in tema di *automatico riconoscimento* delle decisioni, prevede esplicitamente la riferibilità di tale principio anche al debitore che per sua qualità non può essere assoggettato a una procedura di insolvenza negli altri Stati membri.

Altri hanno tentato di limitare il ricorso all'*escamotage* alla sola procedura principale, in considerazione del fatto che quella secondaria ha come risultato la sola protezione degli effetti patrimoniali, anche se una tale distinzione potrebbe ritenersi priva di rilevanza, posto che il significato riferito all'ordine pubblico processuale è già dimostrato in ambito comunitario da numerose esperienze, mentre il riferimento alle garanzie fondamentali potrebbe essere comunque operato tenendo conto della Costituzione (78).

4. — *I criteri di giurisdizione* — I criteri di collegamento tra la legge applicabile al contratto di lavoro e la disciplina dell'insolvenza non prescindono dal requisito della territorialità. Come già anticipato, i due concetti attributivi della competenza sono «il centro di interessi principali», per l'apertura della procedura principale, e l'esistenza di una «dipendenza», per l'apertura delle procedure secondarie.

Il «Considerando» n. 13 afferma che per «centro di interessi principali» (cd. *Centre Of Main Interests* o *Comi*) del soggetto insolvente «si dovrebbe intendere» il luogo in cui il debitore esercita in modo a-

(77) C. Dordi, *op. cit.*, p. 632. *Contra* vedi P. De Cesari, *Il Regolamento comunitario n. 1346/2000 del 29 maggio 2000 relativo alle procedure di insolvenza. Aspetti generali*, in Idem, G. Montella, *op. cit.*, pp. 41 ss., p. 66; nonché V. Proto, *op. cit.*, pp. 709-710; Idem, *L'insolvenza transfrontaliera nell'ordinamento comunitario*, in *Dir. fall.*, 2003, n. 2, pp. 561-579, p. 573.

(78) Cfr. E. Ricci, *op. cit.*, p. 404.

bituale, e quindi riconoscibile ai terzi, la gestione dei suoi interessi. La definizione è condivisa anche in ambito internazionale ed espressamente riportata nella *Model Law sulla cross-border insolvency* elaborata dall'*Uncitral* (79) (nonché nella *Legislative Guide*) (80), che definisce il «centro di interessi principali» come «il luogo dove il soggetto debitore cura normalmente i propri interessi principali, con una presunzione semplice di coincidenza di tale luogo con la sede statutaria per le persone giuridiche, e con la residenza abituale per le persone fisiche» (81).

L'obiettivo definizione dei criteri di riconoscimento del «centro degli interessi principali» e della «dipendenza» è preordinata alla garanzia di certezza del diritto e di prevedibilità dell'individuazione del giudice competente ad aprire una procedura d'insolvenza, perché da ciò dipenderà la determinazione della legge applicabile (82). Nonostante ciò, le definizioni, come ogni buona regola di *soft law*, possono assumere sfumature diverse a seconda della interpretazione che di volta in volta è data dal giudice: circostanza che ben si presta a possibili casi di *forum and law shopping* (83).

Il legislatore comunitario si riferisce, inoltre, al concetto di «centro di interessi principali» e non al «centro principale degli interessi». Tale diversa formulazione delega indirettamente il giudice a entrare nel merito degli specifici interessi del debitore e a darne una valutazione in termini di *rilevanza* per decidere l'apertura della procedura, anche se lo stesso riferimento al criterio di riconoscibilità ai terzi appare estremamente generico, posto che l'attività del debitore può risultare diversamente ubicata in base ai «terzi» che si vuole prendere in considerazione o addirittura

(79) Sul lavoro della Commissione delle Nazioni Unite per il diritto del commercio internazionale (Uncitral secondo l'acronimo inglese) vedi P. De Cesari, *Le fonti...*, cit., p. 7; S. M. Carbone, *Il c.d. fallimento...*, cit., pp. 637 ss.; per un'analisi più specifica si vedano L. Ghia, *Gli obiettivi della guida legislativa sull'insolvenza dell'Uncitral*, in *Fall. proc. conc.*, 2005, n. 11, pp. 1229-1232, e A. Bonfanti, *Lo sviluppo del diritto del commercio internazionale nei lavori dell'Uncitral dalla XXXVI alla XXXVIII sessione*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2006, n. 2, pp. 399-424.

(80) Uncitral, *Guide législatif sur le droit de l'insolvabilité*, New York, 2005.

(81) Il concetto di *résidence habituelle* è più simile al nostro concetto di dimora abituale che a quello di residenza.

(82) Corte di Giustizia 2 maggio 2006, *Eurofood*, C-341/04 (punto n. 33), in *Fall. proc. conc.*, 2006, n. 11, pp. 1249-1256.

(83) Il rischio aumenta nelle sedi di merito. Per il Trib. Milano, 6 luglio 2005, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2006, n. 2, pp. 450-452, il *Comi* è identificabile con «il centro principale di formazione della volontà sociale e di concertazione degli interessi».

tura privilegiare (84). I giudici di Lussemburgo, posti nella impossibilità oggettiva di immaginare, in ambito internazionale, un sistema marcatamente definitorio, a causa della concorrenza di una pluralità di criteri di collegamento per la determinazione della competenza, sostengono l'esigenza di una normativa «il più globale possibile», ritenendo che è la lacuna normativa a provocare sia la competenza concorrente, sia l'assenza di tutela giurisdizionale (85).

Il «centro di interessi» è difficilmente identificabile nel caso di più società con distinta personalità giuridica che, pur avendo la sede legale e operativa in uno Stato, operano secondo decisioni e strategie definite da una casa madre con sede in un altro Stato. In tale circostanza, di certo non si potrà avere una sola procedura di insolvenza (86), ma le varie procedure (quella relativa alla società *madre* e quelle per le società *figlie*) saranno caratterizzate da un più alto grado di coordinamento (87).

La presunzione contenuta nell'art. 3 del Regolamento, secondo la quale il centro degli interessi principali della controllata (quale soggetto dotato di autonomia giuridica) è collocato nello Stato membro in cui si trova la sede statutaria, può essere superata soltanto se elementi obiettivi e verificabili da parte di terzi consentono di determinare l'esistenza di una situazione reale diversa (88). Si pensi al caso in cui la società non svolge alcuna attività sul territorio dello Stato membro in cui ha sede, o, al contrario, pur avendo trasferito la sede all'estero (89) continua ad avere consistenti interessi nel luogo prece-

(84) Cfr. L. Baccaglioni, *Il caso Eurofood: giurisdizione e litispendenza nell'insolvenza transfrontaliera*, in *Int'l Lis*, 2006, n. 3-4, pp. 123-129, p. 125.

(85) Vedi il parere Corte di Giustizia 7 febbraio 2006, n. 1/03 (punto n. 141), in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2006, n. 2, pp. 514-547.

(86) Il Regolamento non disciplina l'insolvenza del gruppo transfrontaliero. Sull'opportunità vedi D. Santosuosso, *L'insolvenza dei gruppi transfrontalieri tra Diritto comunitario e diritto interno*, in *Dir. fall.*, 1999, n. 1, pp. 665-670.

(87) Sempre che non esistano questioni di competenza. Vedi la ricostruzione della vicenda *Eurofood*, di Diritto irlandese, e *Parmalat* capogruppo con il centro di interessi in Italia, nella sentenza Tar Lazio, Sez. III, 12 luglio 2004, n. 6805, in *Fall. proc. conc.*, 2004, n. 11, pp. 1243-1264, nonché l'analisi di P. De Cesari, *Incidenza del Regolamento sul diritto interno*, in *Idem*, G. Montella, *op. cit.*, pp. 75 ss.

(88) Corte di Giustizia 2 maggio 2006, *Eurofood*, C-341/04 (punto n. 37), in *Fall. proc. conc.*, 2006, n. 11, pp. 1249-1256.

(89) Per «estero» si può intendere anche un paese terzo alla Comunità, purché il *Comi* sia situato sul territorio comunitario. Vedi S. Bariatti, *Le garanzie finanziarie nell'insolvenza transnazionale. L'attuazione della Direttiva 2002/47/Ce*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2004, n. 3, pp. 841-876, p. 850.

dente (90). La precarietà della definizione del *Comi* ha generato casi particolari di giurisdizione quando l'insolvenza transfrontaliera ha riguardato gruppi di società, superando anche la presunzione dell'art. 3.

Non può ignorarsi che il trasferimento all'estero della sede statutaria deve essere considerato efficace solo se conforme alla legge di entrambi gli Stati interessati; pertanto si può ritenere non contraria al principio di libertà di stabilimento la declaratoria di fallimento in Italia di una società che, trasferitasi all'estero, ha provveduto anche alla cancellazione dal registro delle imprese (91) e sarebbe, per la legge dello Stato, un soggetto giuridico estinto.

Il concetto di «dipendenza», espressamente definito dall'art. 2 del Regolamento come «qualsiasi luogo in cui il debitore esercita in maniera non transitoria un'attività economica con mezzi umani e con beni» (92) – anch'esso integralmente trasposto nella guida all'insolvenza elaborata dall'*Uncitral* (93) –, è il risultato di un'attenta elaborazione che esprime la volontà di non intendere per tale la presenza di beni sul territorio dello Stato membro, bensì una qualunque entità che abbia un minimo di organizzazione, con mezzi umani e con beni, dotata di stabilità e svolgente un'attività commerciale, industriale o professionale orientata al mercato (94). Il termine «dipendenza» ha

(90) Sul punto vedi Cass., Ss.Uu., 30 maggio 2005, n. 10606, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2006, n. 2, pp. 432-435. *Contra* Cass., Ss.Uu., 11 febbraio 2003, n. 2060, in *Foro it.*, 2004, n. 5, I, 1516, che in tema di giurisdizione per il cittadino italiano con residenza all'estero e convenuto in giudizio, presumendo che questi ivi abbia anche il domicilio e quindi la sede principale dei suoi interessi e dei suoi affari, ha ritenuto irrilevante la disponibilità di un'immobile in Italia, nonché la ricezione della posta da parte di un domestico.

(91) Così Cass., Ss.Uu., 28 luglio 2004, n. 14348, in *Int'l Lis*, 2005, n. 2, pp. 58-59.

(92) La coesistenza di mezzi umani e di beni è giustificata dal fatto che deve essere riconoscibile una entità autonoma in cui si svolga un'attività economica organizzata. Tale restrizione può essere contraria agli interessi dei creditori. Vedi Cass. 28 gennaio 2005, n. 1734, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2005, n. 2, pp. 450-453, che ha riconosciuto il difetto di giurisdizione del giudice italiano, ai sensi del Regolamento n. 1346/2000, nel caso di una società avente sede statutaria in un altro Stato e che possedeva un immobile in Italia, unico bene per soddisfare in concreto i creditori.

(93) La guida dell'Onu si differenzia dalla *Model Law on Cross-Border Insolvency* del 1997 per gli approfondimenti comparativistici e i suggerimenti tesi a bilanciare i vari interessi coinvolti. Vedi A. Bonfanti, *Lo sviluppo...*, cit., p. 403. Per un'analisi dei principi della «Guida Uncitral» vedi L. Ghia, *op. cit.*, pp. 1229-1232.

(94) Vedi la relazione di M. Virgos, E. Schmit, *REPORT on the Convention on Insolvency Proceedings* (doc. del Consiglio n. 6500/96). È dato rilievo alla presenza di

condotto la dottrina a ritenere che fosse esclusa la possibilità che tale entità avesse una autonomia giuridica distinta dall'imprenditore sottoposto alla procedura principale (95).

A tutela della parità di trattamento i concetti di «dipendenza» e di «centro di interessi principali» devono acquisire identico contenuto in tutti gli Stati membri (96); va però rilevato che la Suprema Corte, con una elaborazione abbastanza ondivaga, ha fornito una definizione ampia di dipendenza ispirata al principio del *favor* per il lavoratore, al punto di considerare tale anche il domicilio di quest'ultimo, ritenendo sufficiente la presenza di semplici strumenti, quali una autovettura, un *computer* e alcuni moduli necessari all'espletamento della prestazione lavorativa *extra moenia* (97). Il rapporto tra i due principi attributivi della competenza può dirsi alternativo. La presenza di una «dipendenza», infatti, viene in rilievo soltanto «se il centro degli interessi principali del debitore si trova in altro Stato membro», e pertanto è anche a questo subordinata (98).

5. — *Gli effetti del Regolamento sui diritti dei lavoratori* — Gli argomenti sinora illustrati rivestono una funzione strumentale all'obiettivo prefissato, che è quello di individuare le tutele previste (e non previste) per il lavoratore coinvolto in una procedura di insolvenza transnazionale.

Le questioni di competenza che possono sorgere per l'adozione del criterio cd. *della prevenzione* (forse troppo semplicistico), il margine di indeterminatezza dei principi di collegamento utilizzati, nonché i generici rinvii ad altri sistemi di norme, rappresentano elementi in grado di fare immaginare, *da un lato*, la possibile esistenza di effetti distorti della

una minima organizzazione, una minima stabilità (non può essere un luogo occasionale), e un minimo di durata (perché «non transitoria»).

(95) G. U. Tedeschi, *op. cit.*, p. 547; P. De Cesari, *Il Regolamento...*, cit., in Idem, G. Montella, *op. cit.*, pp. 41 ss., p. 74.

(96) L'armonizzazione eviterebbe il generico riferimento al domicilio (così anche la Convenzione di Bruxelles del 1968), non sarebbe riconosciuto come «centro principale» il luogo di iscrizione al registro delle imprese e, nei casi di più domicilia, non si darebbe rilevanza in modo contraddittorio a un domicilio anziché all'altro; sarebbe più chiaro l'automatico riconoscimento dei provvedimenti stranieri. Cfr. S. M. Carbone, *Il c.d. fallimento...*, cit., p. 644.

(97) F. Centofanti, *Nozione di dipendenza aziendale e sua elasticità in rapporto all'evoluzione delle forme di lavoro*, in *Mass. giur. lav.*, 2000, n. 8-9, pp. 981-983. Vedi anche Cass. 1° marzo 2001, n. 2971, in *Glav*, 2001, n. 17, p. 21.

(98) Cfr. L. Daniele, *Il Regolamento n. 1346/2000...*, cit., p. 597.

normativa posta a tutela del lavoratore e, *dall'altro*, che l'obiettivo di una analisi compiuta del problema resta, comunque, ambizioso.

Nella giurisprudenza italiana è ormai consolidato l'orientamento secondo il quale esistono questioni inerenti il rapporto di lavoro che esulano dalla competenza del Tribunale fallimentare, o perché sprovviste di contenuto economico (ad es., per le sanzioni disciplinari, visite di controllo, tutela della lavoratrice madre ecc.), o perché il fallimento non esplica nessun effetto a riguardo. Il caso emblematico è rappresentato dall'accertamento dell'illegittimità del licenziamento e della continuità del rapporto giuridico ai sensi dell'art. 2119 cod. civ., secondo il quale «il fallimento o la liquidazione coatta amministrativa non possono costituire giusta causa di licenziamento».

L'apparente coerenza delle norme comunitarie in tema di competenza sembra mancare per la tutela dei diritti dei lavoratori in caso di insolvenza, attesa l'esplicita esclusione dei «fallimenti, concordati e delle procedure affini» dall'ambito di applicazione dell'art. 1, Regolamento n. 44/2001, che disciplina, agli artt. 18, 19 e 20, le questioni di giurisdizione e di competenza del rapporto di lavoro.

Se il rapporto di lavoro interessa, per qualsiasi motivo, più Stati membri ed è anche coinvolto in una procedura di insolvenza transnazionale non si può ignorare il dettato del Regolamento n. 44/2001. Il «Considerando» n. 24, infatti, nel prevedere la «non incidenza» del Regolamento n. 44/2001 «sulle convenzioni alle quali gli Stati membri aderiscono e che riguardano materie speciali», è riferibile anche al Regolamento n. 1346/2000, per ciò che attiene la speciale materia concorsuale (nonché per i crediti del lavoratore), ma in nessun caso questo può far rientrare nella specialità dei suoi contenuti la disciplina del rapporto di lavoro, sia perché essa è rinviata ad altra fonte normativa dallo stesso Regolamento n. 1346/2000, sia perché la competenza per le questioni inerenti il rapporto di lavoro, anche all'interno di una procedura di insolvenza, è derogata in *melius* per il lavoratore in considerazione della necessità di tutelare la parte debole del rapporto.

A giustificazione del fatto che nel Diritto del lavoro ciò che prevale è l'interesse a un criterio il meno possibile soggetto a interpretazioni e al conflitto, la Corte di Giustizia ha sottolineato più volte che la competenza in materia di lavoro non va determinata con riferimento alla legge nazionale da applicare in base al Diritto internazionale privato, ma al contrario va stabilita secondo criteri uniformi che la Corte stessa deve definire, tenendo conto del sistema e degli scopi della Convenzione di

Bruxelles (99). In caso di insolvenza transnazionale la tutela dei diritti dei lavoratori è rinviata alla legge applicabile al singolo rapporto di lavoro, con le conseguenze che possono derivare in una situazione di transnazionalità. In mancanza di scelta delle parti il criterio preferito è quello del collegamento al territorio, per cui al contratto di lavoro è principalmente applicata la disciplina del luogo in cui la prestazione lavorativa si svolge o si è svolta abitualmente (100).

5.1. — Segue: *Luogo di lavoro, giudice competente e «asimmetria» delle tutele* — In caso di insolvenza del datore di lavoro, il lavoratore che ha prestato la sua attività presso una sede diversa da quella statutaria, in modo non temporaneo, potrebbe vedere sottoposta la «realtà» presso la quale lavora al decreto del Tribunale che ha aperto la procedura principale in un altro Stato membro. Per il principio della *vis attractiva* che caratterizza la procedura principale, tutti i beni e le attività ovunque situati sono attratti dalla procedura che sarà gestita dal curatore nominato dal giudice dichiaratosi competente, il quale esercita i poteri riconosciutigli dalla legislazione dello Stato di apertura in ogni paese membro (art. 18, Regolamento n. 1346/2000), finché non è aperta una procedura secondaria o non è stata adottata una misura conservativa contraria, a seguito di un'altra domanda di apertura.

Le vicende che possono interessare i diritti dei lavoratori, dopo l'apertura di una procedura transnazionale di insolvenza, non sono uguali per il lavoratore che svolge la sua attività nel luogo riconosciuto come il centro degli interessi principali del debitore e per colui che, invece, svolge la sua attività in un luogo «diverso».

Nel primo caso, il lavoratore potrà tutelare i diritti che gli derivano dal contratto di lavoro, siano essi *costitutivi* o *conservativi* del rapporto oppure di credito, riferendosi rispettivamente al giudice del lavoro e al Tribunale fallimentare del luogo. Il prestatore curerà i rapporti con gli organi fallimentari, sia in caso di risanamento, sia in caso di liquidazione, direttamente nel luogo in cui ha svolto l'attività lavorativa.

Nel secondo caso, si presenta innanzi tutto l'esigenza di verificare se questo luogo «diverso» possieda i requisiti per l'apertura di una

(99) Cfr. Corte di Giustizia 10 aprile 2003, *Pugliese*, cit. (punto n. 18); Corte di Giustizia, Sez. VI, 27 febbraio 2002, *Weber*, cit. (punto n. 49); Corte di Giustizia 28 settembre 1999, *GIE Groupe Concorde e a.*, C-440/97 (punto n. 14); Corte di Giustizia 13 luglio 1993, *Mulox IBC Ltd.*, C-125/92 (punto n. 18).

(100) Vedi Corte di Giustizia, *Weber*, cit. (punto n. 40).

procedura secondaria o autonoma, vale a dire se presenti le caratteristiche almeno di una «dipendenza», fermo restando che l'apertura di una procedura secondaria può essere richiesta dal curatore della procedura principale (art. 29, lett. *a*), o da qualsiasi altra persona o autorità legittimata a chiedere l'apertura di una procedura di insolvenza, secondo la legge dello Stato membro nel cui territorio questa è richiesta (art. 29, lett. *b*).

In caso affermativo il lavoratore potrà avvantaggiarsi del legame esistente con lo Stato membro sul cui territorio ha svolto la sua prestazione lavorativa, sia per le questioni direttamente collegate al rapporto di lavoro, per le quali potrà rivolgersi al giudice del lavoro, sia per la possibilità di potersi soddisfare del suo eventuale diritto di credito, rivolgendosi al Tribunale fallimentare.

Se, invece, «la realtà» in cui il lavoratore svolge l'attività non è riconosciuta come dipendenza, perché non possiede quei requisiti minimi di mezzi umani e di beni, o perché l'apertura non è richiesta dal curatore della procedura principale o da qualsiasi persona che ne abbia interesse, le conseguenze sono diverse. È pur vero che il rischio che una realtà aziendale non sia riconosciuta come dipendenza in presenza di mezzi umani è alquanto basso, soprattutto se si considera che la giurisprudenza – almeno in Italia – è orientata a darne una interpretazione più estensiva (v. *supra*, par. 4), proprio al fine di tutelare il lavoro in tutte le sue forme.

5.2. — Segue: *Le possibili implicazioni della mancata apertura di una procedura secondaria* — Può verificarsi l'ipotesi che, pur in presenza di una realtà organizzata avente i requisiti di una dipendenza, l'apertura della procedura secondaria non sia richiesta da nessuno dei soggetti che ne hanno la facoltà.

In questa circostanza, per il lavoratore che non presta l'attività nel centro degli interessi principali del datore, qualora vi sia continuazione anche temporanea dell'impresa, il riferimento «datoriale» per la gestione del contratto di lavoro sarà il curatore della procedura principale – aperta in un altro Stato membro – che, nella maggioranza delle legislazioni europee, è anche colui che può decidere di non rescindere il contratto di lavoro. In questo caso sarà almeno salva la speranza del risanamento dell'azienda e, quindi, nella conservazione dell'occupazione. È altresì probabile che questi sia lo stesso soggetto (sempre che non sia aperta una procedura secondaria e nominato un curatore per la sua ge-

stione) che per le intervenute ragioni economiche risolva il rapporto lavorativo, se la legge applicata alla procedura glielo consente (101). Resta il fatto che le sorti della dipendenza sono, comunque, incerte in presenza di un curatore che gestisce prioritariamente il centro degli interessi principali dell'imprenditore; la «non dipendenza» (102) all'estero potrebbe, infatti, essere la prima delle attività a essere liquidate nel tentativo di eliminare le «frange» di un'organizzazione che si è rivelata «malata», sia per economia e semplicità procedurale, sia per motivi gestionali che possono indurre alla concentrazione dell'attività intorno al suo luogo di origine o al centro nevralgico dal quale partono (o partivano) le principali decisioni aziendali.

A tale lettura apparentemente pessimistica si potrebbe replicare che allo stesso lavoratore è riconosciuta, dall'art. 29 del Regolamento, la facoltà di richiedere l'apertura di una procedura secondaria, se la legge del luogo in cui questi svolge il suo lavoro lo consente (103), e addirittura, ricorrendone i presupposti, una procedura indipendente o autonoma. L'«eccezione», seppure fondata, non considera che nel primo caso il lavoratore potrebbe non sentirsi tutelato nel richiedere, lui stesso, una procedura secondaria di insolvenza cosciente del fatto che, in quel caso, potrebbe sperare solo in una liquidazione, seppure eseguita da un curatore più «vicino». Nel secondo caso, invece, potrebbe avanzare la richiesta solo nell'ipotesi in cui sia manifesta l'impossibilità di aprire una procedura principale (che dovendo essere dimostrata non sembra accessibile – almeno in termini di convenienza – per il lavoratore) oppure in qualità di creditore (v. *infra*, par. 5.1.), al solo fine di ottenere una procedura di liquidazione della dipendenza.

Tra gli effetti della mancata apertura di una procedura secondaria la maggiore complicazione è rappresentata dalla dissociazione della competenza giurisdizionale tra lo Stato che gestisce gli effetti del fallimento e lo Stato che, in virtù del principio della *lex loci laboris* e per mezzo dei

(101) In Italia la risoluzione del rapporto (art. 2119 cod. civ.) dipende da fatti oggettivi valutati dal curatore. In Francia i licenziamenti devono essere autorizzati dal *Juge-Commissaire*, nominato in seno al Tribunale e incaricato di vigilare sull'espletamento della procedura e sulla tutela degli interessi in gioco. In Lussemburgo, invece, il rapporto di lavoro si risolve automaticamente con la dichiarazione di fallimento del datore di lavoro senza l'intervento del curatore.

(102) Si intende per «non dipendenza» anche la realtà per la quale non è stata richiesta l'apertura della procedura secondaria, pur in presenza dei presupposti richiesti.

(103) La legge fallimentare italiana riconosce il diritto di iniziativa genericamente al debitore, a uno o più creditori o su richiesta del Pubblico Ministero.

suoi uffici giurisdizionali, potrà «servire» il lavoratore per le richieste riguardanti il rapporto di lavoro, con la conseguenza della possibile ingerenza delle decisioni di tale giudice in una procedura fallimentare gestita da un Tribunale straniero.

Per l'Italia, la sentenza del giudice estero sarebbe riconosciuta ai sensi dell'art. 64, legge n. 218/1995 (sul «riconoscimento di sentenze straniere») (104), posto che nessuna delle condizioni in esso previste sembra preclusiva di tale riconoscimento, anche se la decisione è destinata ad avere effetti in una procedura fallimentare aperta in Italia. Il problema sorge, però, nel momento in cui è necessario dare esecuzione alla sentenza.

L'esecutività della decisione non è automatica ma esige un procedimento d'accertamento delle condizioni d'efficacia e chiunque ne abbia interesse può richiederne l'apertura alla Corte d'Appello del luogo in cui è richiesta l'attuazione (105). Per l'esecuzione della sentenza si pone, per il lavoratore che svolgeva la sua attività in un luogo «diverso», un'ulteriore complicazione per l'identificazione del Tribunale competente a ricevere la richiesta atteso che nel silenzio del Regolamento questa potrebbe essere rivolta sia allo stesso Tribunale che l'ha emanata, sia al giudice italiano che ospita la procedura (106).

Il lavoratore può avere esigenze diverse e voler usufruire della tutela del credito e dell'applicazione della legge fallimentare dello Stato in cui lavora, ma sentirsi più tutelato a richiedere l'applicazione della legge dello Stato in cui si trova la sede che lo ha assunto, per le questioni strettamente inerenti il rapporto di lavoro, qualora lo stesso subisse, ad esempio, un licenziamento ingiustificato e avesse l'interesse alla reintegra o all'applicazione di una normativa più favorevole. Si pensi al caso di un lavoratore italiano che ha svolto la sua prestazione in Lussemburgo, dove il criterio generale della continuazione dei rapporti pendenti in caso di fallimento è derogato per i contratti di lavoro, che si concludono, invece, automaticamente con la dichiarazio-

(104) Cfr. F. Pocar, *Il nuovo diritto...*, cit., pp. 79 ss.

(105) In tal caso, qualora il giudice straniero abbia riconosciuto il diritto del lavoratore a essere reintegrato a seguito di un licenziamento illegittimo, il riconoscimento della sentenza deve necessariamente avvenire ai sensi dell'art. 64, legge n. 218/1995, atteso che gli effetti di tale decisione, pur riversandosi nella procedura gestita (secondo l'esempio) dal Tribunale italiano, non possono farsi rientrare nella previsione dell'art. 16, Regolamento n. 1346/2000, riferito alla decisione di apertura della procedura.

(106) L'esecuzione all'estero di un ordine di reintegra è vista con dubbio da R. Clerici, *Rapporti...*, cit., p. 820, p. 827.

ne di fallimento (art. 30, legge 24 maggio 1989 sul contratto di lavoro) (107), mentre la normativa italiana prevede la naturale continuazione del rapporto ai sensi dell'art. 2119 cod. civ.

Ovviamente, in tale circostanza il lavoratore dovrà altresì valutare le previsioni normative in materia di sicurezza sociale previste dalle legislazioni dei due paesi per il caso di insolvenza, infatti, in Lussemburgo è prevista una disciplina di sostegno al reddito particolarmente vantaggiosa, a tutela dei lavoratori licenziati per motivi economici. Qualora questi siano disposti ad accettare un nuovo impiego con mansioni che prevedono una remunerazione inferiore a quella precedente, e nel rispetto degli altri presupposti e dell'*iter* richiesto, possono essere ammessi al beneficio della corresponsione, da parte dell'*Administration de l'Emploi* (Adem), di una somma a integrazione del nuovo reddito (108). Tale somma, che è corrisposta per un periodo di 48 mesi, è pari alla differenza tra il 90% di quanto al lavoratore era corrisposto dal precedente datore di lavoro e quanto, invece, egli percepisce in dipendenza del nuovo impiego (art. 16, *Règlement Grand-Ducal*).

Finora si è, però, sostenuto che la materia è comunque derogata in *melius* a favore del lavoratore, ed è anche vero che una tale opportunità di scelta del Foro potrebbe non essere coerente con il principio del collegamento al territorio, che è quasi sempre a vantaggio del prestatore, nonché dell'attività del giudice (109). Non solo. Va altresì considerato anche il disagio di doversi difendere in due Stati diversi, al solo fine di poter vedere, *da un lato*, riconosciuto un diritto di credito con un grado

(107) L'art. 30, capitolo VII, legge del Lussemburgo del 24 maggio 1989, stabilisce che il contratto di lavoro è risolto con effetto immediato in caso di cessazione degli affari a seguito di decesso, d'incapacità fisica o di dichiarazione di fallimento del datore di lavoro.

(108) Vedi *Règlement Grand-Ducal* del 17 giugno 1994, «Sulle modalità e condizioni di attribuzione [...] di un aiuto al reimpiego», pubblicato nel *Memorial (Journal Officiel du Grand-Duché de Luxembourg)* n. 53 del 29 giugno 1994, e modificato dal *Règlement Grand-Ducal* del 31 luglio 1995, pubblicato nel *Memorial* n. 65 del 11 agosto 1995. La richiesta può essere avanzata sia nei casi di risanamento, riorganizzazione e ristrutturazione, sia per la perdita dell'impiego nei casi di automatica risoluzione del rapporto di lavoro, *ex art. 30, legge 24 maggio 1989* (vedi *supra*, nota 107), e cioè di decesso, d'incapacità fisica o di dichiarazione di fallimento del datore di lavoro (art. 15, comma 1, *Règlement Grand-Ducal*). Il trattamento integrativo può essere richiesto anche dal lavoratore che lascia spontaneamente l'impresa, *ex art. 15, comma 2, del Règlement Grand-Ducal*.

(109) Cfr. Corte di Giustizia 27 febbraio 2002, *Weber*, C-37/00 (punto n. 49); Corte di Giustizia 13 luglio 1993, *Mulox IBC Ltd.*, C-125/92 (punto n. 17).

di privilegio più elevato e, *dall'altro*, tutelato l'interesse alla salvaguardia dell'attività lavorativa (e quindi attuando a suo vantaggio un'operazione di *regime shopping*) (110). La soluzione del problema, attraverso il ricorso al principio di contrarietà all'ordine pubblico sembra troppo semplicistica, oltre a creare, come già evidenziato, enormi difformità nell'applicazione delle norme in ambito comunitario.

5.3. — Segue: *Il potere del curatore sulla sorte dei rapporti di lavoro* — Da quanto innanzi detto è evincibile che le sorti del lavoratore coinvolto in una procedura d'insolvenza dipendono in vario modo e per diversi motivi dagli organi del fallimento.

Colui che svolge la sua attività in una realtà di «stabilimento» (111) è subordinato alle decisioni del curatore «principale» per quanto riguarda l'unica possibilità che il Regolamento prevede in deroga alla natura esclusivamente liquidatoria delle procedure secondarie. Il curatore, infatti, qualora la legge applicabile alla procedura secondaria preveda la possibilità di chiudere il procedimento senza liquidazione mediante un piano di risanamento, un concordato o un piano analogo, è il solo a poter avanzare la proposta, anche durante il periodo di sospensione della liquidazione (art. 33 del Regolamento); la procedura diventa definitiva con il suo assenso (art. 34, par. 1) (112).

In presenza di una normativa permeata di una così evidente difficoltà pratica per il curatore della procedura principale, il quale, in assenza di una procedura secondaria, deve gestire anche le realtà «di dipendenza» collocate all'estero, è possibile che si verifichino situazioni discriminatorie.

Né la nomina di un curatore per la procedura secondaria, e quindi l'apertura di una procedura diversa da quella principale, pone al riparo il lavoratore dal rischio di un danno. È sufficiente la sola inosservanza del reciproco obbligo di comunicazione e d'informazione, cui sono as-

(110) Cfr. A. Lo Faro, *op. cit.*, p. 438.

(111) Nel senso di S. M. Carbone, *Il c.d. fallimento...*, cit., p. 644.

(112) *Contra* vedi C. Punzi, *Le procedure...*, cit., p. 1033, secondo il quale, attesa l'ipotesi di assenso successivo, può ritenersi che anche altri soggetti abbiano la possibilità di richiedere la deroga alla natura liquidatoria della procedura secondaria. Il curatore può proporre al Tribunale il risanamento, mentre il suo assenso è riferito alla chiusura della procedura. Tale fase è posteriore all'esperimento del piano a cura del curatore della secondaria. La normativa stabilisce che il curatore ha poteri illimitati negli Stati membri «fino» all'apertura di un'altra procedura di insolvenza gestita dal curatore che avrà l'obbligo di coordinarsi con il curatore «principale».

soggettati gli stessi curatori (art. 31), per compromettere la sorte dei rapporti di lavoro rimasti pendenti e dei quali, in presenza dei presupposti per un risanamento, e con la proposta avanzata dal curatore della procedura principale, a norma dell'art. 34 del Regolamento, potrebbe evitarsi la definitiva estinzione (113).

A tale problematica generale va ad aggiungersi la questione specifica dei requisiti soggettivi e dei poteri del singolo curatore, non esclusa la capacità di agire dello stesso (114), che variano in base alla legislazione di ogni singolo Stato membro e che sono fonte di evidente ingerenza nelle legislazioni nazionali (115). A tal proposito, prescindendo dalla previsione generale dell'art. 18, si pensi alla possibilità che l'art. 38 del Regolamento riconosce a un curatore provvisorio (116), nominato, ad esempio, in Germania, di ottenere dal giudice italiano un provvedimento cautelare per la procedura futura, pur mancando nel nostro ordinamento una specifica norma che permetta l'emanazione di atti conservativi a tutela della emananda sentenza di fallimento (117).

6. — *La tutela dei crediti da lavoro nelle procedure di insolvenza transnazionale* — Come per i diritti genericamente riferiti alla disciplina del rapporto di lavoro, anche per il diritto di credito si possono presentare situazioni palesemente discriminatorie per il lavoratore coinvolto in una procedura di insolvenza transnazionale.

Per il prestatore che ha svolto l'attività lavorativa in un paese destinato, poi, a essere anche quello ospite della procedura principale, la tutela dei crediti è attuata applicando la legge a lui nota, con tutte le garanzie

(113) Sui rapporti tra i curatori vedi C. Punzi, *op. cit.*, p. 1027, nonché V. Starace, *La disciplina comunitaria delle procedure di insolvenza: giurisdizione ed efficacia delle sentenze straniere*, in *Riv. dir. int.*, 2002, n. 2, pp. 297-308.

(114) Vedi Cass. 29 luglio 2005, n. 15946, in *Fall. proc. conc.*, 2006, n. 3, pp. 267-269.

(115) Il curatore è «qualsiasi persona od organo la cui funzione è di amministrare o liquidare i beni dei quali il debitore è spossessato o di sorvegliare la gestione dei suoi affari» (art. 2, lett. b, Regolamento n. 1346/2000), mentre le denominazioni utilizzate per ogni Stato sono contenute nell'all. C.

(116) Questi è nominato dal giudice di uno Stato membro al fine di garantire la conservazione dei beni del debitore che si trovano in un altro Stato per il periodo che intercorre tra la richiesta e la decisione di apertura di una procedura. I provvedimenti devono essere contemplati dalla legge dello Stato nel quale producono effetti.

(117) Sui rapporti tra il Regolamento n. 1346/2000 e la legge italiana vedi S. Vincire, *Il Regolamento Ce sulle procedure di insolvenza e il Diritto italiano*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, n. 1, pp. 213-244.

previste dalla normativa sull'insolvenza, mentre chi ha svolto o svolge il suo lavoro in una dipendenza subirà l'applicazione della legge stabilita dal Regolamento n. 1346/2000, posto che le questioni riguardanti i creditori sono regolate dalla legge dello Stato di apertura della procedura.

La principale garanzia che il Regolamento riserva ai suddetti creditori è rinvenibile nella facoltà di richiedere l'apertura di una procedura cd. *autonoma* o *indipendente*, anche in assenza di un centro di interessi qualificabile come principale, che, com'è noto, è il presupposto necessario per l'esistenza di una procedura secondaria, con tutti i limiti che la caratterizzano.

Seppure la procedura secondaria presenta svariate difficoltà per i creditori, questa, *da un lato*, permette delle semplificazioni di non poco conto, se si considera che non è richiesta la verifica del presupposto oggettivo dello stato di insolvenza; *dall'altro*, permette di arginare l'importazione di procedure che estendono gli effetti dell'insolvenza a soggetti che, secondo la legge nazionale, ne sarebbero esclusi (118).

La richiesta di una procedura autonoma può essere presentata da un soggetto che abbia la qualità di creditore (art. 3, par. 4, lett. *b*), e il lavoratore può così salvaguardare *sia* il credito maturato nei confronti del datore, *sia* l'occupazione, atteso che la procedura indipendente può essere finalizzata anche al risanamento.

La principale discriminazione che può sorgere tra il lavoratore del *Comi* e quello della dipendenza riguarda il diverso grado di privilegio riconosciuto da una legislazione rispetto a un'altra.

Al «Considerando» n. 11 del Regolamento sono immaginate possibili differenze tra i diritti di prelazione dei creditori ammessi alla procedura, ed è a questa ragione che il legislatore riconduce la scelta di non essere intervenuto sulla specifica materia, ma precisa di averne tenuto conto «in due modi distinti, prevedendo, *da un lato*, norme speciali sulla legge applicabile per diritti e rapporti giuridici particolarmente importanti (per esempio, diritti reali e contratti di lavoro) e ammettendo, *dall'altro*, oltre a una procedura principale [...] anche procedure locali...». In questo caso, per ciò che riguarda il rapporto di lavoro, per il quale si fa espresso rinvio alla legge applicabile al contratto in base al diritto nazionale (art. 10 del Regolamento), non sembra sia stata prevista una normativa speciale,

(118) Si veda S. Vincre, *op. cit.*, p. 236. Contrario alla tesi che estende il concetto di requisiti soggettivi in caso di apertura di una procedura secondaria è V. Proto, *L'insolvenza...*, cit., p. 573.

sempre che le norme interne al singolo Stato non siano considerate di diritto speciale rispetto all'ordinamento comunitario.

Va altresì rilevato che, con riferimento al grado di privilegio dei crediti di lavoro, lo stesso «Considerando» n. 29 del Regolamento prevede che le relative questioni dovrebbero essere disciplinate dalla legge dello Stato di apertura (119).

Anche per i crediti, dunque, al lavoratore si propone la scelta tra il restare inerte e non richiedere l'apertura di una procedura secondaria, aspettando che siano gli altri eventualmente a farlo, e sperare, nel frattempo, nel migliore trattamento della procedura principale, oppure sacrificare questa possibilità e privilegiare l'ipotesi di una procedura a lui più vicina che presenta altri vantaggi, ma che è destinata alla liquidazione (se secondaria e non indipendente).

Per fare qualche esempio che evidenzia come le «asimmetrie legislative tra i diversi ordinamenti siano terreno fertile per discriminazioni a danno del “soggetto debole”, sono necessarie talune semplificazioni». Tralasciando le distinzioni sulla composizione e qualificazione del credito (pre-deducibile o della massa, di risarcimento del danno, o per inadempimento dell'obbligo di riassunzione per i soggetti sprovvisti della tutela reale) e quelle in base alla nozione e composizione della retribuzione, ci si limita alla generica distinzione tra crediti retributivi e contributivi.

Nel caso dell'Italia, l'art. 2751-*bis* cod. civ. sancisce il privilegio di primo grado per i crediti retributivi nella loro accezione più ampia (120)

(119) Il rischio di una potenziale differenziazione tra i privilegi dei crediti poteva essere evitata dal legislatore comunitario. Il testo delle Direttive nn. 2001/17/Ce e 2001/24/Ce esprime un principio specifico a tutela dei creditori. L'art. 16, comma 2, Direttiva n. 2001/24/Ce, sancisce che «i crediti di tutti i creditori aventi la residenza, il domicilio o la sede legale in Stati membri diversi dallo Stato membro d'origine beneficiano dello stesso trattamento e dello stesso grado dei crediti di natura equivalente che possono essere insinuati dai creditori aventi la residenza, il domicilio o la sede legale nello Stato membro d'origine». In sede di recepimento della Direttiva n. 2001/17/Ce, con il d.lgs. n. 93/2003 il legislatore ha modificato i d.lgs. nn. 174 e 175 del 17 marzo 1995, aggiungendo rispettivamente gli artt. 66-*bis* e 77-*bis*, i quali stabiliscono che «ai crediti di tutti i soggetti, persone fisiche o giuridiche, che hanno residenza abituale, domicilio o sede legale in un altro Stato membro diverso dall'Italia, incluse le pubbliche amministrazioni, spetta lo stesso trattamento e lo stesso grado di privilegio dei creditori aventi sede nel territorio della Repubblica». Ciò dimostra che l'assenza di una normativa simile per le procedure concorsuali non è da riferire a una dimenticanza, ma a una specifica scelta.

(120) Sull'art. 2751-*bis*, n. 1, la Corte Costituzionale ha considerato fondate le questioni di illegittimità della norma «nella parte in cui non munisce di privilegio ge-

(secondi solo ai crediti per le spese di giustizia di cui agli artt. 2755 e 2770 cod. civ.), mentre i crediti contributivi (intendendo per tali quelli dovuti agli istituti di previdenza e assistenza) sono posizionati al n. 8 dall'art. 2778 cod. civ., diversamente da quelli dovuti a istituti o enti o fondi speciali che gestiscono forme di assicurazione obbligatoria per l'invalidità, vecchiaia e superstiti, di cui all'art. 2753 cod. civ., indicati al n. 1 dell'art. 2778 cod. civ. (121).

In Spagna, la *Ley Concursal* n. 22 del 9 luglio 2003 (122) prevede per i crediti retributivi un privilegio di primo grado, anche se entro limiti stabiliti e differenziati per ogni tipologia di credito, sia esso riferito all'estinzione del rapporto, all'indennità dovuta in caso di incidente sul luogo di lavoro o se derivante dai danni subiti per la trasgressione da parte del datore di norme relative alla sicurezza sul luogo di lavoro (art. 91 – *Créditos con privilegio general* – *Ley Concursal* n. 22/2003).

La Francia, a sua volta, riconosce ai crediti dei lavoratori aventi natura sia retributiva sia contributiva un «superprivilegio» rispetto a tutti gli altri crediti esistenti (artt. L. 625-1 ss. del *Code de Commerce*, e artt. L. 143-10 ss. del *Code du Travail*) (123). L'Irlanda, invece, pone i crediti retributivi al secondo posto nell'ordine di soddisfacimento,

nerale sui mobili del datore di lavoro il credito del lavoratore subordinato per risarcimento dei danni da demansionamento subito a causa dell'illegittimo comportamento del datore» (vedi Corte Cost. 6 aprile 2004, n. 113, in *Arg. dir. lav.*, 2004, n. 2, pp. 663-665), e, ancora, «nella parte in cui non munisce di privilegio generale sui mobili del datore di lavoro il credito del lavoratore subordinato per danni conseguenti a malattia professionale della quale sia responsabile il datore di lavoro, per la parte non coperta dalla indennità previdenziale obbligatoria» (vedi Corte Cost. 29 maggio 2002, n. 220, in *Arg. dir. lav.*, 2004, n. 2, pp. 666-667).

(121) L'equiparazione dell'ordine di privilegio si è perfezionata con l'art. 66, legge n. 153/1969, che, oltre a estendere il privilegio a tutte le retribuzioni, colloca al 1° posto dell'ordine di privilegio i contributi degli enti previdenziali, precedentemente posizionati al n. 16 dell'art. 2778 cod. civ. In generale sui privilegi si vedano G. Civalè, *Insolvenza dell'imprenditore e tutela dei crediti di lavoro*, in *q. Riv.*, 1993, I, pp. 441-469, A. Vallebona, *I crediti privilegiati e l'ars distinguendi dimenticata*, in *Arg. dir. lav.*, 2004 n. 2, pp. 531-537. Per le tecniche di tutela dei crediti da lavoro vedi A. Caiafa, *op. cit.*, pp. 107 ss., nonché G. Ferraro, *Crisi dell'impresa, procedure concorsuali e tutela dei lavoratori*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1985, pp. 142-147.

(122) Legge pubblicata in *Boe (Boletín Oficial del Estado)*, n. 164, del 10 luglio 2003, pp. 26905-26965.

(123) Ci si riferisce alla versione in vigore dal 1° gennaio 2006, modificata dalla legge n. 845 del 26 luglio 2005, pubblicata in *J.O. (Journal Officiel de la République Française)*, n. 173, del 27 luglio 2005, e attuata con decreto n. 1677 del 28 dicembre 2005, in *J.O.*, n. 302, del 29 dicembre 2005.

dopo le spese specifiche della procedura di fallimento, ma nel limite di duemilacinquecento sterline (art. 80, legge n. 27/1988, *Bankruptcy Act* 1988); inoltre le indennità dovute per malattia sono collocate al quinto posto (art. 81, *Bankruptcy Act*, comma 1, lett. e), mentre i crediti contributivi sono posizionati al sesto posto (art. 81, *Bankruptcy Act*, comma 1, lett. f). A Malta, infine, nella cui legislazione ai crediti retributivi è riservato il terzo posto, dopo le spese funebri, i crediti contributivi possono considerarsi compresi nei *judicial costs* (124) (art. 2003, Titolo XXIII, Cap. 16 – *Codice civile – Laws of Malta*), ai quali è riconosciuto il primo posto nell'ordine di soddisfacimento.

Questi pochi esempi evidenziano come per il lavoratore possa essere reale l'interesse a che la procedura sia gestita da uno Stato anziché da un altro, nonché come una questione di competenza o di *prevenzione* possa alterare in modo incisivo il suo diritto di credito, senza considerare i casi in cui sia lo stesso debitore ad attuare, a suo esclusivo vantaggio, un'operazione di *forum shopping*.

Il Regolamento stabilisce, inoltre, all'art. 32, par. 1, che «ogni creditore può insinuare il proprio credito nella procedura principale e in qualsiasi procedura secondaria», mentre il secondo paragrafo riconosce ai curatori la facoltà di insinuare i crediti delle loro procedure nelle altre procedure pendenti nell'interesse dei creditori che ognuno di loro rappresenta.

Alla suddetta disposizione è posto il limite dettato dall'art. 20, par. 2, del Regolamento, a tutela della *par condicio creditorum*, rappresentato dall'applicazione del criterio del cd. *hotchopt rule*.

In attuazione di questo principio, è previsto che il creditore che ha già recuperato una quota del proprio credito in una delle procedura d'insolvenza partecipa ai riparti effettuati in un altro procedimento soltanto se i creditori dello stesso grado o della stessa categoria abbiano ottenuto, in tale altra procedura, una quota equivalente.

Il criterio del cd. *hotchopt rule* realizza, pertanto, una *par condicio* solo tendenziale, rappresentando per i diritti di credito del lavoratore la fonte di altri problemi.

Il lavoratore della procedura secondaria e quello della principale, nonché due lavoratori coinvolti in due procedure secondarie, possono a-

(124) Stando alla previsione dell'art. 2003 del codice civile delle *Laws of Malta* citato, l'ordine di privilegio vede al primo posto i *Judicial costs*, la cui definizione è contenuta nel successivo art. 2004. Rientrano, infatti, in tale definizione i costi per il comune beneficio dei creditori.

vere un diverso grado di privilegio per il loro credito. La questione si complica nella statuizione di un limite che riguarda anche la categoria dei crediti, per due motivi.

Il primo riguarda la composizione non omogenea delle categorie di credito che fanno capo al lavoratore, posto che, indipendentemente dalla semplificazione adottata in questa sede, i concetti di credito retributivo e credito contributivo possono al loro interno comprendere voci diverse.

In questo caso il lavoratore, una volta informato dal curatore preposto dell'apertura della procedura (art. 40), deve, in base all'art. 41, inviare una copia dei documenti giustificativi del credito (qualora ne esistano) e «indica[re] la natura del credito, la data in cui è sorto e il relativo importo; indica[re], inoltre, se vanta un privilegio, una garanzia reale o una riserva di proprietà e quali sono i beni che costituiscono la garanzia da lui invocata».

L'altro motivo è rappresentato dal fatto che il lavoratore invierà il dettaglio del suo credito ignaro del tipo di privilegio che gli è riconosciuto secondo tale procedura e dei soggetti concorrenti con il suo stesso grado di precedenza che possono anche appartenere a categorie diverse.

Un'altra fonte di possibili disparità di trattamento è contenuta nell'art. 33, par. 1, secondo il quale, a richiesta del curatore della procedura principale, il giudice che ha aperto la procedura secondaria sospende in tutto o in parte le operazioni di liquidazione per un massimo di tre mesi. Tale istanza può essere respinta in mancanza di un interesse manifesto da parte dei creditori della procedura principale. È evidente che la tutela dei creditori della procedura principale è preponderante, e se, da un lato, una tale disposizione può giustificarsi con il tentativo di comprendere chi siano realmente i creditori e di evitare duplicazioni, è anche vero che i creditori della procedura principale saranno soddisfatti con precedenza rispetto a quelli della procedura secondaria che è stata sospesa (125).

6.1. — Segue: *Le innovazioni introdotte dalla Direttiva n. 2002/74/Ce* — Nel caso dei crediti da lavoro viene in aiuto del lavoratore la disciplina comunitaria prevista dalla Direttiva n. 80/987/Ce, modificata dalla

(125) Cfr. F. De Santis, *La normativa comunitaria relativa alle procedure di insolvenza transfrontaliere e il Diritto processuale interno: dialogo tra i formanti*, in *Dir. fall.*, 2004, n. 1, pp. 91-119, p. 115.

più recente Direttiva n. 2002/74/Ce (126), che, con un intervento integrativo, ha esteso la garanzia prevista per i crediti da lavoro anche all'ipotesi d'insolvenza transnazionale.

Com'è noto, la Direttiva n. 80/987/Ce ha previsto l'istituzione, da parte di ogni Stato dell'Unione, di appositi organismi al fine di garantire i crediti di lavoro maturati (127) e non corrisposti al lavoratore a causa dell'insolvenza del datore (128). Tale garanzia, mediante un sistema di accollo *ex lege* (129), seppur limitata a uno specifico arco temporale e a un determinato massimale, vuole costituire un aiuto alternativo alla stabilità dell'occupazione (130).

(126) Per una prima analisi della Direttiva vedi M. Pallini, *La nuova disciplina comunitaria della tutela dei lavoratori in caso di insolvenza del datore: la Direttiva n. 2002/74*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2003, n. 2, pp. 712-716; nonché G. Arrigo, *La tutela dei crediti retributivi e previdenziali in caso di insolvenza del datore di lavoro tra ordinamento interno e disciplina comunitaria*, in *Prev. ass. pubb. priv.*, 2005, n. 1, pp. 1-33.

(127) La sentenza Corte di Giustizia 25 gennaio 2007, *C. M. Robinson e a.*, C-278/05, ha stabilito che «in caso di insolvenza del datore di lavoro e di insufficienza delle risorse dei regimi complementari di previdenza, professionali o interprofessionali, il finanziamento dei diritti maturati alle prestazioni di vecchiaia non deve essere obbligatoriamente assicurato dagli Stati membri, né essere integrale». Vedi, in generale sulla Direttiva, P. Magno, *La tutela del lavoro nel Diritto comunitario*, 2000, pp. 164-168; per un confronto tra i presupposti della Direttiva e le scelte del legislatore italiano vedi M. Rosano, *Il fondo di garanzia Inps e la tutela differenziata in base alla natura del datore di lavoro: l'intervento riequilibrante della Cassazione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2005, II, pp. 973-982.

(128) L'esigenza di garanzia dei crediti di lavoro è al centro del dibattito non solo comunitario, ma anche internazionale. L'Oil si è fatta promotrice di diverse Convenzioni in tema di tutela dei crediti di lavoro: le più importanti sono la n. 95 e la n. 173. La prima è basata sul sistema dei privilegi e sulla necessità di adozione, da parte dei paesi stipulanti, di criteri omogenei. La seconda è suddivisa in diverse parti che possono essere ratificate anche separatamente: la seconda parte, che contiene l'ipotesi di armonizzazione del sistema di tutela dei crediti, mediante la creazione di categorie di privilegio secondo criteri comuni, e la terza parte, che prevede l'assunzione dell'impegno, da parte degli Stati, di istituire un organismo di garanzia, così com'è stato fatto in Europa. Per una disamina degli interventi in ambito internazionale vedi il rapporto della commissione di esperti alla *Conférence Internationale du Travail: L'étude d'ensemble des rapports concernant la Convention (n. 95) et la Recommandation (n. 85) sur la protection du salaire 1949*, 2003, cap. V, pp. 171-207.

(129) La garanzia è diversa da paese a paese in funzione dei margini dettati dalla Direttiva. Le regole operative di intervento del Fondo Inps sono state oggetto della Circolare Inps n. 53 del 7 marzo 2007.

(130) La portata della garanzia è stata al centro di un cospicuo contenzioso sia in ambito nazionale, sia in ambito comunitario. Sull'individuazione del momento

La Corte di Giustizia ha adottato un'interpretazione estensiva della garanzia riconosciuta al lavoratore, dapprima, riferendo il periodo coperto a partire dalla «data di presentazione dell'istanza di apertura» (131) e, recentemente, con la previsione di intervento del fondo non solo alle indennità dovute a seguito di scioglimento del contratto di lavoro, riconosciute da una decisione giudiziaria in caso di insolvenza, ma altresì alle «indennità della stessa natura riconosciute in un accordo tra il lavoratore e il datore di lavoro concluso in presenza del giudice e approvato dall'organo giurisdizionale» (132).

L'estensione anche al lavoro transnazionale è il risultato raggiunto a seguito del contenzioso sottoposto al vaglio della Corte, che nelle sentenze emanate ha manifestato il suo imbarazzo adottando soluzioni contrastanti. Infatti, nella sentenza *Mosbaek* del 17 settembre 1997 (C-117/96) la Corte, chiamata a decidere quale organismo fosse competente a prestare la garanzia di cui alla Direttiva n. 80/987, aveva stabilito, in base al criterio della *lex fori concursus*, che doveva ritenersi tale quello «dello Stato in cui viene decisa l'apertura del procedimento concorsuale, oppure viene dichiarata la chiusura dell'impresa o dello stabilimento» (punto n. 20) (133). Diversamente, nella sentenza *Everson-Barrass* del 16 dicembre 1999 (C-198/98), ispirandosi al principio della *lex loci laboris*, ha riconosciuto competente l'organismo «del luogo in cui il lavoratore ha svolto la sua attività, anche se l'apertura della procedura è avvenuta in un altro Stato» (134).

iniziale della garanzia vedi Corte di Giustizia 10 luglio 1997, *Maso e a.*, C-373/95, e, sulla definizione del massimale garantito, Corte di Giustizia 4 marzo 2004, cause riunite C-19/01, C-50/01, C-84/01, in *Riv. it. dir. lav.*, 2005, II, pp. 28-39. Vedi in generale S. Centofanti, *Insolvenza del datore di lavoro e individuazione dell'arco temporale dei crediti di lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2000, I, pp. 181-200. Sulla natura dell'intervento, come misura a sostegno dell'occupazione, F. Santoro-Passarelli, *Assicurazione obbligatoria dei crediti di lavoro per l'insolvenza dell'imprenditore*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1980, pp. 1248-1254, p. 1249.

(131) Corte di Giustizia 10 luglio 1997, *Maso e a.*, C-373/95.

(132) Corte di Giustizia 7 settembre 2006, *A.C.A. c. Fondo de Garantía Salarial*, C-81/05, in *Lav. giur.*, 2006, 11, pp. 1089-1098.

(133) Il caso specifico riguardava una lavoratrice danese, dipendente da una società inglese, la quale non aveva né sedi, né dipendenze, né era registrata in Danimarca, e che, inoltre, era stata dichiarata fallita in base al Diritto britannico.

(134) Nello Stato (il Regno Unito) il datore di lavoro (società irlandese con sede a Dublino) possedeva uno stabilimento, identificato come sede secondaria, presso la quale erano impiegati i lavoratori ricorrenti. La Corte è stata agevolata anche dal versamento dei contributi previdenziali in quello Stato.

Il legislatore comunitario ha voluto favorire il criterio del luogo di svolgimento della prestazione, prevedendo che «l'organismo di garanzia competente per il pagamento di diritti non pagati dei lavoratori è quello dello Stato membro sul cui territorio essi esercitano abitualmente il loro lavoro»; in tal modo, è parsa evidente la dissociazione dal concetto sostenuto dalla Corte, che, al contrario, utilizzava come elemento qualificante del criterio adottato la presenza di una sede secondaria o di una succursale sul territorio dello Stato.

Nella identificazione dell'organismo competente ricorre, oltre al principio della territorialità, anche quello della «abitualità», con potenziali questioni di conflitto di competenza (v. *supra*, par. 3.3.) anche tra gli organismi designati al pagamento dei crediti garantiti.

La sentenza *Everson* ha influito sulla previsione, nella Direttiva n. 2002/74/Ce, dell'art. 8-*bis* (comma 3), strettamente connesso al Regolamento n. 1346/2000, che prevede che gli Stati adottino le misure necessarie affinché le decisioni di apertura delle procedure siano utilizzabili dai lavoratori nello Stato in cui possono usufruire di tali garanzie, perché vi hanno svolto un'attività lavorativa.

Nel successivo art. 8-*ter* è contenuta la prescrizione agli Stati di prevedere «lo scambio di informazioni pertinenti tra le amministrazioni pubbliche competenti e-o gli organismi di garanzia», al fine di portare a conoscenza degli organismi di garanzia i diritti dei lavoratori che non sono stati pagati.

L'Italia ha recepito la Direttiva n. 2002/74/Ce con il d.lgs. n. 186/2005, che aggiunge al testo del d.lgs. n. 80/1992 l'art. n. 2-*bis*, secondo il quale «l'intervento del Fondo di Garanzia opera anche nel caso in cui datore di lavoro sia un'impresa, avente attività sul territorio di almeno due Stati membri, costituita secondo il diritto di un altro Stato membro e in tale Stato sottoposta a una procedura concorsuale, a condizione che il dipendente abbia abitualmente svolto la sua attività in Italia...».

Le disposizioni della Direttiva, previste agli artt. 8-*bis* (comma 3) e 8-*ter* (commi 1 e 2) per agevolare i lavoratori in caso di procedure di insolvenza transnazionali, sono state evidentemente ignorate.

La Direttiva n. 2002/74/Ce incide anche su un altro aspetto del Regolamento n. 1346/2000, proponendo una definizione più compiuta, del concetto di «stato di insolvenza» rispetto a quella del Regolamento (135).

(135) Vedi G. Arrigo, *op. cit.*, p. 10.

Secondo la Direttiva, il datore di lavoro è considerato «in stato di insolvenza quando è stata chiesta l'apertura di una delle procedure concorsuali previste dalle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative di uno Stato membro, che comporta lo spossessamento parziale o totale del datore di lavoro stesso e la designazione di un curatore o di una persona che espliciti una funzione analoga e quando l'autorità competente, in virtù di dette disposizioni, *a*) ha deciso l'apertura di un procedimento, oppure *b*) ha constatato la chiusura definitiva dell'impresa o dello stabilimento del datore di lavoro e l'insufficienza dell'attivo disponibile per giustificare l'apertura del procedimento».

Questa precisazione non risolve il problema dal punto di vista concorsuale, atteso che la più puntuale definizione non preclude la trasposizione di uno stato di insolvenza dalla procedura principale alla procedura secondaria quando, per la legislazione di quest'ultimo Stato, il soggetto coinvolto non sarebbe stato considerato insolvente.

7. — *Conclusioni* — Alla luce delle considerazioni suesposte, non si può non evidenziare che le questioni ancora aperte, *sia* di tipo procedurale, *sia* quelle riferite alla disciplina applicabile al lavoratore, sono ancora molte e, in un sistema comunitario di norme sempre più tendenti all'integrazione, rappresentano falle che non garantiscono l'omogeneità dei risultati per i cittadini dell'Unione, lasciando ancora spazio a fraudolente pratiche di *forum and law shopping*. Queste, se, da un lato, possono agevolare i soggetti imprenditori, dall'altro, creano delle situazioni evidentemente discriminatorie per i lavoratori.

Gli svantaggi che possono derivare al lavoratore in caso di insolvenza transnazionale sono qualificabili sotto un duplice profilo. Egli vede sacrificato non solo il suo credito, e lo *status* di occupato, ma è danneggiato dall'effetto di una norma posta a fondamento del Diritto comunitario. La stessa libertà di circolazione sul territorio della comunità, che è tutelata dagli artt. 39 e 40 del Trattato e che dovrebbe garantire il divieto di discriminazioni in base alla nazionalità, oltre a promuovere la mobilità geografica del lavoratore, diventa un limite per colui che svolge l'attività lavorativa in una situazione di transnazionalità.

È possibile che gli istituti previsti dalla legge fallimentare di uno Stato siano in un altro Stato disciplinati in modo differente, e tale disparità di regolamentazione può dare luogo a trattamenti diversificati. Il fatto che lo stesso stato d'insolvenza si identifichi con aspetti non coincidenti in diversi Stati membri è sintomatico di tale rischio.

A complicare la questione dei rapporti di lavoro coinvolti in una procedura di insolvenza «transnazionale», possono presentarsi anche problemi di individuazione della titolarità del rapporto di lavoro quando, ad esempio, si è svolta una prestazione lavorativa di tipo «cumulativo» per un gruppo di imprese (136), e può, pertanto, essere utile al lavoratore dimostrarlo per riferire il rapporto di lavoro al centro di imputazione degli interessi anziché al soggetto giuridico risultante dal contratto.

Il legislatore comunitario si è ben guardato dal disciplinare in maniera omogenea la sorte dei rapporti di lavoro nell'ambito delle procedure d'insolvenza transnazionale, anche se ha «preannunciato» nel «Considerando» n. 11 il rinvio, per la materia, a una legge speciale; tale atteggiamento, rispettoso delle legislazioni nazionali, non premia il principio di certezza del diritto, né quello del *favor* per il lavoratore e – se si vuole – nemmeno quello di non contrarietà all'ordine pubblico internazionale. Il problema va affrontato sul piano di un Diritto transnazionale del lavoro che ancora crea molto imbarazzo agli Stati e alla comunità sovranazionale, ma nell'ottica di una «europeizzazione del Diritto del lavoro» un coordinamento si rende necessario (137), per eliminare grossolane discriminazioni. Citando Umberto Romagnoli «il diritto di lavorare nei paesi dell'Unione europea è indissociabile dal diritto a proteggersi contro i più elementari rischi indipendentemente da natura, modalità e durata del rapporto di lavoro», e se è vero che gli europei dovrebbero rallegrarsi per essere riusciti a creare la più umana forma di capitalismo finora conosciuta «farebbero meglio a chiedersi quali nuove idee debbano essere messe in atto per migliorare il modello attuale» (138).

(136) Vedi per tutti O. Mazzotta, «Divide et impera»: *Diritto del lavoro e gruppi di impresa*, in Aa.Vv., *Il gruppo di impresa nella realtà giuridica italiana* (Atti del Convegno dell'Istituto Giuridico italiano, Verona 6-7 novembre 1987), 1990, 120-135, nonché A. Vallebona, *op. cit.*, 673-692.

(137) Cfr. M. Grandi, *Diritto del lavoro e Comunità europea*, in *Riv. it. dir. lav.* 1995, I, 133-162.

(138) U. Romagnoli, *Divagazioni tra economia e Diritto del lavoro*, in *Lav. dir.* 2005, n. 3, 527-536.