

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. 3

*Trimestrale
luglio-settembre 2008*

DIRETTORE

Piergiorganni 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

SAGGI

Luigi Mariucci
Le fonti del Diritto del lavoro 323

Michele Miscione
La non concorrenza nel contratto di agenzia 367

Lucio Imberti
La disciplina del socio lavoratore tra vera e falsa cooperazione 387

RECENSIONE

Mario Napoli
Guido Trioni, *Il contratto di Agenzia (artt. 1742-1753)*,
Bologna, Zanichelli, 2007 461

PARTE II GIURISPRUDENZA

OSSERVATORIO

LA CORTE COSTITUZIONALE

Le decisioni nel trimestre aprile-giugno 2008	
Rapporto di lavoro	535
Sicurezza sociale	541
<i>A cura di Lorenzo Fassina e Massimo Pallini</i>	

RAPPORTO DI LAVORO

Francesco Fabbri

Il lavoro delle «telefoniste» e gli indici della subordinazione (<i>Cassazione, 14 aprile 2008, n. 9812, Sez. lav.</i>)	547
--	-----

Enrico Gragnoli

Trasferimento d'azienda, elusione dell'operare dell'art. 18 Stat. lav. e frode alla legge (<i>Cassazione, 7 febbraio 2008, n. 2874, Sez. lav.</i>)	554
--	-----

Lucia Valente

Fine lavoro nelle costruzioni edili e licenziamenti collettivi (<i>Cassazione, 6 febbraio 2008, n. 2782, Sez. lav.</i>)	563
--	-----

Marta Vendramin

Inottemperanza all'ordine di reintegra e danni risarcibili (<i>Cassazione, 17 dicembre 2007, n. 26561, Sez. lav.</i>)	572
--	-----

Cristiana Corbo

Il danno da ritardata assunzione: prova e criteri di liquidazione (<i>Cassazione, 14 dicembre 2007, n. 26282, Sez. III civ.</i>)	582
---	-----

Serena Zitti

Il punto sull'applicabilità dell'art. 36 Cost. al lavoro nelle pubbliche amministrazioni (<i>Cassazione, 11 dicembre 2007, n. 25837, Ss.Uu.</i>)	592
--	-----

Lara Lazzeroni

Quando si confrontano divieto di discriminazioni di genere
e limiti di altezza nelle assunzioni

(Cassazione, 13 novembre 2007, n. 23562, Sez. lav.) 607

Federica Roccato

Forma ed effetti della revoca del licenziamento
e della sua accettazione

(Cassazione, 5 ottobre 2007, n. 20901, Sez. lav.) 615

Daniele Costanzi

Licenziamento del dirigente e nozione di giustificatazza

(Cassazione, 5 ottobre 2007, n. 20895, Sez. lav.) 628

Maria Dolores Ferrara

La Corte di Cassazione e la qualificazione del rapporto di lavoro:
«doppia alienità», «lavoro tipologicamente subordinato»
e valorizzazione dei «legami personali»

(Cassazione, 6 settembre 2007, n. 18692, Sez. lav.) 635

Luigi Menghini

L'assenteismo tra rimedi vecchi e nuovi

(Corte d'Appello Torino, 28 novembre 2007, Sez. lav.) 643

Alessandro Veltri

Danno da perdita di *chance* per mancata promozione
nei concorsi interni della p.a.

(Corte d'Appello Salerno, 16 maggio 2007, Sez. lav.
Tribunale Genova, 16 ottobre 2007) 652

Annamaria Lucarelli

Trasferimento d'azienda, beni immateriali
e successione negli appalti

(Tribunale Roma, 12 marzo 2008, Sez. lav.) 660

Alessandra Raffi

La preesistenza è requisito necessario
del ramo d'azienda per legittimarne il trasferimento

(Tribunale Milano, 29 febbraio 2008, Sez. lav.
Tribunale Roma, 3 marzo 2008, Sez. lav.) 673

Lucia Valente

Appalto, trasferimento d'azienda e contratto di inserimento
per sole donne: un esempio, mal riuscito, di *law shopping*?

(*Tribunale Roma, 20 novembre 2007, Sez. lav.*)

694

SICUREZZA SOCIALE

Antonio Mazziotti

Il carattere paradigmatico della giurisprudenza
della Corte di Giustizia delle Comunità europee
in materia di libera circolazione

(*Corte di Giustizia Ce, Grande Sezione, 18 dicembre 2007*)

707

Alessandra Lupi

Riflessioni sulla risarcibilità del danno non patrimoniale
da ritardata erogazione dell'indennizzo *ex lege* n. 210/92

(*Cassazione, 11 marzo 2008, n. 6436, Sez. lav.*)

723

Daniele Costanzi

Sull'ampliamento dei confini dell'azione di regresso dell'Inail

(*Cassazione, 7 marzo 2008, n. 6212, Sez. lav.*)

731

Giovanni Ventura

Indennità di buonuscita e retribuzione computabile

(*Tribunale Milano, 21 settembre 2007*)

738

Errata Corrige

Si segnala che nella copertina del fascicolo n. 2/2008 di questa *Rivista* l'Autore del saggio *La disciplina del socio lavoratore tra vera e falsa cooperazione* – di cui qui si pubblica la seconda parte – è erroneamente comparso come L. Imperti anziché come L. Imberti.

La redazione si scusa con l'Autore e con i lettori.

PARTE I
DOTTRINA

Luigi Mariucci (*)

LE FONTI DEL DIRITTO DEL LAVORO (**)

SOMMARIO: 1. Inquadramento del tema. — 2. La legge: evoluzione dei modelli normativi. — 2.1. La legislazione sociale. — 2.2. Il codice civile. — 2.3. Il modello costituzionale. — 2.4. La legislazione di tutela delle fasce deboli. — 2.5. Lo Statuto dei lavoratori. — 2.6. La legislazione della flessibilità. — 2.7. Le fonti comunitarie. — 2.8. Le fonti subnazionali: le leggi regionali. — 3. La contrattazione collettiva. — 3.1. Gli accordi interconfederali e i protocolli triangolari. — 3.2. I contratti nazionali di lavoro. — 3.3. La contrattazione aziendale e decentrata. — 3.4. Il sistema contrattuale. — 3.5. La contrattazione collettiva nel pubblico impiego. — 4. Il rapporto tra le fonti: integrazione e conflittualità. — 4.1. Il rapporto tra legge e contrattazione collettiva come sistemi normativi. — 4.2. Il rapporto tra legge e contrattazione collettiva come fonti del diritto. — 5. Osservazioni conclusive.

1. — *Inquadramento del tema* — Le fonti del Diritto del lavoro, come di qualsiasi ramo del diritto, possono essere descritte in termini formali. Basti rileggere l'art. 1 delle preleggi al codice civile del 1942: «sono fonti del diritto: 1) le leggi; 2) i regolamenti; 3) le norme corporative; 4) gli usi». Tale norma dice che le fonti del diritto in generale, e quindi anche del Diritto del lavoro, seguono una precisa gerarchia. Al primo posto stanno le leggi, a partire dal testo fondamentale, cioè dalla Costituzione repubblicana del 1948, a seguire l'insieme delle leggi ordinarie, e i loro atti applicativi, quali i regolamenti, quindi le cd. «norme corporative», che nel linguaggio odierno vanno intese come norme dei contratti collettivi di lavoro, infine gli «usi».

Questa descrizione tuttavia spiegherebbe poco di ciò che accade nella realtà, a prescindere da ogni valutazione sulla obsolescenza della norma appena citata (1). Nulla direbbe, intanto, della crescente importan-

(*) Professore ordinario di Diritto del lavoro presso l'Università degli Studi di Venezia «Ca' Foscari».

(**) Il presente Saggio riproduce la *voce* destinata alla terza Appendice di aggiornamento del *Digesto delle discipline privatistiche* edito dalla Utet.

(1) Di «residui minimi di vigenza delle preleggi» parla P. Rescigno, *Intervento*, cit. In generale sul tema vedi Pizzorusso, *Le fonti...*, cit.; A. Barbera, *Le fonti...*, cit.;

za delle fonti sovranazionali e in particolare di quelle comunitarie, né delle sempre più complesse interazioni tra discipline legislative e contrattuali, e delle stesse articolazioni della disciplina legislativa, adottata sempre più attraverso leggi delega, decreti legislativi e persino atti regolamentari, piuttosto che con la forma solenne delle leggi ordinarie. Conviene quindi rovesciare l'ottica. Per intendere la dinamica reale del Diritto del lavoro più che descrivere il sistema formale delle fonti occorre fare riferimento ai suoi sostanziali meccanismi di regolazione.

A questo fine è utile prendere in considerazione un rapporto di lavoro nella sua medietà sociale. Immaginiamo di metterci nei panni di un lavoratore occupato in una azienda industriale di medie dimensioni, che opera sulla base di un normale rispetto delle discipline legislative e contrattuali. Si può dire intanto che quel rapporto di lavoro viene disciplinato da un complesso di fonti legislative: il diritto a una giusta retribuzione, alle ferie e ai riposi compensativi, a maggiorazioni salariali in caso di prestazioni di lavoro straordinario, alla sospensione del rapporto in caso di malattia, a un trattamento di fine rapporto, a una tutela contro il licenziamento ingiustificato nonché al regime della contribuzione a fini previdenziali ecc. Tutte materie, queste, disciplinate dalla legge: dalla Costituzione, dal codice civile del 1942 e da leggi successive. È logico poi presumere che in quella azienda si applichino anche i contratti collettivi di lavoro, nazionali e aziendali. Ne consegue che le fonti di regolazione del contratto di lavoro qui ipotizzato saranno integrate da discipline contrattuali in ordine, ad esempio, alla definizione dei minimi tabellari di categoria e qualifica, delle giornate di ferie, dei periodi di sospensione retribuita dal lavoro in caso di malattia, stabiliti dal contratto nazionale di lavoro, e quindi da trattamenti economici aggiuntivi, sotto voce di premi di produttività, superminimi ecc. previsti dai contratti collettivi aziendali. In più è probabile che l'azienda qui immaginata sia caratterizzata da una media sindacalizzazione, e che lì sia anche costituita una rappresentanza sindacale aziendale, ai sensi degli artt. 19 ss. dello Statuto dei lavoratori. Si può quindi dedurre che quel lavoratore fruisca anche di diritti sindacali positivi, oltre a godere dei diritti di libertà sindacale già assicurati dalla Costituzione, e che quindi possa utilizzare il diritto di assemblea retribuita nei luoghi di lavoro, nonché i molteplici di-

Dell'Olio, *Il Diritto del lavoro...*, cit.; Mazzotta, *Il Diritto del lavoro...*, cit.; Napoli, *Le fonti...*, cit.; Proia, *Il contratto collettivo...*, cit. Sulla perdita di rilevanza delle fonti di diritto nazionale a vantaggio della cd. *lex mercatoria* cfr. Galgano, *La globalizzazione...*, cit.

ritti (permessi retribuiti e non retribuiti, tutela privilegiata in caso di trasferimento o licenziamento ecc.), laddove fosse un componente della rappresentanza sindacale aziendale.

Se ne conclude che il concreto rapporto di lavoro del lavoratore qui immaginato è disciplinato essenzialmente da due fonti di regolazione, tra loro integrate: la legge e la contrattazione collettiva.

Si può fare una ulteriore simulazione, ipotizzando che quel lavoratore, oltre a godere delle tutele e garanzie fin qui descritte, abbia anche una professionalità particolarmente pregiata e sia quindi in grado di spendere sul mercato del lavoro un proprio potere negoziale, contrattando le proprie condizioni di lavoro, in termini retributivi e normativi. In questo caso è evidente che alle fonti di regolazione del contratto di lavoro sopra descritte se ne aggiunge un'altra: quella del contratto individuale di lavoro. Avremmo in tale ipotesi una combinazione virtuosa tra legge, contrattazione collettiva e autonomia individuale.

Si prenda tuttavia un esempio rovesciato. Si immagini invece la condizione di un lavoratore debole o cd. svantaggiato (2). A questo lavoratore non sono offerte proposte di occupazione stabili, ma contratti a termine e rapporti precari di vario genere. In tale caso la fonte reale di regolazione del rapporto di lavoro non sarà certo costituita dal contratto individuale. Quel lavoratore, infatti, si trova privo di qualsiasi forza negoziale dinanzi al potere determinativo del datore di lavoro. Ai fini della sua tutela egli potrà appellarsi solo alle discipline legislative e, ove applicabili, a quelle disposte dai contratti collettivi.

Il gioco reale delle fonti del Diritto del lavoro si svolge dunque così. Ai lati estremi si collocano due ideal-tipi di prestatori di lavoro. Il primo è rappresentato da un lavoratore dotato di una propria capacità di negoziazione, per il quale le misure *standard* stabilite dalla legge e dalla contrattazione collettiva costituiranno utili basi di riferimento della contrattazione individuale. Deve essere chiaro questo punto: anche per il lavoratore «forte» qui ipotizzato sono utili le discipline collettive; senza di queste, infatti, egli si troverebbe a svolgere la propria negoziazione, per così dire, al buio.

Al lato opposto si colloca invece la condizione del lavoratore «debole». In questo caso si propone uno scenario opposto: il lavoratore in oggetto non ha nessuna capacità di negoziazione sul piano individuale; e-

(2) Sui significati plurimi della espressione «lavoratori svantaggiati» cfr. Balandi, Ballestrero, *I lavoratori svantaggiati...*, cit.

gli è soggetto, quindi, a un'altra fonte sostanziale: il potere unilaterale di chi gli offre una possibilità di lavoro. Per questo tipo di lavoratore l'esistenza di fonti imperative, di matrice legislativa o contrattuale, è essenziale. Senza di esse egli sarebbe del tutto subordinato alle regole del mercato.

Se ne deduce che le fonti sostanziali del Diritto del lavoro consistono in quattro tipi: da un lato, per i lavoratori deboli, il potere di determinazione del datore di lavoro costituisce la fonte essenziale, ovvero il modo concreto di stabilire le condizioni di lavoro reali; dal lato opposto, per i lavoratori forti il contratto individuale di lavoro è la fonte principale di regolazione, la quale usa le fonti per così dire «esterne» come riferimenti base della negoziazione individuale. Nel mezzo sta la stragrande maggioranza dei rapporti di lavoro, soggetta quindi ai variabili incroci tra discipline legislative e contrattuali. In questo modo abbiamo di fronte il teatro concreto della dinamica delle fonti del Diritto del lavoro e si può procedere a una loro ordinata ricostruzione. Di seguito si cercherà quindi di descrivere la complessa interazione tra legge e contrattazione collettiva, che risultano essere ancora, nella media sociale, gli strumenti prevalenti di regolazione dei rapporti di lavoro.

2. — *La legge: evoluzione dei modelli normativi* — Il sistema delle discipline legislative del lavoro in Italia può essere analizzato secondo la classica sequenza gerarchica, mettendo al primo posto la Costituzione e le fonti sovranazionali, e segnatamente comunitarie, quindi le leggi ordinarie, distinte tra loro per grado di rilevanza (codice civile, Statuto dei lavoratori, leggi ordinarie), forma (leggi, decreti legislativi, regolamenti) e livello (leggi statali e leggi regionali). È preferibile tuttavia seguire un altro metodo, attraverso la ricostruzione dei modelli normativi sottesi alle diverse fasi di evoluzione della disciplina, e della loro sequenza e reciproca integrazione, svoltisi lungo un percorso complesso, stratificato e persino «alluvionale», secondo la nota definizione giugniana (3).

2.1. — *La legislazione sociale* — In primo luogo, a cavallo tra l'Ottocento e il Novecento, si afferma il modello della legislazione sociale. Si tratta dei primi interventi diretti a tutelare le condizioni elementari di vita dei lavoratori (specialmente) industriali. Il modo più efficace di descrivere il motivo sostanziale dei primi interventi legislativi in

(3) Giugni, *Relazione*, cit.

materia di lavoro sta nell'esempio offerto dalle leggi inglesi della prima metà dell'Ottocento: «48 ore settimanali e 9 giornaliere per i fanciulli fra i 9-13 anni; 69 ore settimanali e 12 giornaliere per gli adolescenti tra i 13-18 anni». Questi erano i limiti massimi di orario di lavoro stabiliti dal primo atto legislativo in materia di lavoro di cui si abbia memoria: il *Factory Act* inglese del 1833. A leggerla oggi quella norma fa impressione per la sua apparente crudeltà. In realtà si trattava di un legislatore invece benefico, dato che a quel tempo i bambini evidentemente lavoravano per orari ancora più lunghi, in base alle esigenze di risparmio sui costi del lavoro nel mercato concorrenziale di allora. Non molto diversa è, del resto, la situazione oggi in larghe parti del mondo, nonostante i solenni divieti di lavoro minorile sanciti da innumerevoli documenti internazionali (4).

L'esempio appena fatto dice che la norma legislativa nel Diritto del lavoro assume per sua natura un carattere imperativo e che questa si pone quindi come limite generale al mercato e, in specifico, al mercato del lavoro. Il Diritto del lavoro nella sua forma originaria si svolge perciò come insieme di norme dirette a introdurre tutele elementari del lavoro, in particolare per i minori e le donne, e in seguito ad assicurare molteplici prestazioni sociali, in materia di trattamenti di malattia, infortunio, vecchiaia e di disoccupazione involontaria.

2.2. — *Il codice civile* — Il periodo corporativo merita di essere ricordato almeno per due ragioni. Intanto perché è in quella fase che si costituiscono le strutture pubbliche di intervento sul mercato del lavoro e più in generale l'apparato amministrativo del lavoro (dagli uffici del lavoro fino agli enti previdenziali). Poi perché è in quegli anni che si mette mano alla codificazione del Diritto del lavoro. Il Libro V, appunto «del lavoro», del cod. civ. del 1942 introduce la disciplina organica del contratto di lavoro, dopo la legge sull'impiego privato del 1924-26. La disciplina codicistica ha due facce: l'una effimera, l'altra più duratura. Un insieme di norme, a partire da quelle contenute nel Titolo sulla «disciplina delle attività professionali» (artt. 2060 ss. cod. civ.) e nel Capo rubricato «del contratto collettivo di lavoro e delle norme equiparate»

(4) In tema si vedano la recente rilettura di Voza, *L'autonomia individuale...*, cit., nonché, sulle origini del Diritto del lavoro, la suggestiva ricostruzione di Gaeta, *La Costituzione della Repubblica napoletana...*, cit. Più in generale cfr. M. G. Garofalo, *Il Diritto del lavoro...*, cit. Sui molti, e per lo più ineffettivi, documenti internazionali cfr. Supiot, *Azione normativa, lavoro decente...*, cit., e Perulli, *Lavoro e commercio...*, cit.

(artt. 2067-2081 cod. civ.), cadranno con l'abrogazione dell'ordinamento corporativo. Per altro verso il codice civile avrà invece vita lunga: molte delle sue norme sono, infatti, ancora non solo vigenti, ma del tutto attuali. Basti citare la formula secondo cui «è prestatore di lavoro subordinato chi si obbliga mediante retribuzione a collaborare nell'impresa, prestando il proprio lavoro intellettuale o manuale alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore» (art. 2094 cod. civ.). Si tratta della norma fondamentale, per così dire, della *grund-norm* del Diritto del lavoro: quella che definisce il suo campo di applicazione. Disposizione tuttora insuperata, bisogna riconoscere, per quante critiche e tentativi di riformulazione si siano fatti in seguito, nel descrivere con sobria limpidezza e al tempo stesso con intuitiva ambiguità l'oggetto del Diritto del lavoro: appunto il lavoro subordinato.

Altra norma di assoluto rilievo è quella contenuta nell'art. 2099 cod. civ., dove si dispone che «la retribuzione del prestatore di lavoro [...] deve essere corrisposta nella misura determinata» dagli accordi collettivi o individuali, e che, in mancanza di questi, essa «è determinata dal giudice». Regola, anche questa, del tutto attuale: tale disposizione costituisce, infatti, per così dire, il contraltare della definizione sopra ricordata del lavoro subordinato. Se l'art. 2094 cod. civ. determina al tempo stesso il campo di applicazione del Diritto del lavoro e il suo soggetto (appunto il lavoratore subordinato) l'art. 2099 cod. civ. stabilisce la regola fondamentale dello stesso lavoro subordinato: si lavora per vivere, per necessità, perciò la retribuzione è un elemento essenziale del rapporto. Quindi essa deve essere determinata o determinabile: dall'accordo individuale, dai contratti collettivi, ovvero, infine, dal giudice.

Per altre parti la disciplina codicistica è largamente obsoleta. Essa, infatti, descrive un rapporto di lavoro a matrice autoritaria. Basti citare una norma per tutte, l'art. 2086 cod. civ., per il quale «l'imprenditore è il capo dell'impresa e da lui dipendono gerarchicamente i suoi collaboratori». Norma esemplare quanto a definizione dell'impresa come sistema appunto autoritario di gestione dei rapporti di lavoro, a cavallo tra caserma e assetto fordista: infatti, nello schema del codice civile il lavoratore assume gli obblighi di diligenza e di obbedienza, in quanto «deve osservare le disposizioni per l'esecuzione e la disciplina del lavoro impartite dall'imprenditore e dai collaboratori di questo dai quali gerarchicamente dipende» (art. 2104, comma 2, cod. civ.), e persino di fedeltà (cfr. art. 2105 cod. civ.), mentre l'imprenditore assume in parallelo il potere direttivo, disciplinare (cfr. art. 2106 cod. civ.) e soprattutto il pote-

re insindacabile di licenziamento, secondo quanto sancito dall'art. 2118, comma 1, cod. civ., per il quale «ciascuno dei contraenti può recedere dal contratto di lavoro dando il preavviso...». Come contraltare alla soggezione del lavoratore a un potere inteso in senso pieno, il codice civile offriva poi un insieme di tutele: il diritto alla retribuzione, alle maggiorazioni salariali in caso di lavoro straordinario, ai periodi di riposo, alla sospensione del rapporto in caso di infortunio, malattia, gravidanza, puerperio, alla indennità di anzianità ecc. Il diritto alla salute, in particolare, assumeva una posizione di forte rilievo, dato che esso era declinato nei termini di un «obbligo di sicurezza» del datore di lavoro con una formula ancora insuperata dal punto di vista della sua efficacia semantica in termini di prescrizione normativa a carattere evolutivo: «l'imprenditore è tenuto ad adottare nell'esercizio dell'impresa le misure che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro» (art. 2087 cod. civ.) (5). Si trattava, in conclusione, di un assetto autoritario-paternalistico, che durò a lungo: per cambiare la struttura dell'assetto codicistico non bastò infatti l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana. Fu necessario attendere lo Statuto dei lavoratori del 1970.

2.3. — *Il modello costituzionale* — La costituzionalizzazione del Diritto del lavoro, realizzata con la Carta entrata in vigore il 1° gennaio 1948, esercita i suoi effetti più rilevanti soprattutto nel lungo periodo. Basti osservare che per la Costituzione il lavoratore è un soggetto detentore di diritti a tutto campo: i diritti civili di cui al Titolo I della parte I, che appartengono a tutti i cittadini (libertà personale, libertà di riunione, di associazione, di espressione del pensiero), nonché i diritti sociali attribuiti specificamente ai lavoratori (diritto alla retribuzione proporzionale e sufficiente, all'assistenza sociale, alla libertà sindacale, all'esercizio del diritto di sciopero). Purtroppo non basta scrivere nelle costituzioni le buone norme sui diritti, perché questi siano effettivi.

Il modello costituzionale fu, infatti, a lungo congelato. I fatti furono più duri delle norme. Basti ricordare che all'inizio degli anni cinquanta una grande impresa italiana licenziò un proprio dirigente con la motivazione esplicita che tale dirigente coltivava una ideologia contraria agli interessi aziendali. A quel tempo vigeva, in materia di licenziamento, la

(5) In tema cfr., per tutti, Montuschi, *Diritto alla salute...*, cit.

disciplina del «recesso libero», di cui all'art. 2118 cod. civ., e non era quindi necessaria la motivazione del licenziamento: tuttavia l'azienda ritenne di esplicitare quella motivazione, per affermare un principio di autorità. Erano quindi gli anni dei licenziamenti cd. di rappresaglia (risarciti poi, molti anni dopo, dalla legge n. 36 del 1974, che ha esteso ai licenziati per rappresaglia i benefici previsti per gli *ex* combattenti e reduci), del duro regime della fabbrica fordista, e, appunto, della Costituzione congelata. La dottrina e la giurisprudenza dominanti convalidarono a quel tempo la cd. teoria della «monovalenza» dei diritti di libertà, secondo la quale i diritti civili e di libertà dei cittadini valevano verso la sfera pubblica, verso lo Stato, e non verso l'impresa, nella concreta condizione di lavoro, e quindi essi non erano esercitabili dai lavoratori in quanto tali (6).

L'impatto concreto della disciplina costituzionale nel sistema delle fonti e nella evoluzione del Diritto del lavoro si accresce e si consolida tuttavia nel tempo, specie grazie al particolare intreccio che nella normativa costituzionale è stato realizzato, non si sa se con particolare preveggenza, o per un intreccio singolare tra caso e virtù, tra norme cd. precettive e norme programmatiche. Tra le norme cd. precettive basti ricordarne due, fondative del Diritto sindacale italiano: «l'organizzazione sindacale è libera» (art. 39, comma 1, Cost.) e «il diritto di sciopero si esercita nell'ambito delle leggi che lo regolano» (art. 40 Cost.). Tali disposizioni sono tuttora l'architrave del sistema di relazioni sindacali. La prima sancisce il principio della libertà e del pluralismo sindacale, con l'irrisolto problema del modo in cui attribuire ai contratti collettivi, in regime di pluralismo, l'efficacia *erga omnes* dei contratti collettivi, che la parte seconda dell'art. 39 Cost. regola in termini tuttora inattuati (vedi *infra*, par. 4.). Il secondo, per l'interpretazione prevalente, riconosce il diritto di sciopero come diritto individuale a esercizio collettivo, soggetto tuttavia alla definizione di limiti in rapporto alla garanzia di altri diritti e interessi prevalenti: dal che poi si sviluppa la complessa vicenda della regolazione dello sciopero, in particolare nei servizi pubblici essenziali (cfr. leggi n. 146 del 1990 e n. 83 del 2000). Ma anche sul piano della disciplina dei rapporti individuali di lavoro la Costituzione esercita un impatto duraturo. A partire dalle norme, in apparenza, più scontate. Si prenda l'art. 36 Cost., dove, al comma 1, si stabilisce una prescrizione a prima vista banale: «il lavoratore ha diritto a una retribuizio-

(6) Cfr. Romagnoli, *Commento all'art. 1*, cit.; Idem, *Il lavoro in Italia*, cit.

ne proporzionata alla quantità e qualità del lavoro e in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa». Tale dispositivo, relativo alla ovvia regola di scambio tra lavoro e retribuzione, contiene di per sé, *in nuce*, il divieto di discriminazioni (poi dichiarato espressamente dall'art. 37 Cost.), di cui è stata largamente arricchita la legislazione successiva, mentre la seconda parte contiene la regola della cd. «sufficienza», che si è rivelata essere lo strumento essenziale ai fini della estensione indiretta della efficacia dei contratti collettivi in materia di minimi retributivi ed è all'origine di un dibattito, tuttora in corso, sulla opportunità o meno di introdurre un salario minimo legale.

Anche alcune delle disposizioni squisitamente programmatiche della Costituzione hanno esercitato nel tempo funzioni di carattere quasi-normativo. Ciò non è accaduto per l'art. 4 Cost., a dispetto dei tentativi a suo tempo svolti per ricavare deduzioni precettive in materia, ad esempio, di regolazione dei licenziamenti (7). Ma si è invece verificato con la norma programmatica per eccellenza: la Direttiva sulla uguaglianza cd. «sostanziale» di cui al comma 2 dell'art. 3. Da tale norma, infatti, la Corte Costituzionale ha dedotto nientemeno che l'indisponibilità, in via contrattuale e persino legislativa, della fattispecie del lavoro subordinato (cfr. spec. Corte Cost. 31 marzo 1994, n. 115, e 5 febbraio 1996, n. 30) (8).

Infine è utile richiamare la *vexata quaestio* del significato sostanziale della ispirazione lavorista della Costituzione. Il tema, a suo tempo al centro di vivaci dibattiti dottrinali, riemerge periodicamente. «La Repubblica è fondata sul lavoro», «la Repubblica tutela il lavoro in tutte le sue forme e applicazioni» dicono gli artt. 1 e 35 Cost. Ciò significa che la Costituzione assume una impronta lavorista in senso ampio, come del resto aveva fatto il codice civile, nel cui Libro V, sotto il Titolo «lavoro», erano stati racchiusi tutti i tipi di lavoro: da quello dei prestatori subordinati al lavoro autonomo e professionale, dal lavoro dell'imprenditore alle società di capitali. Tuttavia tra il codice civile corporativo e la Costituzione democratica esiste una netta differenza. Essa consiste nel fatto che nella Costituzione non c'è solo il lavoro in senso generico; ci sono invece soprattutto i «lavoratori», e in concreto i lavoratori dipendenti e/o subordinati: di questi, infatti, parlano ancora una volta il

(7) La tesi, com'è noto, fu sostenuta da Natoli, *Limiti costituzionali...*, cit. In tema vedi Mancini, *Il diritto al lavoro rivisitato*, cit.

(8) Sul punto si vedano Roccella, *Manuale...*, cit., e Ghera, *Subordinazione...*, cit. Per un inquadramento generale cfr. Ferraro, *Il rapporto di lavoro*, cit.

comma 2 dell'art. 3 Cost., e le norme specificamente dedicate al lavoro nel Titolo sui rapporti economici, dagli artt. 36, 37, 38 agli artt. 39, 40, 46. Ciò significa che è del tutto improprio ricercare nella Costituzione la legittimazione del tentativo di travisare l'oggetto specifico del Diritto del lavoro, spostandolo dal suo campo proprio, costituito dal lavoro subordinato/dipendente e assimilato, al cod. civ. lavoro *sans phrase* o «comune», sulle tracce, forse involontarie, di una antica dottrina di sapore reazionario (9).

2.4. — *La legislazione di tutela delle fasce deboli* — In seguito si è sviluppata una nuova generazione di interventi legislativi, a cavallo tra gli anni cinquanta e sessanta, in materia di tutela delle fasce deboli del mercato del lavoro. Conviene ricordare come si svolse la vicenda. Nella seconda metà degli anni cinquanta il Parlamento costituì una commissione di inchiesta sulle «condizioni dei lavoratori in Italia». È bene richiamare alla memoria che quelli erano gli anni della più ampia flessibilità. Vigeva la libertà di licenziamento. I sindacati erano deboli e divisi. L'Italia stava uscendo dalla dimensione di paese contadino esportatore di manodopera e, a ridosso del cd. «miracolo economico», si assisteva a una massiccia immigrazione dal sud al nord del paese, svolta in forme del tutto simili a quelle che oggi riguardano gli immigrati extracomunitari. In altri termini il lavoro in generale era del tutto flessibile e largamente sottotutelato. Nonostante ciò quella inchiesta parlamentare documentò il dilagare di forme estese di lavoro sottoretribuito, sottratte alle applicazioni dei minimi contrattuali, di lavoro irregolare, in subappalto, a domicilio, a termine, di lavoro femminile svolto in spregio alle più elementari tutele costituzionali, a partire dalla diffusione dei licenziamenti per causa di matrimonio e di gravidanza. L'inchiesta parlamentare stimolò quindi un corposo insieme di interventi legislativi a tutela delle fasce deboli del mercato del lavoro, in materia di lavoro a domicilio, di divieto degli pseudo-appalti di manodopera, di contratto a termine, di divieto di licenziamento per matrimonio e di tutela delle lavoratrici madri (10).

Quelle leggi ebbero tuttavia uno scarso impatto sulla realtà sostanziale. A quel tempo infatti gli stessi lavoratori occupati nelle grandi e me-

(9) La tesi qui criticata è proposta in particolare da Pedrazzoli, *Dai lavori autonomi...*, cit.

(10) Sul punto rinvio a Mariucci, *Le fonti del Diritto del lavoro*, cit.

die fabbriche vivevano una situazione di sottoprotezione, sul piano della condizione salariale e dell'esercizio sostanziale dei diritti. La legislazione di tutela delle fasce marginali fu insomma in larga parte ineffettiva, fin quando non si introdussero tutele autentiche dei lavoratori occupati nei settori centrali dell'industria.

2.5. — *Lo Statuto dei lavoratori* — Ciò accadde con lo Statuto dei lavoratori del 1970, approvato in virtù di una congiuntura politica e sociale del tutto straordinaria. La legge n. 300 del 1970 segna una svolta copernicana nel Diritto del lavoro.

Il carattere radicale del cambiamento sancito dallo Statuto dei lavoratori può riassumersi nei seguenti termini: da un lato, vennero affermati, e specificamente tutelati, i diritti individuali di libertà e dignità dei lavoratori (dal divieto dell'uso delle guardie giurate a fini del controllo sui prestatori di lavoro, delle perquisizioni personali svolte in forma discrezionale, degli accertamenti sanitari di parte e degli atti discriminatori alla regolamentazione del potere disciplinare e del diritto alla professionalità, fino alla tutela reale contro i licenziamenti ingiustificati). Nel contempo vennero promossi i contropoteri collettivi, attraverso una legislazione di sostegno dei sindacati, svolta per il tramite del diritto alla costituzione delle rappresentanze sindacali e attribuzione a esse di specifiche prerogative, garantiti dalla norma di chiusura dell'art. 28 sulla repressione della condotta antisindacale. La qualità specifica di tale regolamentazione consiste nel suo essere fondata sull'intreccio tra diritti individuali e collettivi, e perciò si traduce nella affermazione di un nuovo paradigma, ispirato alla logica di un garantismo «forte».

L'impatto dello Statuto dei lavoratori andò tuttavia per vari aspetti oltre il segno. Si introdusse, infatti, una dose di garantismo a effetti multipli, che risultò alla fine eccessiva ai fini delle compatibilità di sistema. Si prenda l'esempio della disciplina della malattia. Nel 1969 le cose si svolgevano così: l'operaio in malattia intanto perdeva il trattamento economico per i primi tre giorni, poi percepiva una indennità Inps commisurata ai due terzi del salario, quindi poteva essere controllato dal medico di fiducia della azienda, infine poteva essere licenziato, dopo il rientro dalla malattia, con semplice preavviso ai sensi dell'art. 2118 cod. civ. o risarcimento alla stregua della legge n. 604 del 1966. Dopo lo Statuto dei lavoratori e i contratti collettivi nazionali stipulati in quello stesso periodo in tema di parità normativa tra operai e impiegati, la situazione era rovesciata: l'operaio riceveva l'integrale retribuzione nei primi tre gior-

ni e nei giorni successivi, a carico del datore di lavoro, in virtù delle disposizioni dei contratti nazionali di categoria; inoltre non era controllato più dal medico di fiducia dell'azienda (a seguito della entrata in vigore dell'art. 5 dello Statuto dei lavoratori); infine era protetto dal rischio di licenziamento dalla entrata in vigore, per le unità produttive con più di 15 dipendenti, della tutela reale contro il licenziamento illegittimo di cui all'art. 18 dello Statuto. Quel medesimo lavoratore poteva poi cumulare i periodi di conservazione del posto di lavoro in caso di malattia, salvo avere l'avvertenza di tornare almeno un giorno al lavoro prima che si consumasse il cd. periodo di comportamento. L'effetto concreto della sommatoria e reciproca integrazione di tali norme fu clamoroso: nelle aziende i tassi di astensionismo per malattia svettarono a quote fino a poco tempo prima inimmaginabili. Si mise quindi mano ai rimedi: la giurisprudenza creò la nozione di licenziamento (oggettivo) per «eccessiva morbosità»; per legge si dispose l'introduzione delle cd. «fasce di reperibilità» ai fini del controllo dello stato di malattia; i contratti collettivi stabilirono il calcolo cumulativo dei periodi di comportamento entro i tre anni.

Un altro caso esemplare è quello della legislazione sul lavoro a termine. È facile osservare che tra la disciplina del lavoro a termine e quella del licenziamento corre un rapporto riflessivo. Quando fu introdotta la legge n. 230 del 1962 l'obiettivo sostanziale di tale legge consisteva nella parificazione del trattamento retributivo tra lavoro a termine e lavoro a tempo indeterminato: a quel tempo infatti il licenziamento era libero, e i vantaggi, per i datori di lavoro, nell'utilizzo del contratto a termine consistevano essenzialmente in un mero risparmio dei costi, dato che al lavoratore a termine non si corrispondevano i trattamenti di retribuzione differita. Dopo l'entrata in vigore dello Statuto dei lavoratori la situazione cambia, poiché viene introdotta una tutela reale contro i licenziamenti illegittimi: cosicché il lavoro a termine, per le imprese, torna a diventare vantaggioso non solo e non tanto per i risparmi sul costo del lavoro, quanto sul piano della stessa flessibilità del lavoro. Si affermò quindi presto la necessità di una revisione della materia, estendendo le causali di ricorso legittimo ai contratti a termine, fino ad ammettere che la stessa contrattazione collettiva potesse legittimamente introdurli. Poi lo scenario politico, economico e sociale cambiò radicalmente, e con esso mutò la prospettiva evolutiva del Diritto del lavoro.

2.6. — *La legislazione della flessibilità* — Il modello garantistico instaurato dallo Statuto dei lavoratori ebbe quindi vita breve. Già qualche

anno dopo, a seguito del primo *shock* petrolifero, quindi dell'impennata dei tassi di inflazione e dei successivi processi di crisi e ristrutturazione industriale, si svolse una correzione di rotta. Iniziò così, nella seconda metà degli anni settanta, la lunga marcia della legislazione della flessibilità. Si inaugura un nuovo modello, il cui svolgimento può essere riassunto nei seguenti termini: dalla legislazione dell'emergenza, avviata nella seconda metà degli anni settanta, alla legislazione della flessibilità «regolata» adottata nel periodo successivo, fino alla legislazione che assume la flessibilità come valore in sé dei primi anni 2000, poi parzialmente corretta dai più recenti sviluppi. Le tappe di questa complessa evoluzione possono essere così sintetizzate.

Nella prima fase si sono sviluppati interventi mirati soprattutto alla flessibilizzazione della struttura retributiva. Si iniziò con l'abolizione delle scale mobili anomale e con la cd. sterilizzazione della indennità di anzianità, fino alla introduzione del trattamento di fine rapporto in sostituzione della indennità di anzianità (legge n. 297 del 1982). L'operazione fu conclusa con la definitiva abolizione della scala mobile e di ogni forma di indicizzazione automatica delle retribuzioni realizzata con gli Accordi triangolari del 1992-1993. Si trattò di una operazione epocale: ogni rigidità retributiva stabilita dal centro fu infatti abolita; agli adeguamenti automatici delle retribuzioni fu sostituito il meccanismo regolativo stabilito dal Protocollo del 23 luglio 1993 (vedi *infra*, par. 3.1.) (11).

In una seconda fase le politiche di flessibilizzazione hanno inciso sulla stessa tipologia dei rapporti di lavoro. Progressivamente si sono liberalizzate le modalità di assunzione, il lavoro a termine, le collaborazioni coordinate e continuative, il *part-time*, il lavoro temporaneo o interinale: tutto ciò si è svolto, fino alla legge n. 196 del 1997, in un quadro, nell'insieme, di flessibilità regolata e contrattata (12).

In una terza fase la flessibilità del lavoro viene invece assunta come valore in sé e diviene una sorta di *passepourtout*, considerata in quanto tale utile a promuovere occupazione e sviluppo. Questo è il senso della legge n. 30 del 1993, e del successivo d.lgs. n. 276 del 2003, che introducono una molteplicità di nuovi rapporti flessibili di lavoro moltiplicando la tipologia dei contratti cd. atipici, subordinati e non, e ipotizzano una flessibilizzazione strutturale del rapporto tra le fonti, a partire dal

(11) Cfr. il riepilogo svolto da Alleva, *Il tramonto...*, cit.

(12) Cfr. Treu, *Politiche del lavoro*, cit. Cfr. *ivi* l'analisi di Biagi, *Progettare...*, cit.

rapporto tra legge, contrattazione collettiva e autonomia individuale (13). Tali normative producono effetti, per un verso, duraturi, e, sotto altri aspetti, vengono invece modificate da svariati interventi adottati nella pur breve legislatura successiva. Tra questi si segnalano, oltre che le misure adottate ai fini della incentivazione alla regolarizzazione e stabilizzazione dei rapporti di lavoro nelle leggi finanziarie del 2007 (legge n. 296 del 2007) e del 2008 (legge n. 244 del 2007), le discipline disposte dalla legge n. 247 del dicembre 2007 (cd. «collegato» alla legge finanziaria del 2007, in attuazione del Protocollo *Welfare* del 23 luglio 2007), che in varia misura riducono i margini eccessivi di flessibilizzazione del lavoro e in generale reintroducono il modello della flessibilità contrattata, prevedendo il ricorso alla contrattazione collettiva come condizione preventiva alla adozione di moduli flessibili di impiego.

2.7. — *Le fonti comunitarie* — La complessa evoluzione dei processi di integrazione europea non si presta a una declinazione semplice dei rapporti tra Diritto comunitario e diritto nazionale. Chi fin qui ha teorizzato l'esistenza di un vero e proprio Diritto comunitario del lavoro è andato, per così dire, *ultra vires*. Lo dimostra il fatto che nel maggio 2005 i referendum svolti in due paesi fondatori della Unione europea, la Francia e l'Olanda, si sono pronunciati negativamente sulla proposta di nuova Costituzione o Trattato europeo sottoscritta a Roma nell'ottobre 2004 dai governi di 25 paesi europei. Se non esiste ancora una vera Europa politica, dotata di una Costituzione certa e di una fondazione autenticamente democratica, risulta difficile parlare di un vero «Diritto comunitario del lavoro». A tal fine non appare appagante il successivo, e più debole, processo di ridefinizione in corso del Trattato della Unione europea (14). Ciò non toglie che l'Unione europea eserciti ormai una funzione decisiva sul piano economico-sociale anche nella materia specifica del lavoro, dato il corpus insieme di Direttive che hanno esercitato nel Diritto del lavoro nazionale un rilevante influsso riguardando una imponente quantità di materie (dalla disciplina del *part-time* a quel-

(13) Per un quadro delle opinioni in materia cfr. Mariucci (a cura di), *Dopo la flessibilità cosa?*, cit. Cfr. *ivi* la diversa opinione di Tiraboschi, *A due anni dalla riforma Biagi...*, cit.

(14) Il riferimento è al «Trattato che modifica il Trattato sull'Unione europea e il Trattato che istituisce la Comunità europea», firmato a Lisbona il 13 dicembre 2007. Sulla versione precedente del nuovo Trattato cfr. Veneziani, *La Costituzione europea...*, cit.

la dell'orario di lavoro, dai trasferimenti di azienda al lavoro a termine, oltre alle misure antidiscriminatorie) (15). Il contenuto di tali Direttive è tuttavia spesso talmente ambiguo da consentirne interpretazioni e applicazioni radicalmente difformi, a seconda delle diverse maggioranze di governo in carica: si pensi, per quanto riguarda il caso italiano, ai casi della decretazione legislativa in attuazione di Direttive comunitarie in tema di contratto a termine, a *part-time* e trasferimento di azienda, e più in generale alle difformi interpretazioni della clausola di «non regresso». Lo stesso ruolo della giurisprudenza comunitaria appare controverso. Infatti, se in materia di «costituzionalizzazione» dei diritti sociali la Corte di Giustizia europea ha svolto una funzione sicuramente progressiva, non mancano le controtendenze. I recenti casi Viking e Laval, relativi al tema del diritto di sciopero, sembrano, infatti, indicare una tendenza regressiva in ordine ai rapporti tra diritti fondamentali del lavoro e principio di libera concorrenza (16).

2.8. — *Le fonti subnazionali: le leggi regionali* — Il tema delle fonti subnazionali va iscritto nella più generale vicenda delle riforme costituzionali e delle tendenze verso forme di decentramento e di cd. federalismo (17). Nel diritto positivo la questione nasce con la riforma costituzionale di cui alla legge n. 3 del 2001 che ha ridisegnato la ripartizione delle competenze legislative tra Stato e Regioni. Tale riforma ha introdotto una specifica, quanto ambigua, innovazione, attribuendo alle Regioni la competenza cd. concorrente, in tema di «sicurezza e tutela del lavoro». Di questa formulazione si sono date interpretazioni molteplici. Le ipotesi estreme si sono allineate su alternative di segno opposto: per un verso la competenza regionale è stata intesa nel senso della possibilità di legiferare sugli stessi istituti del contratto di lavoro, ai limiti di una «regionalizzazione» del Diritto del lavoro (18); sul versante opposto si è af-

(15) In generale cfr. Roccella, Treu, *Diritto del lavoro della Comunità europea*, cit.; Roccella, Aimo, Izzi, *Diritto comunitario del lavoro...*, cit.; M. Barbera (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, cit.; Lo Faro, *Il contratto collettivo...*, cit.; Pizzoferrato, *Le fonti comunitarie*, cit.; Sciarra, *Norme imperative...*, cit.

(16) In tema si vedano Ballestrero, *Le sentenze Viking e Laval...*, cit.; Sciarra, *Viking e Laval...*, cit.; Lord Wedderburn of Charlton, *Diritto del lavoro...*, cit. Una rivisitazione del rapporto tra lavoro e libera concorrenza è proposta da Brino, *Lavoro e concorrenza...*, cit.

(17) Per una ricostruzione della vicenda rinvio a Mariucci, Bin, Cammelli, Di Pietro, Falcon, *Il federalismo preso sul serio*, cit.

(18) È questa la tesi sostenuta nel *Libro bianco sul mercato del lavoro in Italia*, cit.

fermato che la competenza esclusiva attribuita allo Stato in tema di «ordinamento civile» è tale da determinare una pressoché totale attrazione del Diritto del lavoro nella sfera della legislazione statale (19). La Corte Costituzionale ha poi provveduto a fare un certo ordine (cfr. spec. Corte Cost. nn. 50 e 384 del 2005). Ciò non toglie che i margini di dubbio restino: la stessa giurisprudenza costituzionale riconosce, infatti, una competenza primaria delle Regioni in materia di mercato del lavoro; Titolo nel quale possono essere ricompresi molti e rilevanti interventi, da quelli specificamente organizzativi, ivi inclusa la revisione della allocazione delle funzioni amministrative (ora attribuite dal d.lg. n. 469 del 1997 alle Province, cui è assegnata la gestione dei centri per l'impiego) (20), a quelli relativi al tema delle politiche attive del lavoro, in cui possono essere inclusi i più diversi interventi (dal sostegno finanziario ai processi di mobilità in caso di crisi aziendale, alla assunzione di giovani mediante i contratti formativi, alla promozione della occupazione femminile, all'inserimento dei disabili ecc.). Tale opportunità è stata colta da alcune Regioni che hanno disciplinato la materia in termini tali da consentire un ampio ventaglio di interventi che, pur incidendo, in apparenza, solo sul profilo organizzativo in realtà, come è ovvio, condizionano la stessa dinamica dei diritti e della regolazione effettiva dei rapporti di lavoro (21). È evidente, infatti, che, se in una Regione si introducono sostegni all'inserimento dei giovani nel mercato del lavoro, ad esempio attraverso il finanziamento di borse di studio post-laurea o incentivi alle imprese ai fini della assunzione con contratti a tempo indeterminato, tali interventi, pur formalmente catalogati sotto il Titolo di politiche organizzative del mercato del lavoro, incidono sul contenuto sostanziale dei rapporti intersoggettivi. Tali processi di differenziazione appaiono al momento sotto traccia, vuoi per la scarsa capacità di implementazione delle normative regionali e per il basso livello di efficienza dei sistemi regionali di governo, specie in alcune aree del paese, vuoi per il generale stato di difficoltà della finanza regionale. Ma ove mai venissero applica-

(19) Si veda la ricostruzione delle varie opinioni svolta da F. Carinci, *Riforma costituzionale...*, cit.; cfr. anche gli *Interventi* di Mariucci, Ballestrero, Del Punta, Caruso, Perulli, M. G. Garofalo, Zoppoli, Balandi, Rusciano, Roccella, in *Lav. dir.*, 2001, p. 403, cit.; nonché Di Stasi (a cura di), *Diritto del lavoro...*, cit., e Salomone, *Il Diritto del lavoro...*, cit.

(20) In tema cfr. Liso, *I servizi all'impiego*, cit.; nonché Fili', *L'avviamento al lavoro...*, cit.

(21) Per richiami cfr. Curzio, *La legge 30...*, cit.

te le misure di cd. «federalismo fiscale», enunciate dall'art. 119 della Costituzione, la situazione di fatto subirebbe cambiamenti di grande portata, al momento percepibili solo allo stato embrionale.

3. — *La contrattazione collettiva* — Nonostante che il problema della efficacia giuridica *erga omnes* del contratto collettivo di lavoro nel settore privato non sia stato ancora risolto nell'ordinamento italiano, non vi è dubbio che la contrattazione collettiva costituisca una fonte sostanziale del Diritto del lavoro. Ciò è dimostrato da una quantità di dati normativi e fattuali. Sul piano sistematico un particolare rilievo assume la possibilità di ricorrere alla Corte di Cassazione anche per violazione o falsa applicazione dei contratti e accordi collettivi nazionali di lavoro, introdotta dal d.lg. n. 40 del 2006 (22). Nella realtà sociale concreta sono comunque i contratti collettivi a determinare mediamente le condizioni essenziali della prestazione di lavoro. Perciò alla ricostruzione dello sviluppo della contrattazione collettiva merita dedicare una attenzione analoga a quella riservata alla fonte legislativa, in riferimento ai diversi tipi di contratto collettivo e alla evoluzione della loro dimensione funzionale.

Il rapporto tra tali contratti, cui corrispondono altrettanti livelli negoziali, viene solitamente ricondotto a una sorta di movimento pendolare, a ritmi ciclici, tra centralizzazione-decentramento. Bisogna tuttavia sottolineare che la situazione vista nel suo punto di arrivo mantiene qualcosa di tutte le fasi attraversate: essa è il prodotto di una evoluzione che procede più per stratificazioni di normative che per nette discontinuità, cosicché nell'assetto finale si rintracciano i segni delle esperienze precedenti. Tale fenomeno può essere spiegato attraverso una ricostruzione delle funzioni svolte dai diversi tipi di contratto collettivo.

3.1. — *Gli accordi interconfederali e i protocolli triangolari* — L'accordo interconfederale può essere definito come lo strumento costitutivo di una norma contrattuale «comune» per singoli rami merceologici (industria, commercio, agricoltura). La funzione di tali accordi è grandemente mutata nel tempo. Dopo una primissima fase, risalente al periodo immediatamente successivo al secondo dopoguerra, in cui tali accordi svolgevano una funzione di regolazione dei minimi salariali, es-

(22) In tema cfr. Vallebona, *La nomofilachia accelerata della Cassazione...*, cit.; Maio, *Sindacabilità diretta e anamorfosi...*, cit.

si hanno poi svolto il compito di disciplinare singoli istituti: commissioni interne, licenziamenti individuali e collettivi, indennità di contingenza, per citare i Titoli più significativi. Quest'ultimo tema è stato di gran lunga quello più rilevante dato che proprio a seguito dell'Accordo interconfederale del 1975 sul cd. «punto unico di contingenza» si è poi avviata la lunga e tormentata negoziazione che ha infine portato al superamento del meccanismo di indicizzazione delle retribuzioni e ha connesso la contrattazione interconfederale, in termini sostanzialmente ormai indissolubili, alle prassi di concertazione e alla stipulazione degli accordi o protocolli triangolari tra governo, sindacati e imprese. La funzione normativa dell'accordo interconfederale consiste quindi nella regolazione di un singolo istituto, concepita dalle parti come dotata di efficacia a tempo indeterminato. Per gli accordi interconfederali, infatti, l'efficacia nel tempo è regolata da una clausola di stile secondo cui l'accordo si rinnova tacitamente di anno di anno, salvo disdetta data entro sei mesi prima della scadenza. Poiché la regola legale della ultrattività del contratto collettivo, sancita dall'art. 2074 cod. civ., è stata ritenuta dalla giurisprudenza implicitamente abrogata a seguito della caduta dell'ordinamento corporativo, per gli accordi interconfederali vale quindi la clausola negoziale, secondo cui l'accordo si rinnova di anno in anno, salvo disdetta (23). Questo spiega perché restino probabilmente in vigore antichi accordi interconfederali in materia di licenziamenti individuali e collettivi, pure privi di ogni concreta efficacia, ma mai formalmente disdettagli dalle parti, mentre è decaduto, a seguito della disdetta a suo tempo formulata dalla Confindustria, l'Accordo interconfederale del 1975 sul punto unico della scala mobile.

L'attuale funzione degli accordi interconfederali, a parte la trattazione di specifici argomenti (in materia, ad esempio, di apprendistato e di contratti di inserimento), si comprende quindi meglio proprio a partire dalla loro integrazione nella dinamica delle prassi di concertazione e dei protocolli triangolari. In tal senso è utile ricostruire la complessa vicenda del superamento dei meccanismi di indicizzazione salariale.

In tema il discrimine è sicuramente costituito dal Protocollo del 23 luglio 1993. È bene richiamare la sequenza che portò a quell'Accordo. Gli anni ottanta avevano lasciato in eredità il problema del come risolvere la complessa e risalente controversia sulla scala mobile. Dopo il decreto legge del 1984, relativo al taglio di quattro punti della indennità di

(23) In tema si veda Tursi, *La pretesa «ultrattività» del contratto collettivo...*, cit.

contingenza (d.l. n. 70 del 1984, convertito nella legge n. 219 del 1984), la successiva sentenza della Corte Costituzionale che aveva riconosciuto la legittimità di quell'intervento legislativo, e infine la sconfitta, nel maggio 1985, del *referendum* abrogativo promosso contro quella legge, l'atto in qualche modo risolutivo fu costituito dalla disdetta da parte della Confindustria dell'Accordo interconfederale del 1975. Da lì si è avviata una complessa sequenza, svolta nei seguenti passaggi essenziali: estensione temporanea al settore privato, per legge, del sistema di indicizzazione delle retribuzioni previsto per il pubblico impiego, successive proroghe di quel regime transitorio, fino alla soluzione definitiva sancita dal Protocollo d'intesa del 31 luglio 1992 con la formula della «definitiva presa d'atto dell'intervenuta cessazione del sistema di indicizzazione dei salari», poi ribadita, nel quadro di una nuova e complessiva regolazione, appunto dall'Accordo triangolare del 23 luglio 1993.

Tale Accordo introduce una regolazione di struttura e di sistema. Con qualche enfasi esso è stato definito addirittura un «Patto costituzionale» (24). L'Accordo, infatti, assume anzitutto una forte valenza politica, data la tempestosa congiuntura nel corso della quale vide la luce (crollo del sistema dei partiti, crisi della finanza pubblica, leggi finanziarie dei primi anni novanta). In tale contesto, mentre il sistema politico attraversava una crisi drammatica, le organizzazioni sociali hanno svolto una funzione di ausilio e persino di supplenza (25). L'Accordo del 23 luglio 1993, fissando parametri rigorosi in ordine alla politica dei redditi, ha costituito infatti uno strumento essenziale al fine di realizzare, qualche anno dopo, i requisiti per l'ingresso dell'Italia nell'area dell'Euro. In secondo luogo l'Accordo del luglio 1993 assume anche un significato di grande rilevanza sul piano propriamente negoziale. Dentro la cornice della sua natura di patto politico, esso è anche un vero e proprio Accordo interconfederale, direttamente vincolante per le parti sociali. Il Protocollo, infatti, dispone una compiuta regolamentazione del sistema contrattuale; si stabilisce che «gli assetti contrattuali prevedono: un contratto collettivo nazionale di categoria; un secondo livello di contrattazione aziendale o alternativamente territoriale»; vengono quindi regolati i rapporti tra i due livelli contrattuali: «il contratto collettivo nazionale di lavoro ha durata quadriennale per la materia

(24) Giugni, *La lunga marcia...*, cit.

(25) Si veda la ricostruzione svolta da Martone, *Governo dell'economia...*, cit., p. 197.

normativa e biennale per la materia retributiva [...]; la contrattazione aziendale riguarda materie e istituti diversi e non ripetitivi rispetto a quelli retributivi disposti dal contratto nazionale collettivo di lavoro»; di seguito si prevede la cd. «indennità di vacanza contrattuale», intesa al tempo stesso come incentivo e surroga ai mancati adeguamenti delle retribuzioni al tasso di inflazione programmata da parte dei contratti nazionali di categoria. Quindi si introduce una regolazione delle rappresentanze unitarie a livello aziendale, con la seguente formula: «le organizzazioni sindacali dei lavoratori stipulanti il presente Protocollo riconoscono come rappresentanza sindacale aziendale unitaria nelle singole unità produttive quella disciplinata dall'Intesa quadro tra Cgil, Cisl e Uil sulle rappresentanze sindacali unitarie, sottoscritta in data 1° marzo 1991». Segue infine, alla lett. *f*, del punto 2, una dichiarazione di notevole rilievo: «le parti auspicano un intervento legislativo finalizzato, tra l'altro, a una generalizzazione dell'efficacia soggettiva dei contratti collettivi aziendali che siano espressione della maggioranza dei lavoratori, nonché alla eliminazione delle norme legislative in contrasto con tali principi. Il governo si impegna a emanare un apposito provvedimento legislativo inteso a garantire l'efficacia *erga omnes* nei settori produttivi dove essa appaia necessaria al fine di normalizzare le condizioni concorrenziali delle aziende».

L'Accordo del 23 luglio 1993 ha esercitato una funzione indubbiamente efficace sul piano politico-economico. Esso, infatti, ha favorito, in specie attraverso le misure di controllo della politica dei redditi, la realizzazione dei requisiti per l'ingresso dell'Italia nell'Euro. Meno felice è stata invece la sua vicenda applicativa su altri piani, in particolare sul versante di un corrispettivo controllo della dinamica dei prezzi e delle tariffe; il che poi ha determinato, dopo l'entrata in vigore dell'euro, un rilevante impoverimento delle retribuzioni medie del lavoro dipendente. Nessun seguito hanno avuto poi le misure auspiccate di regolazione della rappresentanza sindacale, in specie in ordine alla attribuzione di efficacia *erga omnes* ai contratti collettivi. Cosicché, dopo le alterne vicende della seconda metà degli anni novanta, e la stipulazione di altri accordi triangolari unitari (l'«Accordo per il lavoro» del 24 settembre 1996, a seguito del quale hanno preso corpo le misure di promozione dell'occupazione di cui alla legge n. 196 del 1987, e il successivo «Patto sociale per lo sviluppo e l'occupazione», cd. «Patto di Natale», del 22 dicembre 1998), nel decennio successivo si è riproposto uno scenario di rottura della unità sindacale e di crisi del metodo della concertazione, sancito

dal cd. «Patto per l'Italia» stipulato il 5 luglio 2002 dal governo e da numerose associazioni, con l'eccezione della Cgil.

Tale Patto, a dispetto del suo titolo altisonante, ha presto mostrato segni vistosi di fragilità, dato che le parti stipulanti hanno subito cominciato a dissentire sulla interpretazione di punti qualificanti dell'Accordo, quali il ricorso alle molte deroghe ipotizzate per l'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, tali da determinare una sostanziale eutanasia della tutela reale contro i licenziamenti illegittimi, la definizione del tasso di inflazione programmata e dei parametri macro-economici (percentuale di incremento del Pil e stima del *deficit* pubblico). Nel concreto il «Patto» consiste in un mero scambio di consensi su misure di ordine politico-legislativo, e non ha alcun carattere di accordo propriamente negoziale. I sindacati stipulanti dichiarano di condividere le misure di riforma del mercato del lavoro previste dai disegni di legge delega presentati dal governo, che peraltro risultano fortemente modificate rispetto alla iniziale impostazione, enunciata nell'originario d.d.l. n. 848 del novembre 2001. In particolare vengono stralciate le modifiche ipotizzate all'art. 18 dello Statuto dei lavoratori e quelle relative alla riforma dell'arbitrato. Il risultato più duraturo del Patto in oggetto è quindi costituito dalla emanazione della legge delega n. 30 e dal successivo d.lg. n. 276 del 2003 sulla «riforma del mercato del lavoro».

Di segno diverso è il Protocollo *Welfare* del 23 luglio 2007, questa volta stipulato da tutte le organizzazioni più rappresentative. In tale caso la prassi di concertazione si fa invece stringente poiché l'Accordo scioglie una serie di nodi relativi alle politiche di governo in materia sociale fino a giungere al dettaglio di una pre-negoziata del disegno di legge poi presentato dallo stesso governo, secondo il modello della legge pre-contrattata. Infatti, i contenuti del Protocollo, in materia di pensioni, ammortizzatori sociali, revisione della legislazione sul mercato del lavoro, si sono poi tradotti nella legge n. 247 del dicembre 2007, che ne costituisce la traduzione quasi testuale. Il Protocollo in oggetto ha avuto quindi un impatto significativo sulla legislazione del lavoro, per quanto lo scioglimento anticipato della legislatura abbia lasciato del tutto incerte le sue prospettive attuative di medio-lungo periodo.

3.2. — *I contratti nazionali di lavoro* — Il contratto nazionale di categoria (d'ora in poi Ccnl) è il perno tradizionale del sistema contrattuale italiano. Nella esperienza italiana il Ccnl ha acquisito una fisionomia particolare nel senso che esso, a seguito dei periodici rinnovi suc-

cedutisi per oltre mezzo secolo sulla matrice dei contratti corporativi, ha finito con il costituire un vero e proprio «codice del lavoro» della categoria di riferimento, comprendendo sia la regolamentazione di dettaglio dei rapporti individuali di lavoro (minimi retributivi di qualifica, inquadramento professionale, trattamenti di malattia, istituti della retribuzione differita, provvedimenti disciplinari ecc.), sia le norme relative alla cd. parte obbligatoria relative al rapporto tra le associazioni contraenti (dalle clausole sui «diritti di informazione» e sui diritti sindacali alle procedure per «reclami e controversie» fino alle clausole di rinvio ai livelli negoziali inferiori). Il Ccnl consiste in sostanza in una vera e propria codificazione contrattuale, formata per successive stratificazioni, il che attribuisce a tale testo un carattere tralaticio e per molti aspetti obsoleto.

In questo senso occorre rettificare, almeno parzialmente, l'immagine convenzionale del Ccnl come «disciplina dei minimi»: l'espressione è corretta per quanto riguarda i cd. minimi tabellari, dato che il Ccnl fissa per l'appunto i «minimi tabellari di categoria», cui vanno aggiunte, per ottenere il salario complessivamente contrattato, le voci salariali negoziate a livello aziendale. L'elemento salariale trattato dal Ccnl ha tuttavia una propria autonomia: vale a dire che gli aumenti dei «minimi tabellari» disposti in sede nazionale, non essendo riassorbiti da altre voci salariali collettive, comportano incrementi effettivi delle retribuzioni. Occorre inoltre sottolineare che allo stesso Ccnl vanno fatte risalire le norme relative sia ai trattamenti di anzianità sia agli istituti della retribuzione differita, oltre a un insieme di discipline da cui derivano molteplici effetti economici (passaggi di categoria, maggiorazioni salariali, trattamenti di malattia ecc.). In tali casi il Ccnl predispone una disciplina solo teoricamente «minima», ma che in realtà si identifica con la regolamentazione di norma applicata. Più che di discipline minime, si deve perciò parlare di regole comuni della categoria.

Si può dire in conclusione che il contratto nazionale di categoria è il baricentro del sistema contrattuale. Per questo da circa vent'anni a questa parte la riforma del sistema contrattuale si concentra in particolare sul ruolo da attribuire, appunto, ai contratti nazionali. Per un verso i Ccnl costituiscono strumenti di regolazione obsoleti. Basti scorrere i circa 400 Ccnl: da quelli a raggio di applicazione più ampio (per metalmeccanici, chimici, tessili, che riguardano, rispettivamente, un milione e seicentomila, seicentocinquantomila e duecentosessantamila addetti) a quelli di minore rilievo, dal Ccnl per «penne e spazzole» (quattromila

addetti) a quelli per «coibentazione termoacustica» e «ombrelli, ombrelloni», che si applicano rispettivamente a millecinquecento e mille addetti. La lettura di tali contratti offre spesso l'immagine di documenti di archeologia industriale, in specie in riferimento alle declaratorie professionali. Al tempo stesso il contratto nazionale di lavoro costituisce uno strumento del tutto moderno, come si vedrà a proposito della discussione in tema di riforma del sistema contrattuale (vedi *infra*, par. 3.4.).

3.3. — *La contrattazione aziendale e decentrata* — La storia ufficiale della contrattazione aziendale nel sistema sindacale post-costituzionale comincia solo nel 1962-63. Fino ad allora essa conosce una vita occulta e informale, soprattutto per il tramite delle attività negoziali indirette svolte dalle commissioni interne. È, infatti, osteggiata dagli imprenditori e, per un certo periodo, anche dal sindacalismo maggioritario, che in tale pratica vede il rischio della frammentazione corporativa della solidarietà di classe. Riconosciuta dal sistema contrattuale nel 1962-63 nella formula della «contrattazione articolata», che consisteva in una regolamentazione gerarchica per rinvio dai contratti nazionali, la contrattazione aziendale si espande tra gli anni sessanta-settanta come livello negoziale non-vincolato, come documentano i quasi 12.000 contratti aziendali stipulati nel biennio 1971-73. In questo periodo la contrattazione aziendale svolge una funzione di sostituzione, innovazione e anticipo rispetto alla contrattazione nazionale di categoria, che in larga parte recepisce e generalizza i risultati della negoziazione decentrata (così in materia di parità normativa tra operai e impiegati, di inquadramento unico, di diritti sindacali ecc.). Nella fase successiva, in ragione dei processi di ri-centralizzazione contrattuale, la contrattazione aziendale conosce un lungo periodo di declino, finché l'Accordo del 23 luglio 1993 le consegna la specifica competenza relativa agli incrementi retributivi di produttività. Più di recente, essa è soggetta a varie ipotesi di rilancio, di segno diverso, come si vedrà più avanti.

3.4. — *Il sistema contrattuale* — I problemi del sistema contrattuale possono essere osservati da due differenti punti di vista: quello del rapporto tra le discipline disposte ai vari livelli negoziali e quello della loro dimensione funzionale. Sul primo piano è evidente che la relazione tipica tra i due livelli consiste in una reciproca integrazione: il contratto nazionale determina le discipline *standard*, sul piano retributivo e normativo, e i contratti aziendali implementano quelle discipline (ad esempio

in materia di articolazione dell'orario di lavoro) e regolano altre voci salariali, quali i rapporti tra retribuzione e produttività. Il problema del concorso-conflitto tra i due livelli, ampiamente discusso quando non esisteva una regolazione delle competenze contrattuali, e quindi i due piani negoziali teoricamente potevano svolgersi in parallelo e in reciproca concorrenza, è stato ampiamente sdrammatizzato dopo l'Accordo del luglio 1993, che ha disegnato chiaramente la specializzazione tematica. I residui problemi, al riguardo, possono porsi solo nel caso delle pratiche negoziali, di tipo concessivo, in relazione ai processi di crisi o ristrutturazioni aziendali, ovvero in quello della contrattazione cd. «pirata» svolta da organizzazioni sindacali autonome o marginali, al fine di consentire alle aziende di percepire i benefici pubblici in materia di sgravi contributivi e fiscali.

Sulla dimensione funzionale, vale a dire sulla revisione del riparto di competenze tra contratti nazionali e contratti aziendali e/o territoriali, fin qui disegnato dal Protocollo del 23 luglio 1993, da tempo è invece aperta una discussione. Si succedono e si accavallano molteplici proposte in ordine alla riforma del sistema contrattuale, che si articolano su una ampia gamma di opzioni: dalle tesi secondo cui il sistema andrebbe radicalmente decentrato, promuovendo un sostanziale superamento del contratto nazionale di categoria, a quelle per le quali un ragionevole e ordinato decentramento negoziale può svolgersi mantenendo in capo al contratto nazionale di categoria, pur fortemente alleggerito sul piano normativo, una funzione di regolazione generale. A questo secondo orientamento si riconducono, in sostanza, le proposte formulate in un documento delle confederazioni sindacali del gennaio 2008, che costituirà presumibilmente la base del negoziato in corso tra le parti sociali (26).

3.5. — *La contrattazione collettiva nel pubblico impiego* — Il rapporto tra le fonti e il sistema della contrattazione collettiva nel pubblico im-

(26) Il documento citato di Cgil, Cisl e Uil porta il titolo di «Linee di riforma della struttura della contrattazione». Sulle diverse posizioni cfr. Ichino, *A che cosa serve il sindacato*, cit.; Idem, *Autodifesa...*, cit.; *Interventi* di Cella, Bellardi, Mariucci, Negrelli, Carrieri in *Le relazioni sindacali...*, cit., e *Interventi* di Del Punta, Mariucci, Scognamiglio, Tursi, Zoppoli, Del Conte, Mazzotta, Pizzoferrato, Vallebona, Tiraboschi in *Forum sulla Struttura della contrattazione collettiva*, cit. Cfr. anche Zoli, *Struttura della contrattazione...*, cit.; R. Pessi, *I problemi del Diritto del lavoro...*, cit. Per un quadro comparato cfr. Caruso, *Sistemi contrattuali...*, cit.

piego merita di essere oggetto di una specifica osservazione. All'inizio degli anni novanta la riforma del pubblico impiego, che è parte della più complessiva riforma amministrativa, si è imposta sulla base di due esigenze asimmetriche: da un lato, per l'urgenza del risanamento dei conti pubblici; dall'altro, per la necessità di dare un assetto più razionale ed efficace alla pubblica amministrazione. Dopo la legge delega n. 421 del 1992 e l'entrata in vigore del d.lg. n. 29 del 1993, cui seguono un insieme di interventi correttivi, con l'emanazione del d.lg. n. 165 del 30 marzo 2001, rubricato «norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche», la riforma del pubblico impiego può dirsi compiuta sul piano formale. Tale disciplina si articola nei seguenti termini essenziali: si è realizzata una sostanziale contrattualizzazione del rapporto di lavoro, riservando alla legge un nucleo essenziale di intervento; si è regolato il sistema contrattuale, con margini rilevanti assegnati alla contrattazione decentrata, sulla base della previsione dei contratti di comparto; si è unificata la giurisdizione delle controversie di lavoro in capo al giudice del lavoro; si è regolato compiutamente il meccanismo della rappresentanza sindacale, attraverso la disciplina degli indici misti di rappresentatività sindacale; infine si è consolidato il meccanismo del conferimento a una Agenzia nazionale (Aran) della gestione dei negoziati a livello centrale, pure con il condizionamento dei «comitati di settore».

Nel contempo si è avviato il parallelo processo di decentramento amministrativo, ovvero del cd. federalismo amministrativo a Costituzione invariata. Per svolgere una valutazione sintetica è utile richiamare i principi cui si è ispirato il complesso processo di riforma in oggetto.

Al primo posto va certamente collocata l'esigenza di affermare il principio di distinzione tra politica e amministrazione. Sono note le complessità teoriche che stanno alla base di tale questione. In materia è difficile scoprire in termini concettuali qualcosa di nuovo, posto che le soluzioni del rapporto antinomico tra politica e amministrazione da quando si sono fondati gli Stati moderni si sono mosse lungo molteplici varianti, ai cui poli estremi si collocano l'affermazione del primato della politica ovvero, al contrario, della autonomia del potere burocratico. Nel primo caso si registrano le soluzioni ordinate al prevalere del criterio della nomina politica, che vanno dalle nomine disposte dal monarca di funzionari di fiducia della corona praticate alle origini dagli Stati moderni fino al sistema americano dello *spoils system*. Al lato opposto si collocano i meccanismi di autoriproduzione di un ceto burocratico che acquisisce

ed espande poteri sottratti a ogni verificabilità di ordine democratico, secondo l'analisi già formulata da Max Weber in termini tuttora insuperati. Nel concreto della situazione italiana si può dire che le deviazioni estreme del rapporto politica-amministrazione si sono realizzate congiuntamente, in un intreccio perverso. Dietro lo schermo dei principi di «buon andamento» e «imparzialità» dell'amministrazione, dichiarati dall'art. 97 Cost. assieme alle regole relative alla determinazione delle «sfere di competenza, attribuzione e responsabilità proprie dei funzionari» e all'accesso alle pubbliche amministrazioni mediante concorso, si è in sostanza consumato un progressivo rispecchiamento al peggio tra potere politico e burocrazia pubblica, in un intreccio diffuso tra tecniche di *spoil system*, nella accezione tutta italiana delle pratiche clientelari e dell'uso della amministrazione pubblica come riserva elettorale, e meccanismi di irresponsabilità dei corpi burocratici. I segni dirompenti di questo progressivo degrado possono essere individuati in due fenomeni speculari: l'esplosione del debito pubblico e della corruzione (cd. Tangentopoli) sviluppatasi in una combinazione diffusa di complicità tra ceti politici, burocratici e imprese.

Da qui la ragione prima della riforma, declinata nella legge delega n. 421 del 1992 e nel d.lg. n. 29 del 1993 essenzialmente su due versanti: la disciplina della dirigenza, finalizzata a strumentarne i principi di autonomia e responsabilità (cfr. artt. 13 ss., d.lg. n. 29/1993), e la rottura dei meccanismi di consociazione tra politica e corporazioni (anche) sindacali, realizzata mediante la sottrazione ai politici del potere contrattuale diretto, delegato alla Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni (Aran) (art. 50, d.lg. n. 29/1993), e, più in generale, con la nuova regolamentazione del procedimento contrattuale (artt. 45 ss., d.lg. n. 29/1993).

Accanto all'obiettivo della de-politicizzazione dei meccanismi di regolazione del pubblico impiego, l'altra linea-guida della riforma si riconduce alla formula della cd. privatizzazione: espressione infelice, come più volte si è sottolineato (27), mentre più corretta è la formula della costruzione (tentata) di un Diritto del lavoro «comune» al settore pubblico e privato. Il terzo principio ispiratore della riforma consiste nel promuovere una effettiva contrattualizzazione dei rapporti di lavoro. È noto, infatti, che il problema non consiste nella contrattualizzazione «for-

(27) Cfr. G. U. Rescigno, *Rapporto di diritto privato speciale...*, cit., e Romagnoli, *La revisione della disciplina...*, cit.

male». Il pubblico impiego in Italia è stato contrattualizzato, prima informalmente, poi formalmente, fin da quando dottrina e giurisprudenza dichiararono che il diritto di sciopero apparteneva anche ai dipendenti pubblici. Il che fu formalmente acquisito nel corso degli anni cinquanta e sessanta, ma materialmente era risultato chiaro subito dopo la fondazione della Repubblica, con lo «sciopero degli statali» del 1949 (28). Vi furono poi i periodi della contrattazione «occulta» e quindi della formalizzazione dei procedimenti contrattuali, con le leggi di settore emanate a cavallo degli anni sessanta e settanta e infine con la razionalizzazione tentata dalla legge quadro n. 93 del 29 marzo 1983 (29).

La riforma del pubblico impiego non si propone, quindi, una generica contrattualizzazione dei rapporti di lavoro, in sé scontata, quanto piuttosto di rendere effettiva la dinamica negoziale come strumento efficace di regolazione dei rapporti di lavoro. Il che è tutt'altra questione. L'effettività della contrattazione implica, infatti, alcune condizioni preliminari, quali tempestività del suo esercizio, disponibilità piena delle risorse in gioco, chiarezza nella titolarità e nell'esercizio del potere contrattuale, eventualità del suo intervento. Quest'ultimo costituisce il punto dirimente. La contrattazione collettiva costituisce un utile metodo di regolazione dei rapporti di lavoro solo in quanto sia l'espressione di una attività libera svolta nell'interesse dei contraenti al fine di raggiungere un risultato conveniente a entrambi i negoziatori. Proprio questo è mancato nel pubblico impiego, a dispetto dei formali riconoscimenti e delle complesse regolamentazioni procedurali disposte dalle molte riforme. Per molteplici ragioni, connesse più alle dinamiche reali e storiche che agli assetti formali, il pubblico impiego ha invece conosciuto una contrattazione vissuta come sostanzialmente obbligata sulla base di un dovere a contrarre materialmente praticato e persino quasi formalmente sancito.

Seguendo la falsariga degli obiettivi strategici della riforma, sopra sintetizzati con richiamo ai principi ispiratori, le aree critiche possono essere ricondotte ai seguenti capitoli essenziali. Quanto al tema della distinzione tra politica e amministrazione le enunciazioni formali, come si è visto, sono state tutte dichiarate. Ma altra cosa è fare seguire alle enunciazioni i fatti. L'altro problema è costituito dalla *vexata* e ancora irrisol-

(28) Si veda Rusciano, *L'impiego pubblico in Italia*, cit.

(29) Cfr. Zoppoli, *Contrattazione e delegificazione...*, cit., e D'Antona, *Rappresentatività e contrattazione...*, cit.

ta *quaestio* del rapporto tra fonti legislative e contrattuali. A dispetto della definizione dell'ambito della competenza legislativa stabilita dall'art. 2, comma 1, lett. c, della legge-delega n. 421/1992, la rincorsa legge-contrattazione continua a svolgersi: per la spinta di specifiche categorie a sottrarsi alla applicazione del d.lg. n. 29/1993, come una volta dalla legge-quadro, e soprattutto per il reiterarsi del vizio delle incursioni legislative di matrice parlamentare e governativa sulle materie destinate alla contrattazione collettiva.

Proprio a questo fine è stata introdotta dal d.lg. n. 546/1993 la modifica di cui al comma 2-*bis* dell'art. 2 del d.lg. n. 29/1993, che introduce un inedito meccanismo di successione tra le fonti attribuendo al contratto collettivo, salva espressa disposizione contraria della stessa legge, la potestà di disapplicare norme legislative intervenute nelle materie non soggette a riserva di legge ai sensi dell'art. 2, comma 1, lett. c, legge n. 421/1992. Questa formula, che in sostanza applica al rapporto e alla successione tra le fonti il principio di sussidiarietà teorizzato, nel Diritto pubblico, in materia di attribuzione di funzioni alle istituzioni di governo centrali e periferiche, ha suscitato un vivace dibattito dottrinale (30). Al di là dei dubbi che si possono nutrire nei confronti di tale tecnica normativa, è evidente che essa sottende lo svolgersi di una fase di transizione ancora incompiuta e dai destini incerti per quanto riguarda l'esatta delimitazione di confini tra intervento di legge e di contrattazione: il che aggiunge un ulteriore elemento critico rispetto alla costruzione di un processo di unificazione delle regole tra settore privato e pubblico più dichiarato che praticato, e ancora lontano dall'essere effettivamente realizzato (31).

4. — *Il rapporto tra le fonti: integrazione e conflittualità* — La molteplicità delle relazioni tra legge e contrattazione collettiva va analizzata nella duplice prospettiva dei rapporti tra due diversi sistemi normativi e in quella dell'interazione tra fonti del diritto, intese come strumenti di disciplina dei rapporti individuali di lavoro. Le due dimensioni vanno quindi trattate distintamente anche per misurare il grado di reciproca integrazione e/o conflittualità.

(30) Tra gli altri vedi M. T. Carinci, *Il contratto collettivo nel settore pubblico...*, cit.; Speciale, *L'abrogazione della legge...*, cit.; Grandi, *La posizione del contratto collettivo...*, cit.

(31) Per una riflessione critica cfr. Ricciardi, *La contrattazione collettiva...*, cit.; Dell'Aringa, Della Rocca (a cura di), *Pubblici dipendenti...*, cit.

4.1. — *Il rapporto tra legge e contrattazione collettiva come sistemi normativi* — Nell'angolo visuale del rapporto tra «sistemi», legge e contrattazione collettiva costituiscono «ordini normativi» distinti, che interagiscono nell'ambito della delimitazione di confini stabilita dall'ordinamento giuridico-statutale. Al riguardo l'esperienza comparata indica la molteplicità delle formule adottate nei diversi periodi storici. L'alternativa di fondo passa tra sistemi (prevalentemente) *astensionistici* e *interventisti*, secondo una tipologia diversificata nel cui ambito si può distinguere tra assetti garantistici «forti» e «deboli»: nel primo caso la legge incentiva l'attività negoziale, affiancando ai diritti l'attribuzione di poteri; nell'altro si predispongono mere garanzie di libertà. Varianti ulteriori sono poi costituite da formule di *regolamentazione*, mediante cui la legge interviene sulle relazioni collettive lungo una gamma di ipotesi che vanno dalla disciplina delle procedure alla predeterminazione di alcuni contenuti negoziali fino a soluzioni di stampo *dirigistico*, con una riduzione del campo di intervento della dinamica contrattuale. In seguito si sono sperimentati moduli neo-istituzionali o neo-corporativi, che si realizzano in particolare mediante l'attribuzione alla contrattazione collettiva di una potestà normativa così ampia da sconfinare nella delegazione di funzioni para-legislative.

La situazione italiana, vista nel suo punto di arrivo, appare particolarmente complessa. Essa è caratterizzata da una regolamentazione legislativa dei rapporti di lavoro tradizionalmente intensa, alla quale, però, si contrappone, nel periodo post-costituzionale, l'assenza – salvo il caso del pubblico impiego – di discipline sulle regole della contrattazione collettiva. La carenza di un quadro istituzionale definito della attività negoziale è tuttavia contraddetta sia dalla crescente integrazione tra fonte legale e convenzionale nella disciplina concreta dei rapporti di lavoro, sia dalla diffusione di molteplici tecniche di valorizzazione e/o regolamentazione dei contenuti della contrattazione. Tale assetto si spiega sul piano della sua formazione storica. Occorre quindi ricordare che, dopo l'inattuazione del meccanismo previsto dalla seconda parte dell'art. 39 Cost., l'ordinamento giuridico-statutale assume un atteggiamento di *astensionismo di fatto*, nel senso che la rinuncia alla regolamentazione legislativa della attività contrattuale è il risultato della combinazione di una serie di fattori storici e politici piuttosto che l'espressione di una strategia consapevole. Vale a dire che il fenomeno non è collegato alla scelta di valorizzare lo sviluppo volontario del metodo negoziale, ma semmai a una sorta di acquie-

scenza istituzionale verso la debolezza organica del sistema contrattuale. La vicenda si materializza con il progressivo consolidarsi della inattuazione dell'art. 39, parte II, Cost., mediante cui si rinuncia a dare corpo al modello costituzionale in relazione alle sue molteplici «anime» e versioni attuative (32). Da quel momento si è prodotta una cesura tra «pubblico» e «privato» in qualche misura irrimediabile. In ciò consiste l'effetto più rilevante e duraturo dell'astensionismo legislativo: svanita la possibilità di sancire un nesso organico tra legge e contrattazione secondo il modello costituzionale, si creano le condizioni di una persistente aporia tra norma legale e contrattuale, e tra i rispettivi sistemi, risolubile solo attraverso un insieme di espedienti, tra cui si annoverano, con diversi gradi di rilevanza, la costruzione dottrinale del contratto collettivo di *diritto comune* e le varie manipolazioni giurisprudenziali in tema di vigenza e/o abrogazione degli artt. 2077 ss. cod. civ. (33).

Sul piano pratico i due ordinamenti si muovono invece in una prospettiva di (relativa) reciproca indifferenza. Data l'assenza di regolamentazioni eteronome, le parti sociali sono libere di svolgere la loro attività di produzione di norme collettive senza alcuna interferenza esterna. La legge nel contempo sviluppa il proprio intervento nel campo dei rapporti di lavoro cd. speciali, al fine di assicurare una tutela di base alle componenti deboli della forza lavoro. Questo attivismo legislativo, peraltro scarsamente incisivo sul piano della effettività, come sopra ricordato (vedi *supra*, par. 2.4.), non si incrocia con la contrattazione collettiva poiché esso si occupa di stabilire tutele per i rapporti cd. «marginali», da questa di fatto non coperti. Da qui lo schema di una *combinazione semplice* tra legge e contrattazione: se, infatti, la legislazione riguarda soprattutto l'area periferica del lavoro subordinato, la contrattazione collettiva consiste essa stessa, per un lungo tratto, in una disciplina dei «minimi», data la sua scarsa capacità di controllo sulle effettive condizioni di lavoro degli stessi settori centrali del lavoro dipendente. Cosicché tra legge e contrattazione si svolge una ripartizione di competenze piuttosto al ribasso: dati i presupposti, non si configurano conflitti significativi tra le fonti di regolazione o, se si vuole, tra i due ordinamenti. Tale equilibrio si fonda perciò su un mo-

(32) Per riflessioni classiche sul tema, in due diverse fasi, cfr. Pera, *Problemi costituzionali...*, cit., e D'Antona, *Il quarto comma dell'art. 39 della Costituzione...*, cit.

(33) Cfr. Vardaro, *Contratti collettivi...*, cit.

dello di garantismo, per così dire, «debole», poiché l'interscambio tra legge e contrattazione si svolge comunque su poste modeste.

Il passaggio successivo consiste nella adozione di un modello, invece, *promozionale*. Lo Statuto dei lavoratori del 1970 non introduce sostegni diretti alla contrattazione, ma piuttosto alla organizzazione sindacale e alla sua attività in senso lato. Rafforzando la presenza sindacale, tuttavia, lo Statuto incentiva la contrattazione, specie aziendale, anche attraverso una serie di rinvii e richiami espliciti (cfr. spec. gli artt. 4, 6, 7, 9, 35 e 36). Rispetto alla attività negoziale la formula promozionale opera quindi essenzialmente sul versante esterno, essendo diretta a rafforzare gli strumenti del processo contrattuale, e in particolare l'agente negoziale in azienda, piuttosto che a regolarne direttamente la dinamica.

Dopo la fase promozionale, coincidente con l'onda lunga dello sviluppo economico, è poi iniziato un ciclo diverso, nel corso del quale si è avviato un *neo-interventismo legislativo* che ha avuto per oggetto in particolare i temi del costo del lavoro, delle crisi aziendali e del mercato del lavoro. Tale legislazione ha assunto caratteri vincolistici verso la contrattazione collettiva specie sulla prima delle materie indicate. Emblematiche al riguardo risultano le disposizioni relative alla cd. sterilizzazione dell'indennità di anzianità e alla abolizione delle scale mobili anomale, previste dalla legge n. 91 del 1977, nonché il taglio di quattro punti di contingenza statuito dalla legge n. 219 del 1984. Vero è che le leggi qui richiamate sono il risultato di diverse vicende politico-sindacali, essendo stata, la prima, il prodotto (per quanto parziale) di una preventiva concertazione tra le parti sociali (cfr. Accordo interconfederale del 26 gennaio 1977 su «costo del lavoro e produttività») e, la seconda, l'espressione di un diretto intervento di legge a seguito del fallimento del negoziato triangolare. In entrambi i casi, tuttavia, a prescindere dagli elementi «corporatisti» o «dirigisti» che ne hanno caratterizzato la fase formativa, si tratta comunque di una legislazione diretta a incidere restrittivamente sulla dinamica contrattuale, vuoi mediante la rimozione o la modifica etronoma di determinati contenuti negoziali, vuoi attraverso la fissazione di massimi di trattamento invalicabili da parte della stessa contrattazione collettiva (in tal senso vedi anche l'art. 4, comma 2, della legge n. 297 del 1982 sul trattamento di fine rapporto). Il rovesciamento del paradigma tradizionale del rapporto legge-contrattazione collettiva pone ovviamente una serie di problemi di coerenza con il quadro costituzionale, dato che l'introduzione di vincoli legislativi alla autonomia contrattuale collettiva urta se non altro con il principio di libertà sinda-

cale di cui al comma 1 dell'art. 39 Cost., inclusivo, com'è noto, del principio di libertà contrattuale, e, anzi, dallo stesso qualificato.

Il problema è stato ampiamente dibattuto, in dottrina e in giurisprudenza. Può dirsi che la questione è stata infine provvisoriamente risolta sulla base dei seguenti argomenti: si è asserito che, non derivando dal dettato costituzionale una rigida riserva di competenza a favore della autonomia collettiva per quanto concerne le discipline del lavoro, ben può la legge intervenire in materia anche predisponendo vincoli e restrizioni. Tale intervento può, infatti, giustificarsi in ragione di superiori esigenze di «ordine pubblico economico», purché sia salvaguardato un limite essenziale: cioè il fatto che l'intervento vincolistico incida su singoli atti o contenuti negoziali, e non sulla libertà della attività sindacale in quanto tale (34). Senonché poi tra «atti» e «attività» esiste naturalmente un rapporto, sicché può dubitarsi che nell'adottare in termini coattivi lo strumento legislativo in un certo contesto (ad esempio con la legge n. 219 del 1984 sul cd. «taglio» della scala mobile), pur intervenendo, apparentemente, su un singolo elemento negoziale (vale a dire l'istituto della contingenza), si sia inciso in realtà su un intero equilibrio pattizio, quale quello risultante dalla regolazione del sistema contrattuale. La Corte Costituzionale, nella sentenza n. 34 del 7 febbraio 1985, ha poi adottato un nuovo argomento: ha, infatti, rilevato che, poiché nella vicenda in oggetto l'intervento legislativo era scaturito dal fallimento di un negoziato triangolare, esso costituiva l'espressione di una legittima, e, anzi, doverosa, scelta dell'esecutivo a fronte dell'esaurimento del negoziato tripartito, il quale, non riguardando il rapporto bilaterale tra le parti sociali, non sarebbe coperto dalla garanzia costituzionale della libertà sindacale, collocandosi semmai in un quadro *extra*-costituzionale. Con ciò la Corte ha affermato un principio rilevante, per quanto da più parti criticato (35): le cd. prassi neo-corporative, ovvero i negoziati triangolari effettuati nell'ambito delle procedure di concertazione, si collocano in un'area esterna alla Costituzione formale. Verso gli esiti alterni di tale pratica negoziale non si può quindi invocare il valore precettivo delle regole costituzionali in materia di garanzia della libertà di autonomia collettiva.

L'altro filone legislativo, concernente in particolare i temi delle crisi aziendali e della gestione del mercato del lavoro, assume invece verso la

(34) Si veda Dell'Olio, *Emergenza e costituzionalità*, cit.

(35) Per una opinione critica cfr. Alleva, *Accordi di concertazione...*, cit.

contrattazione collettiva un atteggiamento *neo-promozionale*, in quanto diretto a valorizzare in vario modo l'attività negoziale. Tale indirizzo assume però una fisionomia del tutto particolare, che rende le nuove tecniche legislative non comparabili al paradigma classico del «sostegno». Una prima forma di promozione può essere individuata nella stessa logica corporatista, in parte comune, come si è visto, agli interventi vincolistici. L'uso della risorsa legislativa come strumento di recezione di accordi collettivi o di soluzioni comunque pre-negoziate assume, infatti, un significativo ruolo di incentivo e legittimazione del metodo contrattuale, promuovendolo addirittura al rango delle procedure di formazione della volontà politico-legislativa. Ma la caratteristica peculiare dell'orientamento qui considerato consiste soprattutto nella adozione di una molteplicità di rinvii legislativi alla contrattazione, effettuati vuoi in funzione di integrazione/attuazione del disposto legale, vuoi al fine di attribuire alla contrattazione una potestà derogatoria di discipline normalmente inderogabili (cd. *legislazione derogatoria*).

Nell'ampia tipologia degli interventi legislativi riconducibili al filone qui enunciato, si possono richiamare i seguenti e più rilevanti esempi. L'indirizzo neo-promozionale nel senso delle cd. «leggi contrattate» può dirsi inaugurato dalla legge n. 164 del 1975 sulla cassa integrazione, che costituisce in buona parte la traduzione dell'Accordo interconfederale del 21 gennaio 1975 sulla «garanzia del salario» e che incentiva una gestione consensuale del ricorso alle sospensioni e/o riduzioni di orario assistite dall'intervento della Cig attraverso la previsione delle procedure di informazione preventiva e di «esame congiunto» sulle modalità di ricorso alla Cig. Questa normativa, poi ampiamente riformata dalla legge n. 223 del 1991, è stata all'origine di una complessa e contrastata vicenda di gestione contrattuale della cassa integrazione, che si è intrecciata con la più volte annunciata riforma organica dei cd. ammortizzatori sociali, da ultimo richiamata, con alcune prime parziali innovazioni dalla legge n. 247 del 2007. Il modulo promozionale sotto specie di rinvii legislativi a carattere derogatorio viene invece adottato quando, in connessione con un insieme di interventi su crisi d'impresa e mercato del lavoro, si procede a una, prima parziale e poi organica, riforma dell'art. 2112 cod. civ. (cfr. legge n. 215 del 1978, art. 47, legge n. 428 del 1990, d.lg. n. 18 del 2001), o si disciplina il ricorso ai cd. «contratti di solidarietà» (cfr. artt. 1, 2, legge n. 863 del 1984, art. 13, legge n. 223 del 1991), o si introducono svariate discipline in materia di gestione del mercato del lavoro, nell'ambito delle quali si effettua una molteplicità di rinvii alla

contrattazione o, in senso più lato, all'intervento sindacale, vuoi al fine di promuovere l'occupazione di categorie «deboli» o «svantaggiate», o di rendere possibili forme flessibili di impiego, o di favorire il ricollocamento di lavoratori occupati in aziende in crisi (mobilità inter-aziendale), o di incentivare comunque una gestione consensuale del mercato del lavoro.

Il rinvio derogatorio della legge alla contrattazione collettiva è specificamente utilizzato, come si è visto, in tema di politiche occupazionali. Non mancano tuttavia altri casi. In materia retributiva, ad esempio, la legge n. 297 del 1982 sul trattamento di fine rapporto, pur contenendo una disposizione «dirigistica» di chiusura, laddove prevede che «sono nulle e vengono sostituite di diritto dalle norme della presente legge tutte le clausole dei contratti collettivi regolanti la materia del trattamento di fine rapporto» (art. 4, comma 2), contiene anche una significativa apertura, in chiave appunto derogatoria, alla normazione collettiva per quanto attiene al computo della retribuzione annua da prendere in considerazione ai fini dell'accantonamento, laddove si stabilisce che «salvo diversa previsione dei contratti collettivi la retribuzione annua [...] comprende tutte le somme [...] corrisposte in dipendenza del rapporto di lavoro» (art. 3, comma 2). L'altro caso è rappresentato dalla legge n. 190 del 1985, relativa al riconoscimento giuridico dei quadri: l'introduzione della nuova categoria, a modifica dell'art. 2095 cod. civ., avviene infatti affiancando alla formula definitoria prevista dalla legge una serie di rinvii alla contrattazione, di tipo integrativo (cfr. art. 2, comma 2, art. 3), o derogatorio in materia di assegnazione a mansioni superiori (art. 6). Più di recente i rinvii di legge alla contrattazione collettiva di vario segno, e specificamente a carattere derogatorio, si infittiscono nell'ambito della legislazione in materia di flessibilità nel mercato del lavoro (cfr. spec. d.lg. n. 276 del 2003) e delle diverse tecniche utilizzate al fine di promuovere mediante intervento contrattuale misure di sostegno alla regolarizzazione e stabilizzazione dei rapporti di lavoro (cfr. leggi finanziarie per il 2007 e il 2008) (36).

L'intensificarsi del ricorso alla formula neo-promozionale, in particolare *sub specie* derogatoria, indica, in maniera più strutturale dell'altra tendenza «vincolistica», quanto siano mutati i rapporti tra i due sistemi normativi: tra ordinamento giuridico-statuale e cd. ordina-

(36) Cfr. Pinto (a cura di), *Le politiche pubbliche di contrasto...*, cit., e *ivi* spec. Bellavista, *Le politiche statali...*, cit.

mento intersindacale si è attivata una osmosi e una reciproca frequentazione così intensa da rendere inutilizzabili le teoriche formulate dalla dottrina al fine di proporre una qualche *reductio ad unum* della interazione tra i due ordinamenti (37). Fino a un certo momento si poteva dire che questa indeterminatezza del rapporto tra le due dimensioni costituisse una qualità del sistema, oltre che un suo carattere intrinseco. Ora bisogna invece prendere atto che l'interazione tra i due sistemi ha raggiunto una soglia così elevata di incertezza da apparire ormai disfunzionale, e da porre, quindi, il problema di una nuova regolazione.

4.2. — *Il rapporto tra legge e contrattazione collettiva come fonti del diritto* — Il secondo versante da cui analizzare il rapporto tra legge e contrattazione collettiva riguarda la relazione tra i due strumenti come fonti (sostanziali) di disciplina dei rapporti individuali di lavoro. Il problema si pone fin dalla nascita del Diritto del lavoro, data la sua duplice natura di disciplina eteronoma e di sistema di legittimazione della autonormazione collettiva, ma è destinato ad accrescere la sua rilevanza in ragione delle successive tendenze normative.

La prima, e più elementare forma di relazione tra le due fonti consiste nel rinvio della legge alla contrattazione collettiva in funzione meramente integrativa o specificativa del comando legale. Tali rinvii sono ampiamente utilizzati già dal codice civile. Basti ricordare l'art. 2095 cod. civ., che in materia di categorie professionali rinvia alle leggi speciali e alle norme corporative (*id est* norme dei contratti collettivi di lavoro) la determinazione dei «requisiti di appartenenza alle indicate categorie», l'art. 2099 cod. civ., il quale stabilisce che la retribuzione deve essere corrisposta anzitutto nella misura determinata dai contratti collettivi, e così via in materia di orario di lavoro, maggiorazioni per lavoro straordinario e notturno, computo del periodo di comporta. Tutti i rinvii del codice civile alla contrattazione collettiva hanno, come si è detto, carattere integrativo e determinativo: la legge rinvia in sostanza alla contrattazione le specificazioni di disposizioni normative imperative. Tale tecnica è stata in seguito ampiamente utilizzata.

L'altra formula classica del rapporto tra legge e contrattazione collettiva consiste nell'attribuire alla legge la funzione di stabilire mini-

(37) Il riferimento è alla classica tesi di Giugni, *Introduzione*, cit.

mi di trattamento e alla contrattazione quella di introdurre discipline migliorative a favore dei prestatori di lavoro. In tal senso la norma legale è, di massima, inderogabile: la contrattazione collettiva può andare «oltre» ma non «al di sotto» del disposto legale. In questo modo al rapporto legge-contrattazione si applica la relazione gerarchica tra disciplina legale e autonomia privata sancita dall'art. 1322 cod. civ.: l'autonomia contrattuale si svolge nell'ambito dei «limiti imposti dalla legge» e, fuori dai tipi contrattuali, in quanto sia diretta a «realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico». Più in generale, si ritrascrive nell'assetto post-corporativo il principio di cui all'art. 7 delle disposizioni sulla legge in generale, secondo il quale «le norme corporative non possono derogare alle disposizioni imperative di legge», nonché la clausola di chiusura, di cui all'art. 31 delle medesime disposizioni, sui «limiti derivanti dall'ordine pubblico e dal buon costume». Dato che il primato della legge si fonda sulla funzione di assicurare trattamenti minimi, la norma legale si caratterizza poi per l'attributo strutturale della cd. inderogabilità unilaterale, connessa al principio della deroga migliorativa o del *favor* a vantaggio del lavoratore: a maggior ragione, infine, tale schema dovrà applicarsi al contratto collettivo, il quale ha la funzione (socialmente tipica) di migliorare le condizioni di svolgimento della prestazione di lavoro (38).

La tecnica della inderogabilità della norma legale viene affermata già nel primo intervento legislativo organico in materia di rapporto di lavoro, costituito dalla legge sull'impiego privato del 1924, il cui art. 17 stabilisce che «le disposizioni del presente decreto saranno osservate malgrado ogni patto contrario, salvo il caso di particolari convenzioni o usi più favorevoli all'impiegato» (r.d. n. 1825 del 1924). Essa poi si consolida nel periodo corporativo e nella codificazione del 1942, quindi si riafferma con il nuovo quadro costituzionale, anche se per un lungo periodo il «diritto costituzionale del lavoro» fu sostanzialmente disattivato, fatto salvo l'uso giurisprudenziale dell'art. 36 Cost. In tale periodo la relazione tra legge e contrattazione collettiva continua a svolgersi in un contesto di reciproca debolezza che

(38) I richiami al riguardo sarebbero sterminati. Ci si limita a rinviare, per le posizioni risalenti, per un verso, a Cessari, *Il «favor»...*, cit., e Simi, *Il favore...*, cit., e, per l'altro, a De Luca Tamajo, *La norma inderogabile...*, cit., e Galantino, *Lezioni...*, cit. Per una recente rilettura si veda Tullini, *Inderogabilità e indisponibilità...*, cit., e Cester, *La norma inderogabile...*, cit.

rende agevolmente praticabile, in quanto poco costoso, il modello tradizionale di rapporto tra le fonti. Altra dimensione assume invece il problema nella fase successiva, allorché sia il sistema delle garanzie legislative sia la contrattazione collettiva conoscono una intensa evoluzione. È significativo comunque che anche lo Statuto dei lavoratori si preoccupi, all'art. 40, di far salve, dopo avere disposto l'abrogazione di «ogni disposizione in contrasto con le norme della presente legge», «le condizioni dei contratti collettivi e degli accordi sindacali più favorevoli ai lavoratori»: si ripete, quindi, la tecnica della inderogabilità *in peius* di modo che il principio della inderogabilità della norma di legge anche da parte dei contratti collettivi, salvo che a favore del lavoratore, accompagna anche la (breve) stagione del garantismo cd. «forte», fino a subire le conseguenze della sua crisi successiva. Le politiche del «diritto della crisi», orientate ad attenuare rigidità normative e a incentivare discipline flessibili, riaccendono infatti il problema del concorso/conflitto tra legge e contrattazione come fonti del diritto nei molteplici casi, sopra richiamati, delle funzioni derogatorie attribuite dalla legge alla contrattazione collettiva.

In mancanza di una regolazione compiuta (nel settore privato) della rappresentanza sindacale e dei suoi procedimenti decisionali, e quindi della efficacia giuridica dei contratti collettivi, in situazioni particolari può determinarsi una sorta di fibrillazione sistemica del rapporto tra le fonti: legge, contrattazione collettiva, contratto individuale e potere determinativo del datore di lavoro. I casi (non solo) di scuola si riproducono ciclicamente. La massima criticità ovviamente si determina quando al dissenso individuale si somma un dissenso collettivo, vale a dire un accordo non unitario, ovvero «separato», tra i sindacati più rappresentativi. In tali ipotesi vacillano i molteplici *escamotages* costruiti da dottrina e giurisprudenza per assicurare la tenuta giuridica delle clausole collettive derogatorie. Le materie di elezione dei conflitti in oggetto riguardano in particolare i processi di riorganizzazione e ristrutturazione aziendali, e di gestione delle crisi d'impresa. In tema di orario di lavoro, ad esempio, le questioni si ripropongono, dai casi remoti relativi ai contratti collettivi derogatori in ordine al divieto di lavoro notturno delle donne, di cui all'art. 5 della legge n. 903 del 1977, fino ai problemi posti dalla gestione flessibile degli orari largamente consentita dal d.lg. n. 66 del 2003. Quando un sindacato rappresentativo revoca il suo consenso a un accordo «derogatorio», qualunque ne sia l'oggetto, il dato di fatto è che

la somma dei dissensi individuali e collettivi risulta in pratica, oltre che sul piano giuridico, insuperabile. A maggior ragione questo vale quando si tratta non di fisiologiche riorganizzazioni dei tempi di lavoro, ma di questioni relative ai casi di gestione delle crisi d'impresa, di ricorso alla cassa integrazione guadagni, alla messa in mobilità e ai trasferimenti d'azienda. Il dissenso inter-sindacale in tali ipotesi determina conflitti difficilmente mediabili, in via di fatto e sul piano giuridico. Il che ripropone ancora una volta il tema della regolazione (nel settore privato) dei soggetti contrattuali, dei loro procedimenti decisionali e della efficacia *erga omnes* dei contratti collettivi (39).

5. — *Osservazioni conclusive* — Il rapporto tra le fonti del Diritto del lavoro, come si è visto, può essere declinato in diversi modi, privilegiando la dimensione formale o quella effettuale. Optando per la seconda prospettiva il discorso può essere concluso nei seguenti termini. Le fonti del diritto dal punto di vista dei loro utenti reali, cioè dei lavoratori e delle imprese, si risolvono in questo. Per i lavoratori esse consistono in un insieme di disposizioni di legge, alcune delle quali imperative e altre dispositive e/o negoziabili, e di norme disposte dai contratti collettivi di diverso livello. Il singolo lavoratore di queste fonti, nel concreto, può largamente disporre, se detiene una propria forza negoziale. L'autonoma negoziazione sul piano individuale non è impedita, anzi, è favorita, dalla esistenza di regole eteronome vincolanti relative alla definizione degli *standard* della prestazione di lavoro (40). Se il lavoratore, al contrario, non detiene una propria forza negoziale le fonti eteronome saranno il suo unico scudo verso la cogenza delle leggi del mercato, incarnate dal potere determinativo del datore di lavoro. Per le imprese vale un discorso sostan-

(39) In tema si vedano Rusciano, *Contratto collettivo...*, cit., e Caruso, *Rappresentanza e consenso*, cit. Per un quadro delle opinioni in materia cfr. Bellocchi, *Libertà e pluralismo...*, cit.; Campanella, *Rappresentatività sindacale...*, cit.; Lassandari, *Il contratto collettivo...*, cit.; Lunardon, *Efficacia soggettiva...*, cit.; Monaco, *Modelli di rappresentanza...*, cit.; Nogler, *Saggio sull'efficacia...*, cit.; Passalacqua, *Autonomia collettiva...*, cit.; Scarponi, *Rappresentatività...*, cit. Per una versione sdrammatizzante vedi Tursi, *Autonomia contrattuale...*, cit.; Idem, *È davvero necessaria...*, cit. Un survey più recente della problematica è presentato da A. Pessi, *Unità sindacale e autonomia collettiva*, cit.

(40) In tema si vedano gli inquadramenti proposti da D'Antona, *L'autonomia individuale...*, cit., e Mazzotta, *Autonomia individuale...*, cit. Più di recente cfr. Pellacani, *Autonomia individuale...*, cit.

zionalmente simmetrico. Le imprese, come singole, nel Diritto del lavoro, nel suo sistema di regole legislative e contrattuali, vedono certo un vincolo e persino un impedimento al libero dispiegarsi della attività produttiva. Ma le imprese come sistema trovano, invece, nella esistenza di un sistema di regole vincolanti, almeno per quanto riguarda le discipline di base, la realizzazione di una condizione fondamentale per l'esercizio corretto della attività imprenditoriale: la garanzia di una concorrenza leale. Su entrambi i versanti il Diritto del lavoro consiste, nella sostanza, appunto in questo: una disciplina diretta a favorire l'equo temperamento tra i diversi interessi coinvolti nella dinamica delle attività produttive e del mercato. Cambiano, nelle diverse fasi storiche, i pesi e le misure delle soluzioni specifiche. Ma la realtà di fondo resta questa. Perciò il Diritto del lavoro è una componente fondamentale della logica democratica, come questa si è costruita da un paio di secoli a questa parte, con molte e drammatiche interruzioni di percorso, in quelle istituzioni politico-sociali che si chiamano Stati di diritto.

Bibliografia

- Alleva, *Il tramonto degli automatismi salariali*, in *Pol. dir.*, 1982, p. 423.
- Alleva, *Accordi di concertazione e Corte Costituzionale*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1987, p. 174.
- Balandi, Ballestrero (a cura di), *I lavoratori svantaggiati tra eguaglianza e diritto diseguale*, Bologna, 2005.
- Ballestrero, *Le sentenze Viking e Laval: la Corte di Giustizia «bilancia» il diritto di sciopero*, in *Lav. dir.*, 2008.
- Barbera A., *Le fonti del Diritto del lavoro, fra legge e contratto*, in *Il sistema delle fonti nel Diritto del lavoro*, Milano, 2002, p. 21.
- Barbera M. (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Milano, 2007.
- Bellavista, *Le politiche statali di emersione del lavoro nero: strumenti e tecniche*, in Pinto (a cura di), *Le politiche pubbliche di contrasto al lavoro irregolare*.
- Bellocchi, *Libertà e pluralismo sindacale*, Padova, 1998.
- Biagi, *Progettare per modernizzare*, in Treu, *Politiche del lavoro*, Bologna, 2001, p. 269.
- Brino, *Lavoro e concorrenza: conflitto o complementarietà?*, in *q. Riv.*, 2005, p. 319.
- Campanella, *Rappresentatività sindacale: fattispecie ed effetti*, Milano, 2000.
- Carinci F., *Riforma costituzionale e Diritto del lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2003.
- Carinci M. T., *Il contratto collettivo nel settore pubblico fra riserva di regime pubblicistico e riserva di legge*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1994, p. 557.
- Caruso, *Rappresentanza e consenso*, Milano, 1992.
- Caruso, *Sistemi contrattuali e regolazione legislativa in Europa*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2006, p. 581.
- Cataudella, *Ancora sulla prevalenza del contratto collettivo sul contratto individuale di lavoro*, in *Diritto e libertà, Studi in memoria di Matteo Dell'Olio*, Torino, 2008, I, p. 230.
- Cessari, *Il «favor» verso il prestatore di lavoro subordinato*, Milano, 1966.
- Cester, *La norma inderogabile: fondamento e problema del Diritto del lavoro*, *Relazione*, Modena, 2008.
- Curzio, *La legge 30 due anni dopo alla luce delle pronunce giurisprudenziali*, in *q. Riv.*, 2006, p. 277.
- D'Antona, *L'autonomia individuale e le fonti del Diritto del lavoro*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1991.

- D'Antona, *Rappresentatività e contrattazione collettiva nelle pubbliche amministrazioni*, Roma, 1993.
- D'Antona, *Il quarto comma dell'art. 39 della Costituzione oggi*, in *Opere*, vol. II, Milano, 2000, p. 399.
- De Luca Tamajo, *La norma inderogabile nel Diritto del lavoro*, Napoli, 1976.
- Del Punta, *Federalismo e diritti del lavoro*, in *Lav. dir.*, 2001, p. 401.
- Dell'Aringa, Della Rocca (a cura di), *Pubblici dipendenti. Una nuova riforma?*, Catanzaro, 2007.
- Dell'Olio, *Emergenza e costituzionalità*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1981, p. 24.
- Dell'Olio, *Il Diritto del lavoro italiano e le sue fonti*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2002, p. 515.
- Di Stasi (a cura di), *Diritto del lavoro e federalismo*, Milano, 2004.
- Ferraro, *Il rapporto di lavoro*, Torino, 2004.
- Fili, *L'avviamento al lavoro fra liberalizzazione e decentramento*, Milano, 2002.
- Gaeta, *La Costituzione della Repubblica napoletana del 1799 e il lavoro*, Siena, 2000.
- Galantino, *Lezioni di Diritto del lavoro*, Torino, 1988.
- Galgano, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005.
- Garofalo M. G., *Il Diritto del lavoro e la sua funzione economico-sociale*, in Garofalo D., Ricci (a cura di), *Percorsi di Diritto del lavoro*, Bari, 2006.
- Ghera, *Subordinazione, statuto protettivo e qualificazione del rapporto di lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, 1.
- Giugni, *Introduzione allo studio dell'autonomia collettiva*, Milano, 1960.
- Giugni, *Relazione*, in *Prospettive del Diritto del lavoro per gli anni '80*, Milano, 1982.
- Giugni, *La lunga marcia della concertazione*, Bologna, 2002.
- Grandi, *La posizione del contratto collettivo nell'impiego pubblico privatizzato*, in *Diritto e libertà*, cit., I, p. 704.
- Ichino, *A che cosa serve il sindacato*, Milano, 2005.
- Ichino, *Autodifesa di un eretico*, in q. *Riv.*, 2006, p. 457.
- Interventi di Cella, Bellardi, Mariucci, Negrelli, Carrieri, in *Le relazioni sindacali all'inizio della nuova legislatura*, in *Lav. dir.*, 2007, p. 219.
- Interventi di Del Punta, Mariucci, Scognamiglio, Tursi, Zoppoli, Del Conte, Mazzotta, Pizzoferrato, Vallebona, Tiraboschi, in *Forum sulla Struttura della contrattazione collettiva*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2006.

- Interventi* di Mariucci, Ballestrero, Del Punta, Caruso, Perulli, M. G. Garofalo, Zoppoli, Balandi, Rusciano, Roccella, in *Lav. dir.*, 2001, p. 403.
- Lassandari, *Il contratto collettivo aziendale e decentrato*, Milano 2001.
- Libro bianco sul mercato del lavoro in Italia. Proposte per una società attiva e per un lavoro di qualità*, Ministero del lavoro e delle politiche sociali, ottobre 2001.
- Liso, *I servizi all'impiego*, in *Percorsi di Diritto del lavoro*, cit., p. 591.
- Lord Wedderburn of Charlton, *Diritto del lavoro* 2008. 40 anni dopo, in *Lav. dir.*, 2008, p. 155.
- Lo Faro, *Il contratto collettivo fonte e il Diritto comunitario*, in *Il sistema delle fonti*, cit., p. 220.
- Lunardon, *Efficacia soggettiva del contratto collettivo e democrazia sindacale*, Torino, 1999.
- Maio, *Sindacabilità diretta e anamorfosi del contratto collettivo di diritto comune*, in *Diritto e libertà*, cit., p. 845.
- Mancini, *Il diritto al lavoro rivisitato*, in *Costituzione e movimento operaio*, Bologna, 1976, p. 27.
- Mariucci, *Le fonti del Diritto del lavoro*, Torino, 2003.
- Mariucci (a cura di), *Dopo la flessibilità, cosa?*, Bologna, 2006.
- Mariucci, Bin, Cammelli, Di Pietro, Falcon, *Il federalismo preso sul serio*, Bologna, 1996.
- Martone, *Governo dell'economia e azione sindacale*, Padova, 2006.
- Mazzotta, *Autonomia individuale e sistema del Diritto del lavoro*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1991, p. 489.
- Mazzotta, *Il Diritto del lavoro e le sue fonti*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2001, p. 219.
- Monaco, *Modelli di rappresentanza e contratto collettivo*, Milano, 2003.
- Montuschi, *Diritto alla salute organizzazione del lavoro*, Milano, 1986.
- Napoli, *Le fonti del Diritto del lavoro e il principio di sussidiarietà*, in *Il sistema delle fonti*, cit., p. 483.
- Natoli, *Limiti costituzionali dell'autonomia privata nel rapporto di lavoro*, Milano, 1955.
- Nogler, *Saggio sull'efficacia regolativa del contratto collettivo*, Padova, 1997.
- Passalacqua, *Autonomia collettiva e mercato del lavoro*, Torino, 2005.
- Pedrazzoli, *Dai lavori autonomi ai lavori subordinati*, in *Scritti in onore di Gino Giugni*, Bari, 1999, I, p. 737.
- Pellacani, *Autonomia individuale e rapporto di lavoro*, Torino, 2002.
- Pera, *Problemi costituzionali del Diritto del lavoro italiano*, Milano, 1960.

- Perulli, *Lavoro e commercio internazionale*, Digesto, IV ed., Torino, 200, p. 477.
- Pessi A., *Unità sindacale e autonomia collettiva*, Torino, 2007.
- Pessi R., *I problemi del Diritto del lavoro: proposte per un inventario*, Padova, 2007.
- Pinto (a cura di), *Le politiche pubbliche di contrasto al lavoro irregolare*, Bari, 2007.
- Pizzoferrato, *Le fonti comunitarie*, in F. Carinci (diretto da), *Commentario*, Torino, 1998, XXIV.
- Pizzorusso, *Le fonti del Diritto del lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1990, p. 15.
- Proia, *Il contratto collettivo fonte e le «funzioni» della contrattazione collettiva*, in *Il sistema delle fonti*, cit., p. 112.
- Rescigno G. U., *Rapporto di diritto privato speciale o rapporto di diritto pubblico speciale?*, in *Lav. dir.*, 1993, p. 553.
- Rescigno P., *Intervento*, in *Il sistema delle fonti*, cit., p. 13.
- Ricciardi, *La contrattazione collettiva nelle pubbliche amministrazioni*, in *Lav. dir.*, 2004, p. 633.
- Roccella, *Manuale di Diritto del lavoro*, Torino, 2005, p. 39.
- Roccella, Treu, *Diritto del lavoro della Comunità europea*, Padova, 2007.
- Roccella, Aimo, Izzi, *Diritto comunitario del lavoro, Casi e materiali*, Torino, 2006.
- Romagnoli, *Commento all'art. 1*, in Ghezzi, Mancini, Montuschi, Romagnoli, *Lo Statuto dei lavoratori*, Bologna-Roma, 1972.
- Romagnoli, *La revisione della disciplina del pubblico impiego: dal disastro verso l'ignoto*, in *Lav. dir.*, 1993, p. 231.
- Romagnoli, *Il lavoro in Italia*, Bologna, 1995.
- Rusciano, *L'impiego pubblico in Italia*, Bologna, 1978.
- Rusciano, *Contratto collettivo e autonomia sindacale*, Torino, 2003.
- Salomone, *Il Diritto del lavoro nella riforma costituzionale*, Padova, 2005.
- Scarponi, *Rappresentatività e organizzazione sindacale*, Padova, 2005.
- Sciarra, *Norme imperative nazionali e europee*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2006, p. 39.
- Sciarra, *Viking e Laval: diritti collettivi e mercato del lavoro nel recente dibattito europeo*, in *Lav. dir.*, 2008.
- Simi, *Il favore dell'ordinamento giuridico per i lavoratori*, Milano, 1967.
- Simitis, *Il Diritto del lavoro e la riscoperta dell'individuo*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1990, p. 87.
- Speciale, *L'abrogazione della legge da parte del contratto collettivo*, in *Lav. pubb. amm.*, 1995, p. 123.

- Supiot, *Azione normativa, lavoro decente e sicurezza sociale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, p. 625.
- Tiraboschi, *A due anni dalla riforma Biagi del mercato del lavoro: quale bilancio?*, in Mariucci (a cura di), *Dopo la flessibilità, cosa?*
- Treu, *Politiche del lavoro*, Bologna, 2001.
- Tullini, *Inderogabilità e indisponibilità: i termini di un paradigma classico da rivisitare*, *Relazione*, Modena, 2008.
- Tursi, *Autonomia contrattuale e contratto collettivo di lavoro*, Torino, 1996.
- Tursi, *La pretesa «ultrattività» del contratto collettivo di lavoro e l'incerto statuto teorico dell'autonomia collettiva*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2003.
- Tursi, *È davvero necessaria una «rivoluzione maggioritaria»?*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, p. 299.
- Vallebona, *La nomofilachia accelerata della Cassazione sui contratti collettivi nazionali*, in *Diritto e libertà*, cit., p. 1806.
- Vardaro, *Contratti collettivi e rapporto individuale di lavoro*, Milano, 1985.
- Veneziani, *La Costituzione europea, il Diritto del lavoro e le icone della solidarietà*, in Ferrara, Pallini, Veneziani, *La Costituzione europea: quale futuro?*, Roma, 2006.
- Voza, *L'autonomia individuale assistita nel Diritto del lavoro*, Bari, 2007.
- Zoli, *Struttura della contrattazione e rapporti tra contratti collettivi di diverso livello*, in *Diritto e libertà*, cit.
- Zoppoli, *Contrattazione e delegificazione nel pubblico impiego*, Napoli, 1986.

Michele Miscione (*)

LA NON CONCORRENZA NEL CONTRATTO DI AGENZIA (**)

SOMMARIO: 1. Sintesi per principi. — 2. L'obbligo di «fedeltà» durante il rapporto. — 3. L'obbligo di fedeltà anche dopo la cessazione. — 4. La scarsa efficacia di fatto di non concorrenza. — 5. Concorrenza sleale per violazione del patto di non concorrenza. — 6. Lo «storno» di agenti. — 7. Giurisdizione italiana verso lo straniero Ce. — 8. Rito del lavoro.

1. — *Sintesi per principi* — I problemi di concorrenza per gli agenti di commercio nascono – ma non sempre è ricordato – dal fatto che tutti i vantaggi che derivano al committente dall'attività promozionale dell'agente, in particolare per avviamento e clientela, restano acquisiti al committente medesimo e fanno parte della sua «azienda», anche dopo l'estinzione del rapporto, tutelabili sempre contro ogni eventuale atto che li metta in discussione (1). Insomma, l'avviamento e la clientela sono «di proprietà» del committente, e non dell'agente. I vantaggi di avviamento e clientela, che derivano dall'attività promozionale svolta dall'agente, restano *acquisiti al committente* anche dopo l'estinzione del rapporto d'agenzia, come bene appartenente alla sua azienda, tutelabile contro eventuali atti di concorrenza sleale, pur se provenienti dall'agente stesso dopo l'estinzione del rapporto (2).

Questi beni sono tutelati in vario modo, prima e dopo la cessazione del rapporto d'agenzia.

Durante il rapporto, il problema si pone in particolare in caso di «esclusiva», che vieta altra attività nella stessa attività o in attività affine. Per il «monomandatario» il divieto è ovviamente più drastico.

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

(**) Lo scritto trae spunto da una *Relazione* al Convegno del 6 giugno 2008 in Udine, organizzato dal Centro Studi di Diritto del lavoro «Domenico Napoletano» (Sezione Friuli Venezia Giulia), su *Profili della cessazione del contratto di agenzia*.

(1) Cass. 2 aprile 1982, n. 2020, Renzacci c. Soc. Donini, in *Giur. dir. ind.*, 1983, 3.

(2) Cass. 18 agosto 2004, n. 16156, in *Mass. Giur. it.*, 2004.

Anche in mancanza di esclusiva, però, si pone ugualmente un obbligo di «fedeltà», per cui è vietato utilizzare per altri fini le notizie sull'organizzazione e sui metodi di produzione, strumenti, macchinari e, insomma, tutto quello che viene fornito dal preponente. Si pone anche un obbligo di «informazione» a svolgere un altro lavoro o a svolgerlo con prestanome o con parente che può presumersi tale.

Dopo la cessazione, ovviamente, l'agente è libero di intraprendere una nuova attività, utilizzando le conoscenze e le esperienze passate, ma – con discriminie di fatto non facile – resta sempre legato al dovere di «fedeltà» (in modo simile a quanto dispone l'art. 2105 cod. civ. per il lavoro subordinato) con il divieto di utilizzare le notizie, invenzioni, cose del precedente preponente (ricordo il famoso «elenco-clienti»). Si può dire però che, con un po' di prudenza, l'agente che inizi una nuova attività dopo la cessazione del rapporto non trova limiti precisi: basta che non utilizzi proprio tutto quel che aveva acquisito prima.

Per vincolare con certezza anche dopo la cessazione, può non essere sufficiente vietare l'utilizzazione di notizie e quel che riguardava il precedente preponente: non resta allora che vietare del tutto la stessa o simile attività, attraverso uno specifico patto di non concorrenza (art. 1751-*bis* cod. civ.).

Prima del 1991, mancava una disciplina specifica del patto di non concorrenza per gli agenti e si ricorreva al diritto comune (art. 2596 cod. civ.); tuttavia, dopo la sua istituzione con l'art. 1751-*bis* cod. civ. (3), il patto di non concorrenza è stato utilizzato poco (4), o meglio, come ve-

(3) L'art. 1751-*bis*, comma 1, cod. civ. è stato introdotto dall'art. 5 del d.lgs. 10 settembre 1991, n. 303 (inizialmente l'art. 1751-*bis* era composto solo dal comma 1), in attuazione della Direttiva n. 86/653/Cee del Consiglio del 18 dicembre 1986. I commi 2 e 3 sono stati aggiunti dall'art. 23, comma 1, legge 20 dicembre 2000, n. 422, sempre in attuazione della Direttiva n. 86/653/Cee. In base all'art. 23, comma 2, della legge n. 422/2000 «le disposizioni di cui al comma 1 [ora comma 2 dell'art. 1751-*bis*] si applicano esclusivamente agli agenti che esercitano in forma individuale, di società di persone o di società di capitali con un solo socio, nonché, ove previsto dagli Accordi economici nazionali di categoria, a società di capitali costituite esclusivamente o prevalentemente da agenti commerciali».

(4) Pret. Pinerolo, 24 febbraio 1996, in *Lav. giur.*, 1996, p. 757; Pret. Torino, 1° aprile 1996, Bacci e altri c. Soc. Sim programma Italia investimenti, in *Giur. piem.*, 1997, p. 219; Pret. Milano, 4 giugno 1998, Banca Fideuram c. Donia e altri, in *Giur. comm.*, 1999, II, p. 205, con nota di F. Bochicchio, *Patto di non concorrenza per il periodo successivo all'estinzione del rapporto di agenzia: l'art. 1751-bis c.c. non esaurisce la problematica*; Corte d'App. Torino, 11 maggio 2000, Soc. Ati c. Ottoboni, in *Lav. giur.*, 2000, p. 1075; Trib. Milano, 23 maggio 2003, Divisione Mutui Spa c. Artale, in

drò: una volta concluso il patto sorgono in concreto i tentativi per evitarne gli effetti, con seri dubbi di effettività. Gli agenti, per liberarsi dal vincolo, dicono ad esempio di andare a svolgere un'attività diversa anche se simile rispetto a quella vietata, oppure affermano di essere stati costretti a dimettersi per inadempimento del preponente. Altri hanno affermato (i promotori finanziari) che il patto di non concorrenza sarebbe illecito in quanto limiterebbe la libertà dei consumatori, impossibilitati a seguire l'agente che cambia preponente, facendo sorgere, in tal caso, seri dubbi sull'utilità pratica del patto di non concorrenza.

Comunque, il passaggio degli agenti ad altra attività potrebbe essere illecito se compreso in un «storno» quale atto di concorrenza sleale.

2. — *L'obbligo di «fedeltà» durante il rapporto* — Un obbligo di «fedeltà» deriva *non* dall'art. 2105 cod. civ. (che vale solo per il lavoro subordinato), ma dall'art. 1746 cod. civ. (5), che impone all'agente di tutelare gli interessi del preponente e di agire con lealtà e buona fede. Le somiglianze con il lavoro subordinato hanno portato a usare le stesse espressioni – ma le differenze restano – per cui il divieto di concorrenza durante il rapporto d'agenzia «rientra nel più generale dovere di fedeltà» che incombe al prestatore di lavoro subordinato come all'agente (6).

Il comma 1 dell'art. 1746 cod. civ. (7), introducendo espressamente il principio, dichiarato inderogabile, per cui l'agente deve tutelare gli interessi del preponente e agire con lealtà e buona fede, conferma implicitamente anche il principio di non concorrenza durante il rapporto, di-

DeL, 2003, p. 708, con nota di R. Scorcelli, *Contratto di agenzia e patto di non concorrenza*. L'unica sentenza di Cassazione (Cass. 1° febbraio 2005, n. 1889, in *Mass. giur. lav.*, 2005, n. 5, p. 418) riguarda solo un *obiter dictum* per un caso un po' anomalo, riformato dalla S.C., di applicazione dell'art. 1751-*bis* cod. civ. a fattispecie precedente alla sua entrata in vigore.

(5) M. G. Mattarolo, *Obbligo di fedeltà del prestatore di lavoro (Art. 2105)*, in P. Schlesinger (diretto da), *Il Codice Civile. Commentario*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 60.

(6) Cass. 11 dicembre 1985, n. 6252, De Bon c. Soc. Mako, in *Mass. Giur. it.*, 1985 (conseguentemente, la S.C. ha ritenuto che costituisca controversia di lavoro, la cui cognizione è devoluta al giudice del lavoro ex art. 409 cod. proc. civ., quella fondata sulla violazione, in costanza di rapporto, del suddetto obbligo contrattuale, lamentata per conseguire dall'agente il risarcimento dei danni; mentre ha ritenuto che rientrasse nella normale competenza per valore la controversia fondata sull'illecito *extra*-contrattuale per violazione del disposto dell'art. 2598 cod. civ. commessa dall'agente dopo la cessazione del rapporto contrattuale).

(7) Introdotto dall'art. 2 del d.lgs. 15 febbraio 1999, n. 65.

sposto espressamente dall'art. 1743 cod. civ. (8), e più in generale il divieto di concorrenza sleale *ex art.* 2598 cod. civ. (9). Inoltre, l'agente deve comunque astenersi da qualunque attività che possa nuocere il preponente, in particolare evitando di fornire alla concorrenza notizie riservate o passando uno o più affari.

Tuttavia, è stato ritenuto non illegittimo un «inizio di trattativa» consistente nel fornire alla concorrenza un preventivo (10); in altra circostanza, invece, è stata ritenuta illecita un'attività anche solo preparatoria rispetto alla realizzazione di interessi contrastanti con quello del committente, come la proposta di storno di agenti (11) o lo svolgimento di trattative con altri dipendenti per costituire una società destinata a operare nello stesso settore (12). È stata ritenuta in violazione dell'obbligo di «fedeltà» la costituzione di una società in accomandita semplice per affari in concorrenza del preponente (13).

È stato affermato che l'azione risarcitoria andrebbe proposta nei confronti della nuova società e non dell'agente che l'ha costituita (14); non

(8) «L'obbligo di non concorrenza è insito in quello d'esclusiva di cui all'art. 1743 cod. civ. sicché va esclusa ogni facoltà dell'agente di trattare non solo per conto di terzi, ma anche in proprio, affari in concorrenza con la casa preponente, se non ne sia stato espressamente autorizzato»: Pret. Roma, 5 maggio 1991, in *Temi rom.*, 1991, p. 156.

(9) Talvolta è stata escluso però che, durante il rapporto, possa configurarsi la concorrenza sleale dell'agente, in quanto tale responsabilità sarebbe ipotizzabile soltanto per fatti posti in essere dopo la cessazione: Trib. Torino, 13 aprile 1981, Soc. Elfin c. Soc. Cge, in *Giur. dir. ind.*, 1981, p. 427. Nel contratto d'agenzia il preponente e l'agente non possono essere considerati «imprenditori concorrenti», con la conseguenza che, nell'ipotesi di condotta illecita del preponente che comprime la sfera di attività dell'agente, quest'ultimo può far valere i propri diritti verso il preponente mediante un'azione di responsabilità contrattuale, ma non mediante un'azione di concorrenza sleale: Pret. Taranto, 7 aprile 1989, Soc. Tridentia Italia c. Unias assicuraz., in *Arch. civ.*, 1989, p. 993.

(10) Cass. 27 agosto 2003, n. 12555, Soc. Iron acciai speciali c. Bassi, in *Mass. Giur. it.*, 2003.

(11) Cass. 18 luglio 1987, n. 6342, in *Giur. it.*, 1988, I, I, p. 390, con osservazioni di M. Brollo.

(12) Cass. 5 aprile 1986, n. 2372, in *Not. giur. lav.*, 1986, p. 478; Cass. 1° giugno 1988, n. 8719, in *Foro it.*, 1990, I, 989, con nota di I. Marimpietri, *La «categoria» giurisprudenziale della fedeltà aziendale*; in *Mass. giur. lav.*, 1988, p. 663, con nota di A. Fontana, *Se il marito si serve della moglie per violare l'obbligo di fedeltà (quello, beninteso, previsto dall'art. 2105 c.c.)*, e in *Riv. it. dir. lav.*, 1988, II, p. 978, con nota di P. Tullini, *Su di una nozione di fedeltà*; Cass. 1° febbraio 1990, n. 659, in *Not. giur. lav.*, 1990, p. 602; Trib. Napoli 30 aprile 1990, in *Not. giur. lav.*, 1990, p. 838.

(13) Corte d'App. L'Aquila, 4 novembre 2002, in *Ag. & rappr.*, 3/2003, p. 31.

(14) Pret. Roma, 18 aprile 1997, Casta c. Soc. Adit, in *Lav. giur.*, 1997, p. 679.

credo invece che l'agente possa sfuggire anche da una sua responsabilità personale, perché tutti quelli che hanno partecipato all'attività illecita rispondono dei danni in via solidale (15).

L'attività, allo scopo di realizzare il comportamento illecito, può essere realizzata anche con un semplice collegamento, quando il terzo si inserisca stabilmente od occasionalmente nell'organizzazione economica (se non giuridica) dell'impresa concorrente attraverso gli ausiliari e i dipendenti (16).

Non c'è invece alcuna violazione all'obbligo di fedeltà nel fornire delucidazioni sulla propria gestione a un soggetto interessato alla costituzione di eguale agenzia collegata, mostrando i modelli prestampati, bozze di contratto o schede per dati e caratteristiche personali; ancor meno condannabile il soggetto che ricorra in giudizio temendo atti di concorrenza sleale, se ritenga di agire secondo il proprio diritto senza mala fede o colpa grave (17).

Il comma 1 dell'art. 1746 cod. civ. e l'art. 1743 cod. civ. non impediscono all'agente (o al subagente) di cercare soluzioni professionali alternative, che vengano in concreto a risultare pregiudizievoli per il preponente (come nel caso, non infrequente, dell'acquisizione di un'agenzia da parte di impresa in concorrenza con l'originario preponente). Tutto questo è lecito, perché ognuno può cercare una sistemazione migliore o comunque è libero di fare quel che vuole. Dopo la cessazione, perfino l'adozione globale della gamma dei prodotti già precedentemente commercializzati per conto del preponente non configura di per sé un'ipotesi di «concorrenza parassitaria» (18).

L'importante però è di non utilizzare in modo illecito *mezzi e modalità* ai fini dell'acquisizione o dell'esecuzione di una nuova attività, per rispetto dei principi generali e, in particolare, di quelli di correttezza e buona fede nell'esecuzione del rapporto (artt. 1175 e 1375 cod. civ.) o, al limite, delle regole sulla concorrenza sleale. Ad esempio, non può ri-

(15) Trib. Trento, 7 dicembre 1999, Saltuari c. Bedont e altri, in *Foro it.*, 2000, I, 2693.

(16) Cass. 16 aprile 1983, n. 2634, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1983, p. 1592.

(17) Corte d'App. Bologna, 18 febbraio 1998, T. F. c. M. M., in *Nuovo dir.*, 1999, p. 815, con nota di V. Santarsiere.

(18) Trib. Milano, 9 luglio 1979, Soc. Adg Parigi c. Soc. Liquigas it., in *Riv. dir. ind.*, 1981, II, p. 164 (la concorrenza «parassitaria» è stata esclusa per la mancanza del «ripercorrere passo passo» l'attività del concorrente, sì che a ogni nuova iniziativa facesse immediatamente e puntualmente seguito un'identica iniziativa da parte dell'imitatore).

tenersi scorretto il comportamento del subagente che, intenzionato a smettere con l'agente, vada a dirlo al preponente per proporgli di assumere un incarico diretto, sempre che non siano posti in essere mezzi di per sé scorretti (19).

L'obbligo imposto all'agente *ex* art. 1746 cod. civ. di fornire al preponente informazioni sulle condizioni di mercato nella zona assegnata, nonché ogni altra informazione utile per valutare la convenienza dei singoli affari (che si traduce nell'obbligo di informare, in generale, sullo sviluppo della concorrenza e sulle reali prospettive di penetrazione nel mercato), pur avendo carattere secondario e strumentale rispetto all'obbligo principale di promuovere la conclusione di affari, può assumere, in concreto, una rilevanza tale da giustificare, in caso di sua violazione, la risoluzione del rapporto per colpa dell'agente, come avviene quando – secondo la valutazione insindacabile del giudice di merito – l'omissione delle informazioni, o l'inesattezza di quelle fornite, siano suscettibili di provocare gravi conseguenze negative sull'andamento commerciale dell'impresa preponente (20).

Costituisce violazione dell'obbligo di «fedeltà» il comportamento dell'agente che, in costanza del rapporto, si attivi, ricorrendo anche alla *denigrazione*, per indurre alcuni dipendenti della società preponente a passare ad altra impresa concorrente (21). In caso di denigrazione tramite agenti, il preponente sarà responsabile solo provando che gli agenti abbiano agito su sua istigazione (22).

La violazione all'obbligo di «fedeltà» può essere realizzata, attraverso la pubblicità ai potenziali acquirenti, sia con affermazioni false, sia con divulgazione di circostanze o notizie vere, ma effettuata in maniera subdola o tendenziosa, in modo da implicare discredito e pregiudizio (23), oppure fornendo informazioni o documenti avuti indebitamente (24).

(19) Cass. 10 maggio 2006, n. 10728, C. W. c. G. P., in *Mass. Giur. it.*, 2006.

(20) Cass. 19 agosto 1996, n. 7644, Gasbarrini c. Soc. Mangimi Raggio di Sole, in *Lav. giur.*, 1997, p. 249.

(21) Trib. Roma, 12 marzo 2003 (ord.), P. M. Europe Spa c. Cavallo e altri, in *Giur. it.*, 2003, p. 1407, con nota di Cogo.

(22) Trib. Milano, 24 settembre 1990, Soc. Vev Inox c. Soc. Lavazza, in *Riv. dir. ind.*, 1993, II, p. 28. In senso analogo: Trib. Milano, 19 novembre 1981, Soc. Inzoli c. Soc. I-Elle, in *Giur. dir. ind.*, 1982, p. 317.

(23) Cass. 2 aprile 1982, n. 2020, cit.

(24) Cass. 1978, n. 1548. La fattispecie è simile alla «rivelazione e utilizzazione di segreti d'ufficio da parte degli impiegati dello Stato» *ex* art. 326 cod. pen. (nuovo testo dell'art. 15 del d.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3, sostituito dall'art. 28, legge 7

Può costituire violazione dell'obbligo di «fedeltà» anche l'invio, a clienti e agli agenti del concorrente, di una lettera circolare contenente un estratto del provvedimento dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato che dichiara ingannevole la pubblicità di quest'ultimo (25). È violazione sottrarre l'«elenco clienti» (26), prima o dopo la cessazione, così come «indurre alle dimissioni» gli agenti (27).

La concorrenza sleale da parte dell'agente è sanzionata dagli Accordi economici collettivi in vigore (art. 10, Aec 20 marzo 2002, e Aec 16 febbraio 2002) con la perdita della «indennità di risoluzione» accantonata nel FIRR. È anche ovvio che il tentativo di portare alla concorrenza la rete di vendita del preponente, anche se solo in parte riuscito, costituisce comportamento che legittima la risoluzione del contratto per giusta causa, senza indennità sostitutiva del preavviso né dell'indennità che si perde per colpa (28).

In modo speculare, è possibile che anche il preponente violi un suo obbligo di «fedeltà», come quando lo stesso preponente diffonda tra la clientela la notizia del proprio ingiustificato recesso dal rapporto d'agenzia a tempo determinato, arrecando in tal modo danno per il discredito all'agente (29). Tuttavia, non viola il suo obbligo di «fedeltà» il preponente che, essendosi riservata la facoltà di concludere affari diretti anche nella zona assegnata all'agente, suggerisca alla clientela di preferire l'acquisto diretto invece che per il tramite dell'agente (30).

3. — *L'obbligo di fedeltà anche dopo la cessazione* — L'obbligo di fedeltà resta dopo la cessazione del rapporto, almeno per un tempo ragionevole, anche senza uno specifico patto di non concorrenza. Ad esempio, è illegittimo (con possibile risarcimento del danno e azione

agosto 1990, n. 241): cfr. Cass. pen., Sez. VI, 4 marzo 1998, Balestri, in *Cass. pen.*, 1999, p. 1818.

(25) Trib. Napoli, 4 gennaio 1999, in *Giur. ann. dir. ind.*, 2000, p. 827.

(26) Corte d'App. Torino, 20 ottobre 1995, in *Giur. it.*, 1997, I, 2, p. 122.

(27) Corte d'App. Torino, 20 ottobre 1995, cit.

(28) Pret. Torino, 5 dicembre 1991, Boschetti c. Soc. Fida servizi fin., in *Giur. piem.*, 1992, p. 300. Si rinvia a F. Bortolotti, in F. Bortolotti, G. Bondanini, G. Floridia e F. Squassi, *Il contratto di agenzia commerciale*, I, Cedam, Padova, 2007, p. 151.

(29) Pret. Salò, 16 luglio 1980, Soc. Monfardini Imago c. Soc. coop. Nuova Reguitti, in *Giur. it.*, 1981, I, 2, p. 366, con nota di F. Tommaseo, *Rapporto di agenzia e atti di concorrenza sleale: note in margine a un provvedimento d'urgenza*.

(30) Cass. 26 gennaio 1996, n. 600, Mazzella c. Soc. Italmacchine, in *Mass. Giur. it.*, 1996.

cautelare) lo «sviamento della clientela» dell'agente che, utilizzando le notizie acquisite nel corso del cessato rapporto, contatti i vecchi clienti per proporre contratti con un nuovo preponente (31). Al riguardo, come si vedrà (in fondo), al processo per comportamento «infedele» dopo la cessazione del rapporto comportante sviamento di clientela è applicabile il rito del lavoro (32), anche perché la violazione deriva da obbligo sorto durante il rapporto e che continua a produrre i suoi effetti successivamente.

L'avviamento e clientela, che derivano dall'attività dell'agente, sono tutelabili, anche dopo l'estinzione del rapporto, con la conseguenza che lo sviamento di clientela posto in essere dall'*ex* agente, facendo uso delle *conoscenze riservate* acquisite nel precedente rapporto o comunque con *modalità* tali da non potersi giustificare alla luce dei principi di correttezza professionale, costituisce concorrenza sleale (art. 1598, n. 3, cod. civ.) oppure illecito *extra*-contrattuale (art. 2043 cod. civ.), ove manchi un collegamento tra l'autore del comportamento lesivo e l'imprenditore concorrente, con le conseguenze anche in tema di prova dell'elemento soggettivo dell'illecito ed eventualmente del rito processuale (33); lo stesso sviamento di clientela è fonte di responsabilità contrattuale ove sia posto in essere dall'agente durante il rapporto oppure in violazione del patto di non concorrenza inserito nel contratto di agenzia (34).

Spesso però la tutela è effimera, perché si utilizzano non tutte ma solo parte delle conoscenze riservate o perché ci si limita a un'opera «passiva» evitando quella «attiva» (come si vedrà più avanti a proposito del patto di non concorrenza): insomma, si riesce a camuffare abbastanza facilmente l'uso illecito dei beni aziendali. E allora qualcuno si è inventa-

(31) Trib. Mantova, 20 novembre 2003 (ord.), B. c. Il Mondo Assicurazioni e Riassicurazioni Spa, in *Gius.*, 2004, 4, p. 580 (nella specie l'agente non aveva provveduto a eliminare dall'elenco telefonico il riferimento alla sua qualità di agente dell'agenzia con la quale non intratteneva più rapporti).

(32) Cass., Sez. II, 23 aprile 1998, n. 4173, Soc. Shell Gas Italia c. Notarnicola, in *Mass. Giur. it.*, 1998. *Contra*, cfr., però, la giurisprudenza della nota successiva.

(33) Cass. 11 dicembre 1985, n. 6252, cit., e Cass., Sez. II, 6 novembre 2000, n. 14454, Soc. Areaconsult Sim c. Soc. Mediolanum, in *Mass. Giur. it.*, 2000, hanno dichiarato che rientrerebbe nella normale competenza per valore la controversia fondata sull'illecito *extra*-contrattuale per violazione del disposto dell'art. 2598 cod. civ. commessa dall'agente dopo la cessazione del rapporto contrattuale. L'affermazione è criticabile, in quanto l'obbligo di «fedeltà» successivo alla cessazione deriva sempre dal precedente contratto d'agenzia: si rinvia all'ultimo paragrafo, e *ivi* citazioni in nota.

(34) Cass. 18 agosto 2004, n. 16156, in *Mass. Giur. it.*, 2004.

to uno strumento drastico ai limiti della legittimità, ma efficace: un recesso senza preavviso «a sorpresa», in modo del tutto inaspettato, per impedire all'agente infedele di appropriarsi di fatto dei beni utilizzabili (come l'«elenco-clienti»). Il preponente sarà obbligato magari a pagare il preavviso, ma intanto con il recesso «a sorpresa» avrà tolto all'agente anche solo l'occasione di fare una copia dell'«elenco-clienti».

L'ex agente realizza una concorrenza sleale per confusione, per appropriazione di pregi e comunque per non conformità ai principi della correttezza professionale qualora, dopo la risoluzione del contratto di agenzia: a) usi siti *Internet* (tanto più se intestati all'ex preponente) dichiarandosi «agente generale per l'Italia» nel settore in cui opera il preponente stesso; b) utilizzi una sigla propria della concorrente; c) riproduca l'«elenco clienti» dell'ex preponente, indicandola come propria; d) riproduca fotografie tratte dal catalogo della concorrente (35).

Non costituisce illecito contrattuale né concorrenza sleale, invece, assumere un agente da impresa concorrente e sviluppare la propria attività con l'acquisizione dei clienti dell'impresa concorrente anche attraverso le conoscenze acquisite dall'agente, qualora quest'ultimo non sia vincolato da un patto di non concorrenza con la precedente impresa e non vi siano elementi che inducano a ritenere che l'agente abbia sfruttato la conoscenza delle condizioni contrattuali precedentemente praticate per stornare i clienti né abbia denigrato l'attività svolta dall'impresa con cui aveva cessato di collaborare (36).

4. — *La scarsa efficacia di fatto di non concorrenza* — L'obbligo di «fedeltà» può essere insufficiente per tutelare, dopo la cessazione del rapporto d'agenzia, la «proprietà» dell'avviamento e clientela del proponente: si usa allora il modo drastico di concordare uno specifico patto di non concorrenza (art. 1751-*bis* cod. civ.), per vietare del tutto la stessa o simile attività, anche in via occasionale e con qualsiasi contratto (37).

(35) Trib. Napoli, 8 agosto 1997, Soc. Pomicino c. Soc. Geredil e altri, in *Giust. civ.*, 1998, I, p. 259, con nota di Alberini, e in *Resp. civ. prev.*, 1998, p. 173, con nota di S. Sanzo, *Attività di concorrenza sleale posta in essere mediante comunicazioni pubblicitarie via Internet: qualificazione degli atti, corresponsabilità del titolare del «domain name» e problematiche connesse*.

(36) Trib. Verona, 11 marzo 2003, Paquali Beverages Srl c. Professional Drinks Srl e Pampalone, in *Gius.*, 2003, 20, p. 2319.

(37) G. Trioni, *Del contratto di agenzia (Art. 1742-1753)*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Zanichelli – Il Foro italiano, Bologna-Roma, 2006, p. 243. Conforme F. Bortolotti, *op. cit.*, p. 151. Cfr. anche M. G. Mattarolo, *Obbligo di fedeltà*

Prima dell'introduzione dell'art. 1751-*bis* cod. civ., alla clausola del contratto d'agenzia di limitazione dello svolgimento dell'attività dell'agente per il tempo successivo alla cessazione del contratto era applicabile *non* l'art. 2125 cod. civ., che regola il patto di non concorrenza stipulato nell'ambito di un rapporto di lavoro subordinato, ma l'art. 2596 cod. civ. (38) in quanto l'agente operava (e opera) come imprenditore (39).

I casi sono rari. Ad esempio, è stato affermato che aveva violato il patto di non concorrenza l'*ex* agente, che aveva continuato a presentarsi come mandatario dell'*ex* preponente acquisendo ordini per conto di un terzo e che, presumibilmente, aveva sottratto altri ordini svolgendo attività concorrenziale; la valutazione dei danni può essere effettuata equitativamente (40).

Tuttavia, i patti di non concorrenza, stipulati prima in base dell'art. 2596 cod. civ. e ora all'art. 1751-*bis* cod. civ., hanno avuto e hanno un'efficacia *di fatto* modesta, anche quando sia stata concordata una clausola penale (41). In particolare, le sentenze sull'art. 1751-*bis* cod. civ.

del prestatore di lavoro, cit., p. 66 (che giustamente comprende nel divieto di concorrenza anche i contratti di lavoro subordinato).

(38) Art. 2596 «(Limiti contrattuali della concorrenza) [1] Il patto che limita la concorrenza deve essere provato per iscritto. Esso è valido se circoscritto a una determinata zona o a una determinata attività, e non può eccedere la durata di cinque anni. [2] Se la durata del patto non è determinata o è stabilita per un periodo superiore a cinque anni, il patto è valido per la durata di un quinquennio». Cfr. anche E. Saracini e F. Toffoletto, *Il contratto d'agenzia* (Artt. 1742-1753), in P. Schlesinger (fondato da) e F. D. Busnelli (diretto da), *Il Codice Civile. Commentario*, III ed., Giuffrè, Milano, 2002, pp. 537 ss.

(39) Trib. Alessandria, 6 marzo 1989, Soc. imballaggi speciali c. Bertagnolli, in *Or. giur. lav.*, 1989, p. 389; Pret. Milano, 31 dicembre 1990, Rancan c. Soc. Programma Italia, in *Giur. dir. ind.*, 1991, p. 341; Cass. 24 agosto 1991, n. 9118, Albanesi c. Soc. Pacs, in *Mass. Giur. it.*, 1991; Cass., Sez. II, 6 novembre 2000, n. 14454, cit.; Trib. Padova, 7 dicembre 2004, in *Ag. & Rapp.*, 2005, n. 2, p. 25; Trib. Forlì, 12 gennaio 2005, Segafredo Zanetti Spa c. Morigi, in *Lav. giur.*, 2005, p. 289. *Contra* Corte d'App. Milano, 14 maggio 1996, in *Giur. dir. ind.*, 1996, p. 811. In senso parz. contrario Cass. 2 ottobre 1998, n. 9802, Ferrarini c. Canovi, in *Mass. Giur. it.*, 1998. Cfr. anche Cass. 24 luglio 1999, n. 8053, Aliata c. Soc. Gloria maglieria elastica, in *Mass. Giur. it.*, 1999.

(40) Trib. Alessandria, 6 marzo 1989, Soc. imballaggi speciali c. Bertagnolli, in *Or. giur. lav.*, 1989, p. 389.

(41) Cfr. Cass. 10 giugno 1993, n. 6471, Milan c. Soc. Ferrarini, in *Contratti*, 1993, p. 659, con nota di A. Giovati, *Divieto di cumulo tra azioni di adempimento e penale*, per cui, nel caso di stipulazione di clausola penale con cui si forfeitizza la somma che l'agente dovrà pagare a titolo di risarcimento del danno in caso di suo ina-

sono state rare e per questioni semplici (42), ma questo non è l'unico dato che prova la scarsa efficacia di fatto: sono indicativi i tentativi di elusione e soprattutto quelli di far dichiarare l'incompatibilità con il diritto dei «consumatori».

Il primo e più comune modo per eludere gli effetti dei patti di non concorrenza è quello di «camuffare» il successivo contratto con uno diverso rispetto a quello vietato, indicando oggetto o zone differenti (43) o etichettando il contratto con una generica «consulenza» o simili, o con

dempimento, il preponente non può richiedere il risarcimento in misura superiore nemmeno se eserciti l'azione di adempimento del contratto.

(42) Pret. Pinerolo, 24 febbraio 1996, cit. [ma in *Lav. giur.*, 1996, p. 757] (qualora il contratto non prevede limitazioni in rapporto a particolari categorie di clienti, ma si riferisce a tutti i potenziali contraenti nell'ambito di un settore geografico, il patto di non concorrenza potrà legittimamente avere analoga estensione); Pret. Torino, 1° aprile 1996, cit. [ma in *Giur. piem.*, 1997, p. 219] (l'art. 1751-bis cod. civ. stabilisce che il patto che limita la concorrenza da parte dell'agente dopo lo scioglimento del contratto di agenzia deve riguardare la medesima zona, clientela e genere di beni o servizi per i quali il contratto di agenzia era stato concluso; mentre la zona e il genere di beni o servizi costituiscono un elemento essenziale del contratto di agenzia, la definizione della clientela è invece rimessa alla volontà delle parti, che possono prevedere che l'attività promozionale debba indirizzarsi nei confronti di un sottoinsieme specificamente individuato, secondo un criterio discriminante dei potenziali acquirenti che teoricamente potrebbero altrimenti corrispondere a qualunque abitante della zona; il termine clientela usato dalla norma si riferisce non alla sola clientela costituente il portafoglio dell'agente, ma a tutti coloro sui quali l'agente poteva operare nei limiti del contratto di agenzia); Pret. Milano, 4 giugno 1998, cit. [ma in *Giur. comm.*, 1999, II, p. 205] (in specifico sull'intermediazione mobiliare, di cui si dirà); Corte d'App. Torino, 11 maggio 2000, cit. [ma in *Lav. giur.*, 2000, p. 1075] (non si può ritenere soddisfatto il requisito richiesto dall'art. 1751-bis cod. civ. dall'avere le parti fatto riferimento a un elenco di nominativi di clienti, perché tale elenco non consentirebbe di ritenere specificata la zona); Trib. Milano, 23 maggio 2003, cit. [ma in *D&L*, 2003, p. 708] (in materia di contratto d'agenzia, il patto di non concorrenza stipulato senza l'indicazione dei limiti territoriali previsti dall'art. 1751-bis cod. civ. deve intendersi circoscritto alla zona di competenza dell'agente nel corso del rapporto di agenzia); Trib. Vicenza, 28 settembre 2006 (ord.), Scalodi Air Srl c. Angonese, in *Rassegna di Giurisprudenza del lavoro nel Veneto*, 2006, n. 2, p. 93, con nota di G. Belligoli, *Il patto di non concorrenza ex art. 1751 bis c.c. (idem come Trib. Milano, 23 maggio 2003, cit., ma con la precisazione per cui l'indicazione oltre i limiti del contratto va ridotta da parte del giudice)*. L'unica sentenza di Cassazione [Cass. 1° febbraio 2005, n. 1889, cit. (ma in *Mass. giur. lav.*, 2005, n. 5, p. 418)] riguarda solo un *obiter dictum* sull'applicazione dell'art. 1751-bis cod. civ. a una fattispecie precedente la sua entrata in vigore).

(43) Giustamente si è osservato (Cass. 13 dicembre 1999, n. 13981, Schieppati c. Soc. Bi.Elle e Co., in *Or. giur. lav.*, 2000, I, p. 313, nota di Pollaioli) che l'identità di ramo di attività ex art. 1743 cod. civ. non può essere definita come identità assoluta di

un mero «procacciamento d'affari» (44). Ma è evidente o almeno molto probabile la simulazione, comunque con le normali difficoltà di prova.

Un altro modo utilizzato per eludere i vincoli del patto di non concorrenza è il recesso a causa dell'inadempimento del preponente, in quanto, se il recesso è imputabile e quindi in concreto necessario, sarebbe illogico il divieto di svolgere l'attività per altro preponente; sarebbe esercitabile l'eccezione di inadempimento (art. 1460 cod. civ.). In questo caso (come nell'altro di passaggio a contratto «diverso») dovrebbe essere anche mantenuto il diritto all'«indennità di natura non provvigionale». Se però il recesso fosse veramente imputabile al preponente, la liberazione dal vincolo del patto di non concorrenza sarebbe giusta.

In giurisprudenza si è verificato solo un caso opposto, di recesso in tronco da parte del preponente (e non dell'agente), per cui giustamente si è affermata la *non*-liberazione del vincolo di non concorrenza nel quadro della tutela *ex* art. 1460 cod. civ., in quanto il patto di non concorrenza fa costituire un distinto obbligo volto a scongiurare il pregiudizio all'integrità del patrimonio della preponente (45).

Il patto di non concorrenza dell'art. 1751-*bis* cod. civ. andò in profonda crisi, con generale sfiducia, quando fu dichiarato invalido per i promotori finanziari passati alla concorrenza per incompatibilità con il diritto dei «consumatori» (46): si disse allora che lo sviamento della clientela per il periodo successivo all'estinzione del contratto sarebbe stata opera non degli agenti, che non avrebbero compiuto opera «attiva» in favore del nuovo proponente, ma dei clienti che per scelta autonoma e libera avrebbero deciso di investire presso una nuova finanziaria continuando ad avvalersi dell'opera degli stessi promotori. Insomma, per dirla con un caso già esaminato, i promotori non avrebbero contat-

beni prodotti o commercializzati, come se bastasse a escluderla una qualsiasi differenza caratteristica dei prodotti dell'una impresa rispetto a quelli dell'altra: occorre aver riguardo ai soggetti, i quali, in un determinato contesto temporale e locale, possono o potranno rivolgersi all'una impresa piuttosto che all'altra.

(44) Trib. Trento, 7 dicembre 1999, cit.; Corte d'App. Cagliari, 12 gennaio 2000, in *Riv. dir. ind.*, 2001, II, p. 44.

(45) Trib. Ravenna, 10 aprile 2001, Soc. Parenti torrefazione c. Montefiori, in *Lav. giur.*, 2001, p. 860, con nota di D. Zavalloni, *Patto di non concorrenza ed eccezione di inadempimento nel contratto di agenzia*.

(46) La generale incompatibilità del contratto d'agenzia con il promotore finanziario è stata sostenuta, a quanto sembra (ma non ho avuto la possibilità di leggere), da V. Roppo, *Patto di non concorrenza e giusta causa* (convegno Anasf. di Milano 12 novembre 1999). Cfr. le critiche di E. Saracini e F. Toffoletto, *Il contratto d'agenzia*, III ed., cit., p. 546.

tato (47) ma sarebbero solo stati contattati dai vecchi clienti. Si disse anche, però, che il patto di non concorrenza dell'art. 1751-*bis* cod. civ. sarebbe in ogni caso nullo per violazione altrimenti del diritto della clientela di scegliere liberamente i promotori cui affidarsi (48).

Furono posti così due principi, uno generale e l'altro apparentemente più specifico per i promotori finanziari, ma in definitiva ugualmente generale. Il primo principio generale è che, nonostante il patto di non concorrenza *ex* art. 1751-*bis* cod. civ., gli agenti potrebbero passare alla concorrenza se si limitano solamente a trattare con la clientela del precedente preponente, senz'opera «attiva»: francamente non ha senso, perché in base al patto di non concorrenza è vietata qualunque attività, attiva o passiva. Il secondo principio è più sottile e, forse, ancor più distruttivo, nell'affermazione dell'invalidità comunque del patto di non concorrenza per rispetto della libertà della clientela, particolarmente legata ai promotori, che non potrebbe perdere il diritto di scelta personale. Il diritto a questa scelta, pur meritevole di tutela, non può però prevalere rispetto a un ordinato svolgimento dell'attività e soprattutto rispetto a interessi meritevoli secondo l'art. 1751-*bis* cod. civ.

Anche se il fatto ebbe dimensioni grandi, risulta pubblicata solo una sentenza negativa (49), senza altra eco e con immediato abbandono del contenzioso. Certamente, però, la notizia si diffuse e creò una generale sfiducia nel patto di non concorrenza *ex* art. 1751-*bis* cod. civ., destinato a un'efficacia veramente effimera secondo i principi di quell'unica sentenza.

La stessa disciplina dell'art. 1751-*bis*, comma 2, cod. civ., che comporta la corresponsione all'agente di una «indennità di natura non provvigionale» (50) *non* durante il rapporto ma solo «in occasione della cessazione» (51), contribuisce in definitiva a una scarsa effettività, in quanto la sua violazione comporta semplicemente la non riscossione di un'ul-

(47) Trib. Mantova, 20 novembre 2003 (ord.), cit.

(48) Pret. Milano, 4 giugno 1998, cit. [ma in *Giur. comm.*, 1999, II, p. 205, con nota di F. Boichicchio, cit.].

(49) Pret. Milano, 4 giugno 1998, cit.

(50) L'indennità avrebbe dunque natura riascitoria, esente da Iva: Nota dell'Agenzia delle Entrate del 17 dicembre 2001, n. 179539. Conforme G. Trioni, *Del contratto di agenzia*, cit., p. 248. Cfr. anche, ma per altra questione e comunque per il patto di non concorrenza dei lavoratori subordinati *ex* art. 2125 cod. civ.: Risoluzione n. 234/E del 10 giugno 2008 dell'Agenzia delle Entrate a Interpello *ex* art. 11, legge n. 212/2000.

(51) Sui criteri di quantificazione, cfr. F. Bortolotti, *op. cit.*, pp. 158 ss.

teriore somma e non la restituzione di quanto già percepito (52). E si sa che non percepire è molto più semplice che restituire, non solo psicologicamente (53).

Per la verità, l'unico modo per garantire l'efficacia del patto di non concorrenza (o dell'obbligo di non concorrenza in generale) è di ottenere immediatamente dal giudice un'inibitoria *ex art. 700 cod. proc. civ.* con divieto di continuare l'illecita attività concorrenziale, prima che si producano o si consolidino i suoi effetti (54); talvolta si è fatto uso in via analogica dell'*art. 2599 cod. civ.* relativo agli atti di concorrenza sleale (55). Al contrario, si è anche affermato che l'incoercibilità del provvedimento d'urgenza nei confronti di un *ex agente*, per violazione di patto di non concorrenza, renderebbe inammissibile l'inibitoria (56). Si può dire che l'inibitoria è non semplice né frequente, ma resta l'unica tutela veramente efficace.

La società preponente, beneficiaria del patto di non concorrenza, può chiedere in giudizio la cessazione della concorrenza anche con giudizio normale (57), oltre che con inibitoria immediata, ma con difficoltà simili.

Ancor più problematica la tutela risarcitoria, anche per le difficoltà di quantificazione del danno, per cui l'unica possibilità resta l'uso dell'equità (58) in base a criteri difficilmente individuabili. Per lo «storno», come si vedrà (par. 6.), il danno è stato calcolato in base all'incidenza sui ricavi per la concorrenza illecita, in rapporto alla mole della clientela acquisita e all'ammontare delle commissioni generate sugli affari (59): in concreto, però, una quantificazione resta difficile (60).

Il patto di non concorrenza, anche dopo la crisi profonda di cui si è visto relativa ai promotori finanziari, ha, di fatto, un'efficacia modesta.

(52) Come succede per il lavoro subordinato *ex art. 2125 cod. civ.*

(53) Anche se, di fatto, in casi del genere il nuovo preponente garantisce in qualche modo gli oneri economici, compresa l'eventuale penale.

(54) Ad esempio Pret. Salò, 16 luglio 1980, cit.; Trib. Ravenna, 10 aprile 2001, cit.; Trib. Vercelli, 12 luglio 2006, Torrefazione Mike c. Sara Caffè Srl, in *Giur. merito*, 2007, 2, 2, p. 313; Trib. Vicenza, 28 settembre 2006 (ord.), cit.

(55) Pret. Torino, 1° aprile 1996, Bacci e altri c. Soc. Sim programma Italia investimenti, in *Giur. piem.*, 1997, p. 219.

(56) Trib. Milano, 24 luglio 1995, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1995, p. 3336.

(57) Pret. Abbiategrasso, 8 febbraio 1994, in *Riv. dir. ind.*, 1995, p. 759.

(58) Trib. Alessandria, 6 marzo 1989, cit.

(59) Corte d'App. Milano, 27 novembre 1998, in *Riv. dir. comm.*, 2000, II, p. 1.

(60) Trib. Milano, 4 novembre 2005, Macquarie Bank Limited e altri c. Unicredit Banca per la Casa Spa, in *Giur. it.*, 2006, n. 7, p. 1436, con nota di Stefani.

Forse ha un'efficacia più per «emozione» che giuridica, perché chi l'ha stipulato ha comunque qualche paura in più di passare alla concorrenza e soprattutto la «paura del processo». Sembra di assistere a un gioco, con cui il preponente ha formalmente la «proprietà» della clientela e dell'avviamento, ma l'agente che ha creato quella clientela e quell'avviamento li ritiene sostanzialmente propri. Resta poi fondamentale che spesso la clientela conosce direttamente solo l'agente, di cui unicamente ha fiducia, e in caso di cambiamenti vuol restare con l'agente che conosce e non con il preponente, con cui non ha mai avuto rapporti e di cui magari quasi non conosce il nome. In questo gioco, tra forma e sostanza, al diritto finisce per restare efficacia solo di «emozione».

5. — *Concorrenza sleale per violazione del patto di non concorrenza* — Il diritto appresta però ulteriori strumenti di tutela: oltre il generale obbligo di «fiducia» e uno specifico patto di non concorrenza, è comunque repressa la concorrenza illecita da parte dell'agente di commercio, oltre il contratto, che arrivi al punto da commettere una concorrenza sleale *ex art. 2598, n. 3, cod. civ.*

In un punto per così dire intermedio fra lo specifico patto e il dovere generale si pone l'ipotesi in cui la concorrenza sleale, tenuta da un'impresa per sottrarre clienti a un concorrente, si realizza ed è provata per l'opera di un *ex* agente con violazione di un precedente patto di non concorrenza (61): insomma, la stessa violazione del patto di non concorrenza può provare la concorrenza sleale.

6. — *Lo «storno» di agenti* — Nella ricerca di effettività, spesso solo per «emozione», la tutela è realizzata anche oltre e a prescindere dal contratto. Si è già visto (par. 2.) come la violazione dell'obbligo di «fedeltà» — durante o dopo la cessazione del rapporto d'agenzia — normalmente costituisca anche concorrenza sleale *ex art. 2598 cod. civ.* (62): mentre la

(61) Pret. Salò, 16 luglio 1980, cit.; Trib. Vercelli, 12 luglio 2006, cit. Cfr. anche Trib. Cagliari, 21 settembre 1998, in *Riv. giur. sarda*, 1999, p. 491; Corte d'App. Cagliari, 12 gennaio 2000, cit.

(62) Art. 2598 cod. civ. «(Atti di concorrenza sleale) [1] Ferme le disposizioni che concernono la tutela dei segni distintivi e dei diritti di brevetto, compie atti di concorrenza sleale chiunque: 1) usa nomi o segni distintivi idonei a produrre confusione con i nomi o con i segni distintivi legittimamente usati da altri, o imita servilmente i prodotti di un concorrente, o compie con qualsiasi altro mezzo atti idonei a creare confusione con i prodotti e con l'attività di un concorrente; 2) diffonde notizie e apprezzamenti sui prodotti e sull'attività di un concorrente, idonei a determinare il discredito

violazione all'obbligo di «fedeltà» è considerato singolarmente con derivazione dal contratto, la concorrenza sleale è di solito oltre il singolo atto per derivazione *extra*-contrattuale, ma che può aggiungersi al contratto.

In presenza di più atti e comunque oltre eventuali obblighi contrattuali si può configurare la concorrenza sleale *ex art.* 2598 cod. civ., nota come «storno di agenti»: con lo «storno» si induce un agente ma più spesso un intero gruppo di agenti (o anche dipendenti) a passare alla concorrenza, per portare illecitamente l'avviamento e la clientela o altri beni aziendali. Lo «storno» è attuato dunque dall'impresa concorrente, ma con la connivenza degli agenti che cessano i precedenti rapporti (con disdetta o alla scadenza normale) per concludere nuovi contratti con la concorrente: nel caso di dichiarazione di illiceità, pertanto, restano le cessazioni dei vecchi contratti e le costituzioni dei nuovi, ma con il rischio di inefficacia in caso di ordine del giudice a cessare l'attività in concorrenza.

Per lo «storno» si richiedono due requisiti: la «consapevolezza» e l'«intenzionalità». È necessaria non solo la *consapevolezza* dell'idoneità dell'atto a danneggiare l'altrui impresa, ma anche la precisa *intenzione* di conseguire il risultato (cd. *animus nocendi*) (63). I problemi maggiori di prova riguardano l'«intenzionalità», per cui, nell'impossibilità di accertare l'interno volere, si ricorre a presunzioni semplici. Si afferma così che sussiste l'«intenzionalità» se, in base agli accertamenti compiuti dal giudice del merito e insindacabili in sede di legittimità, lo «storno» sia stato po-

to, o si approprii di pregi dei prodotti o dell'impresa di un concorrente; 3) si vale direttamente o indirettamente di ogni altro mezzo non conforme ai principi della correttezza professionale e idoneo a danneggiare l'altrui azienda».

(63) Cass., Sez. I, 20 giugno 1996, n. 5718, Soc. Tva e altri c. Bennati, *Dir. ind.*, 1996, con nota di F. Poletti, *La qualificazione oggettiva dello storno*, per cui perché lo storno possa essere qualificato come atto di concorrenza sleale non è sufficiente la mera consapevolezza dell'idoneità dell'atto a danneggiare l'altra impresa, ma è necessaria l'intenzione di conseguire tale risultato (cd. *animus nocendi*), che va ritenuta sussistente tutte le volte che lo storno sia posto in essere con modalità tali da non potersi giustificare alla luce dei principi di correttezza professionale, se non supponendo nell'autore l'intenzione di danneggiare l'impresa concorrente; Cass., Sez. I, 3 luglio 1996, n. 6079, Soc. Icm c. Soc. Tycon e altri, in *Giur. it.*, 1997, I, 1, p. 451, con nota di S. Sanzo, e in *Dir. ind.*, 1997, p. 35, con nota di P. Cavallaro, *Storno di dipendenti ed espansione di attività* (per cui il nucleo dell'illiceità dello storno è costituito dalla volontà di utilizzare le conoscenze tecniche acquisite dai dipendenti stornati presso il precedente datore di lavoro e dall'intento di accedere al mercato prima di quanto sarebbe possibile in base ai propri studi e ricerche); Cass., Sez. I, 25 luglio 1996, n. 6712, Soc. A. R. Elle c. Soc. Univer, in *Riv. dir. ind.*, 1997, p. 86, con nota di G. Tassoni, *Lo storno di dipendenti tra illecito concorrenziale e libertà del lavoro*, e in *Giur. it.*, 1997, I, 1, p. 452, con nota di S. Sanzo.

sto in essere con modalità tali da non potersi giustificare, alla luce dei principi di correttezza professionale, se non supponendo l'intento di danneggiare l'organizzazione e la struttura produttiva della concorrente (64). La consapevolezza potrebbe essere dedotta dal fatto che «non è possibile ignorare» che il comportamento avesse come scopo di danneggiare (65).

Talvolta, per dedurre l'«intenzionalità», si è valutato se il danno all'altrui azienda sia o non eccedente rispetto al normale pregiudizio derivante dalla semplice perdita di collaboratori in conseguenza della scelta di lavorare altrove («abnormità»); in particolare, sono stati ritenuti elementi idonei a denotare l'*abnormità* del reclutamento, che comporta «storno» illecito, il numero dei collaboratori contattati, il numero dei collaboratori effettivamente stornati, le loro particolari qualità professionali, la sussistenza di un patto di non concorrenza inserito nei contratti di agenzia relativo anche al periodo successivo allo scioglimento del contratto, la rilevanza degli effetti pregiudizievoli subiti dall'impresa aggredita (66). Per individuare il danno subito dallo «storno» si è guardato non solo il numero, quanto soprattutto le qualità professionali e il ruolo rivestito nell'organizzazione, dato che il pregiudizio sarà equivalente all'incidenza sui ricavi dell'impresa di provenienza dell'attività espletata da ciascuno degli agenti stornati, commisurata alla mole della clientela da essi acquisita e all'ammontare delle commissioni generate sugli affari (67). È stato tuttavia affermato che lo storno potrebbe assumere rilevanza diversa, se gli agenti assumessero nell'impresa stornante una colla-

(64) Cfr. le sentenze citate nella nota precedente. Cfr., inoltre, Cass. 21 novembre 1983, n. 6928, Soc. Cermac c. Ditta ceramiche Rometti, in *Giur. it.*, 1984, I, 1, p. 1704, che ha dichiarato il divieto di «storno» manifestamente non in contrasto con gli artt. 41 e 35 Cost., dato che la tutela costituzionale dei principi di libertà dell'iniziativa economica e del diritto al lavoro è subordinata alla non lesione dell'utilità sociale e di una corretta economia di mercato, cui risponde l'esigenza che la concorrenza fra gli imprenditori si svolga in modo leale. Per la giurisprudenza di merito: Trib. Torino, 16 maggio 1983, Soc. D. L. c. Soc. ind. naz. coloniali Segafredo, in *Giur. dir. ind.*, 1983, p. 609; Corte d'App. Milano, 13 maggio 1986, Soc. Mam c. Soc. Bruni, in *Giur. dir. ind.*, 1987, p. 189; Trib. Torino, 17 novembre 2006 (ord.), Soc. Lira c. Soc. Labour Company e altri, in *Giur. piem.*, 2007, 1, p. 76.

(65) Cons. Stato, Sez. VI, 30 agosto 2002, n. 4362, Abbott Spa e altri c. Autorità garante concorrenza e mercato e altri, in *Giur. it.*, 2004, p. 191, con nota di D. Bonaccorsi Di Patti, *Il Consiglio di Stato si pronuncia nuovamente in tema di sindacato giurisdizionale sui provvedimenti dell'Autorità Garante e di prova dell'illecito «antitrust»*.

(66) Trib. Cagliari, 21 settembre 1998, cit.; Corte d'App. Cagliari, 12 gennaio 2000, cit.

(67) Corte d'App. Milano, 27 novembre 1998, in *Riv. dir. comm.*, 2000, II, p. 1.

borazione solo quali procacciatori d'affari (68): in questi casi ci potrebbe essere, però, una simulazione.

Altre volte l'«intenzionalità» di recare pregiudizio all'impresa concorrente (*animus nocendi*) è stata dedotta da altri elementi, come: a) l'assenza di vincoli contrattuali fra le parti limitativi della concorrenza, b) l'antioriorità delle dimissioni rispetto alla costituzione della società concorrente, c) la mancanza di prova su pressioni o false rappresentazioni della realtà tali da condizionare la scelta di lasciare il proprio datore di lavoro e intraprendere una diversa attività lavorativa (69).

Lo storno è illecito per la slealtà dei mezzi usati, mentre gli agenti e dipendenti sono sempre liberi di cambiare lavoro e di optare per diverse e più favorevoli condizioni per migliorare le possibilità di carriera: non è allora sleale l'offerta di trattamenti migliori o di sistemazione professionale più soddisfacente, perché ogni imprenditore ha diritto di sottrarre dipendenti al concorrente con mezzi leciti (70).

Per la concorrenza sleale è sufficiente la potenzialità dell'atto medesimo a danneggiare l'azienda del concorrente, mentre è irrilevante il guadagno o profitto (71).

Può prospettarsi anche uno «storno» individuale, quale atto di concorrenza sleale, se un'impresa si avvalga di un agente della concorrente, in pendenza del relativo rapporto con esclusiva, al fine di distrarne i clienti in proprio favore: in tal caso può essere ordinato all'impresa che ha posto in essere l'atto, in via cautelare, di astenersi dall'utilizzare (direttamente o indirettamente) l'attività dell'agente per la promozione di propri prodotti (72). È illecito, come già accennato, l'avvalersi dell'opera di un *ex* agente di impresa concorrente, cui sottrarre clienti, con violazione del patto di non concorrenza stipulato anteriormente (73).

Anche contro lo storno, come per il patto di non concorrenza, l'unica tutela efficace è un'inibitoria immediata *ex art. 700 cod. proc.*

(68) Corte d'App. Cagliari, 12 gennaio 2000, cit.

(69) Trib. Novara, 15 settembre 2006, in Sito *NovaraIUS.it*, 2007.

(70) Trib. Torino, 23 marzo 2005 (ord.), Certex Spa c. F.A.S. Funi e Attrezzature per Sollevamento Spa e altri, in *Giur. it.*, 2005, p. 2304, con nota di A. Saraceno, *Brevi note in tema di storno di dipendenti e concorrenza sleale*; Trib. Gallarate, 15 luglio 2005 A. B. c. L. M. e altri, Massima redazionale in *CDRom Juris*, 2005.

(71) Corte d'App. Lecce, 17 luglio 1981, Greco c. De Vitis, in *Giur. dir. ind.*, 1981, p. 509.

(72) Trib. Torino, Sez. IX, 30 luglio 2007 (ord.), T. G. Spa c. M.d.C. Spa, Massima redazionale in *CdRom Juris*, 2007.

(73) Trib. Vercelli, 12 luglio 2006, cit.

civ. (74) o, più in specifico, *ex art.* 2599 cod. civ. (75) con possibilità di ordinare la pubblicazione della decisione (76).

Lo «storno» comporta (come la violazione del patto di non concorrenza) un danno di per sé difficilmente quantificabile e non suscettibile di adeguata monetizzazione: il danno va calcolato in base all'incidenza sui ricavi per la concorrenza illecita, in rapporto alla mole della clientela acquisita e all'ammontare delle commissioni generate sugli affari (77). In concreto, però, una quantificazione resta difficile (78) e l'unica possibilità resta l'uso dell'equità (79) in base a criteri opinabili.

7. — *Giurisdizione italiana verso lo straniero* Ce — Al fine del riscontro della giurisdizione del giudice italiano, in base alla Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968 (resa esecutiva con legge n. 804 del 1971), il criterio di collegamento del luogo in cui «l'obbligazione dedotta in giudizio sia stata o debba essere eseguita» (art. 5, n. 1, Convenzione citata) va riferito all'obbligazione su cui si basa la pretesa fatta valere dall'attore e il luogo di esecuzione va individuato secondo il diritto sostanziale applicabile in base al Diritto internazionale privato del giudice adito: di conseguenza va esclusa la giurisdizione del giudice italiano in relazione a una domanda proposta da un preponente italiano che, imperniando l'azione sull'accertamento dell'inadempimento – per assunta violazione del diritto di esclusiva e per illecita concorrenza – dell'obbligazione dell'agente francese che aveva trovato esecuzione in Francia, chieda la dichiarazione dell'insussistenza dell'obbligo a corrispondere all'agente qualsiasi indennità di fine rapporto e la condanna al risarcimento del danno.

In tal caso, dato che la *causa petendi* effettiva della domanda, rilevante sul piano della pregiudizialità logica dell'intera azione, deve ritenersi rappresentata dall'asserita risoluzione per inadempimento del

(74) Ad esempio Pret. Salò, 16 luglio 1980, cit.; Pret. Genova, 12 luglio 1989, cit.; Pret. Torino, 1° aprile 1996, cit.; Trib. Ravenna, 10 aprile 2001, cit.; Trib. Vercelli, 12 luglio 2006, cit.; Trib. Torino, Sez. IX, 30 luglio 2007 (ord.), cit.

(75) Pret. Torino, 1° aprile 1996, Bacci e altri c. Soc. Sim programma Italia investimenti, in *Giur. piem.*, 1997, p. 219; Trib. Milano, 4 novembre 2005, cit.

(76) Cass., Sez. I, 11 febbraio 2003, n. 1982, cit.; Trib. Milano, 6 novembre 1978, cit.; Trib. Bologna, Sez. IV, 4 luglio 2007 (ord.), cit.

(77) Corte d'App. Milano, 27 novembre 1998, in *Riv. dir. comm.*, 2000, II, p. 1.

(78) Trib. Milano, 4 novembre 2005, Macquarie Bank Limited e altri c. Unicredit Banca per la Casa Spa, in *Giur. it.*, 2006, n. 7, p. 1436, con nota di Stefani.

(79) Trib. Alessandria, 6 marzo 1989, cit.

contratto di agenzia per violazione del divieto di svolgere attività a favore di imprese concorrenti, assume rilievo precipuo per l'individuazione della giurisdizione il «luogo d'esecuzione dell'obbligazione» principale dell'agente (80).

8. — *Rito del lavoro* — Rientra nel rito del lavoro (prima competenza per materia) la domanda con cui il preponente, deducendo l'«infedele» comportamento dell'agente in costanza di rapporto, chieda il risarcimento del danno subito a causa dello sviamento della clientela provocato dal comportamento dell'agente: infatti la domanda riguarda la violazione dell'obbligo di «fedeltà», derivante dal rapporto d'agenzia, durante il rapporto o anche dopo la cessazione (81).

Il rito del lavoro *ex art.* 409, n. 3, cod. proc. civ. è applicabile anche alle controversie sulla violazione del patto di non concorrenza per il tempo successivo alla cessazione del rapporto d'agenzia, per cui è configurabile una responsabilità contrattuale, essendo tale clausola espressamente inserita nel contratto e collegata al pregresso rapporto e alla regolamentazione di interessi derivante dalla cessazione (82).

Al contrario è stato applicato il rito ordinario per una controversia fra società e amministratore su patto di non concorrenza con persona che al tempo stesso era amministratore e agente di commercio, dato che la qualità di consigliere d'amministrazione non implica di per sé la configurabilità di un rapporto di collaborazione *ex art.* 409, n. 3, cod. proc. civ., a nulla peraltro rilevando la sussistenza di un simile rapporto, considerato che l'art. 144-ter, disp. att. cod. proc. civ. (introdotto dal d.lgs. n. 51 del 1998) esclude la competenza del giudice del lavoro nelle controversie relative ad azioni di responsabilità promosse dalla società nei confronti dei suoi amministratori (83).

(80) Cass., Ss.Uu., 15 maggio 2006, n. 11093, Euro3Plast Srl c. B. R., in *Mass. Giur. it.*, 2006.

(81) Cass., Sez. II, 23 aprile 1998, n. 4173, cit. In precedenza, per la giurisprudenza di merito (durante il rapporto): Pret. Foligno, 20 ottobre 1987, Soc. ceramica artistica Assisi c. Castagnino, in *Arch. civ.*, 1988, p. 318. *Contra*, per la responsabilità dopo la cessazione, ma criticabile: Cass. 11 dicembre 1985, n. 6252, cit.; Cass., Sez. II, 6 novembre 2000, n. 14454, cit.

(82) Cass., Sez. II, 6 novembre 2000, n. 14454, cit.; Cass., Sez. II, 20 aprile 2001, n. 5901, Tubak Ekkehard c. Soc. Delikatessen Import, in *Corr. giur.*, 2001, 7, p. 860.

(83) Cass. 8 marzo 2001, n. 7814, Soc. Grizzly Italia c. Ganeo, in *Riv. it. dir. lav.*, 2002, II, p. 651, con nota di V. D'Oronzo, *Sul rito applicabile alle controversie fra società e amministratore*.

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 II (**)

6. — *Dall'analisi di contesto alla specifica disamina del lavoro in cooperativa* — Alla luce del quadro di riferimento appena illustrato, relativo ai profili di Diritto costituzionale e Diritto societario inerenti la cooperazione, si procederà, ora, alla disamina di alcuni aspetti della disciplina sostanziale delle prestazioni di lavoro rese dal socio lavoratore.

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

(**) La Parte I è stata pubblicata sul fascicolo n. 2/2008.

Il lavoro in cooperativa incontra le stesse difficoltà di inquadramento che sono emerse dal quadro giuridico precedente e, in definitiva, non è che un altro angolo visuale dal quale osservare i nodi irrisolti nella definizione della cooperazione e della mutualità. Che cosa si deve considerare cooperazione? Quali sono i suoi specifici tratti distintivi ovvero quale è l'identità della cooperazione? Quale è la «funzione sociale» che le è assegnata? In che cosa consistono la mutualità e lo scopo mutualistico? Si deve, ed eventualmente in che misura, prevedere per la cooperazione una disciplina *ad hoc*? Come appena rilevato, tali interrogativi si riverberano anche sulla valutazione giuridica delle prestazioni lavorative rese dal socio lavoratore di cooperativa, che a loro volta sono state, e sono tuttora, oggetto di un ampio ventaglio di opinioni dottrinali e giurisprudenziali, cui ha corrisposto – almeno sino alla legge n. 142/2001 – una sostanziale inerzia del legislatore, intervenuto di rado e solo su singoli aspetti disciplinari.

Compito dell'interprete è, tuttavia, quello (di cercare) di fornire un quadro coerente delle diverse disposizioni in materia di socio lavoratore: obiettivo reso, in questo caso, più difficile dalla necessità di conciliare il complesso intreccio normativo derivante dalla frequente sovrapposizione tra disciplina societaria e disciplina giuslavoristica. Si individueranno, inizialmente, i numerosi profili problematici emersi nella definizione della disciplina del socio lavoratore, rilevando quindi i diversi orientamenti dottrinali e giurisprudenziali di volta in volta proposti. All'esito di tale operazione ricognitiva si proporrà, quindi, un'interpretazione del dato normativo, il più possibile coerente con il dettato di cui all'art. 45 della Costituzione e con la disciplina societaria delle cooperative.

A quest'ultimo proposito, è bene nuovamente ricordare che, dopo l'entrata in vigore della legge n. 142/2001, è stata approvata la riforma del Diritto societario di cui al d.lgs. n. 6/2003. Conseguentemente la posizione del socio lavoratore – dopo che per decenni era stata regolata sostanzialmente solo tramite l'intervento della giurisprudenza e sporadici interventi legislativi dedicati a singoli istituti e, quindi, frammentari e parziali – si trova ora a essere disciplinata sia da una specifica legge (e dai decreti legislativi emanati in attuazione delle deleghe di cui agli artt. 4, comma 3, e 7 della legge n. 142), che da alcune disposizioni della nuova normativa codicistica che hanno particolare attinenza con la posizione del socio lavoratore (si pensi, nello specifico, alle disposizioni in materia di rapporto mutualistico, di ri-

storni, di partecipazione democratica alla gestione della società e di esclusione del socio), oltre che dall'art. 83 del d.lgs. n. 276/2003 in materia di certificazione del regolamento interno.

La ricerca sarà, quindi, prevalentemente rivolta alla disamina della posizione del socio lavoratore di cooperativa dopo tale consistente processo di riforma del Diritto cooperativo, senza tralasciare tuttavia una preliminare e sintetica ricostruzione dedicata al quadro di riferimento in materia di prestazioni lavorative rese dal socio lavoratore prima dell'approvazione della legge 3 aprile 2001, n. 142.

7. — *Il quadro di riferimento in materia di prestazioni lavorative rese dal socio lavoratore prima dell'approvazione della legge 3 aprile 2001, n. 142* — In questo paragrafo ci si concentrerà sui diversi profili ricostruttivi e sulle numerose (e spesso divergenti) opzioni interpretative proposte — prima dell'approvazione della legge n. 142/2001 — dalla dottrina e dalla giurisprudenza in merito alla natura giuridica del rapporto tra socio lavoratore e cooperativa e alla regolamentazione del lavoro in cooperativa nell'alternativa fra unicità del rapporto associativo ovvero cumulo fra rapporto associativo e rapporto di lavoro (1).

L'approvazione della legge n. 142 rappresenta, peraltro, il primo intervento legislativo organico e specificamente dedicato alla disciplina della figura del socio lavoratore di cooperativa. Prima dell'introduzione di tale normativa, si è registrata nel corso degli anni solo un'estensione selettiva — a opera della legge o, più raramente, per intervento della giurisprudenza — in favore del socio lavoratore di singoli istituti propri del lavoro subordinato [orario di lavoro, intervento straordinario di integrazione salariale, procedure di mobilità e riduzione del personale (2), iscrizione alla lista speciale di mobilità senza indennità (3), sicurezza e salute sul luogo di lavoro, garanzia di crediti di lavoro in caso di insolvenza del datore di lavoro, trattamenti di disoccupazione], oltre che della competenza del giudice del

(1) Cfr. A. Bassi, *Delle imprese cooperative...*, op. cit., pp. 97-98, ove ampi riferimenti dottrinali e giurisprudenziali; S. Palladini, *Il lavoro nelle cooperative oltre il rapporto mutualistico*, Padova, 2006, spec. capitolo I.

(2) Art. 8, comma 2, legge n. 236/1993. Sui problemi interpretativi posti da tale normativa, vedi C. Zoli, *Cooperativa di lavoro e tutela del socio*, in *Lav. giur.*, 1994, pp. 105 ss.

(3) Art. 4, comma 1, legge n. 236/1993. Vedi, però, Cass. 26 marzo 1999, n. 2852, in *Guida lav.*, n. 19/1999, p. 25, secondo cui l'indennità di mobilità spetta anche ai soci di cooperative di lavoro.

lavoro (4), di alcune norme di Diritto tributario e, sin dall'inizio del Novecento, di molte di quelle inerenti la tutela previdenziale (5).

Secondo la giurisprudenza costituzionale (6) e la dottrina prevalente proprio l'esplicita estensione di singole tutele proprie del lavoro subordinato – spiegabile, in realtà, con l'esigenza di garantire anche al socio la tutela di fondamentali valori costituzionali, al di là dell'esistenza di un vero e proprio rapporto di lavoro subordinato – conferma «l'impossibilità di una completa equiparazione per i soci» (7) e l'incompatibilità tra il rapporto del socio e un contestuale rapporto di lavoro subordinato. Inoltre, la giurisprudenza di legittimità (8) e quella di merito largamen-

(4) L'affermazione della competenza giurisdizionale del giudice del lavoro per le controversie tra socio lavoratore e cooperativa è acquisizione piuttosto recente. Dopo che per anni era stata affermata la competenza del giudice ordinario, Cass., Ss.Uu., 30 ottobre 1998, n. 10906, in *Lav. giur.*, 1999, p. 35, con commento di G. Mannacio, *Controversie del socio lavoratore e competenza del giudice del lavoro*, ha ritenuto che «alla graduale estensione al socio cooperatore della tutela sostanziale propria del lavoratore subordinato deve corrispondere una analoga estensione della tutela processuale, con individuazione del giudice competente per materia nel pretore del lavoro, sol che si controverta dell'impegno lavorativo del socio di cooperativa, vuoi in regime di subordinazione, vuoi in regime di parasubordinazione».

(5) In tema: M. Biagi, *Profili ricostruttivi della tutela previdenziale del socio-lavoratore nelle cooperative di produzione e lavoro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1979, pp. 739-767, ove un'ampia rassegna degli interventi legislativi che hanno esteso ai soci lavoratori di cooperativa determinate tutele previdenziali.

(6) Vedi, in particolare, Corte Cost., 12 febbraio 1996, n. 30, in *Giur. it.*, 1996, I, c. 389, ove si afferma che le norme che estendono al socio lavoratore alcune discipline protettive «riguardano aspetti della tutela del lavoro che non presuppongono il concetto stretto di subordinazione proprio del contratto di lavoro, ma hanno una *ratio* di tutela della persona del lavoratore comprendente tutti i casi di lavoro prestato, a qualunque titolo, in stato di subordinazione tecnico-funzionale, e quindi non solo la prestazione del socio di una società cooperativa di lavoro, ma anche la prestazione del socio d'opera di una società lucrativa di persone e dell'associato in partecipazione con apporto di lavoro».

(7) Così C. Zoli, *Cooperativa di lavoro...*, *op. cit.*, p. 106. Nello stesso senso: A. Vallebona, *Il lavoro in cooperativa*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1991, I, pp. 292-293.

(8) Cfr., e *plurimis*, Cass. 13 gennaio 1996, n. 221, in *Mass. Giust. civ.*, 1996, p. 35: «le prestazioni del socio, rese in esecuzione del patto sociale e in relazione alle finalità istituzionali dell'ente cooperativo, integrano adempimento del contratto societario e non sono riconducibili, per la mancanza di due distinti e antagonisti centri d'interesse, a un rapporto di lavoro subordinato»; Cass. 24 dicembre 1997, n. 13030, in *Riv. it. dir. lav.*, 1998, II, p. 837, con nota di E. Gragnoli, *Recenti orientamenti normativi sull'esclusione del socio lavoratore di impresa cooperativa*; Cass. 9 marzo 2004, n. 4799, in *q. Riv.*, 2005, II, p. 295, con nota di B. Clemente, *Ancora sulla controversa qualificazione giuridica del rapporto tra cooperativa e socio lavoratore: un falso revirement della giurisprudenza*.

te maggioritaria, nonché parte consistente e autorevole della dottrina, sono attestate sul riconoscimento di un rapporto di lavoro tra socio lavoratore e cooperativa solo nel caso in cui le prestazioni risultino del tutto estranee all'oggetto sociale, ai fini istituzionali della società e al rapporto associativo, ovvero celino, in considerazione delle effettive modalità di svolgimento, un rapporto di lavoro subordinato dissimulato sotto le apparenze di un rapporto associativo (9), ovvero ancora l'instaurazione di un rapporto di lavoro subordinato fra socio e cooperativa sia consentita dallo statuto.

Questi indirizzi di fondo nella disciplina della posizione del socio lavoratore rispondono, del resto, al ritenuto assorbimento delle prestazioni lavorative – qualificate alternativamente come conferimento o, con minore frequenza, prestazioni accessorie *ex art.* 2345 cod. civ. (10) (richiamato dall'art. 2516 cod. civ., entrambi nel testo anteriore al d.lgs. n. 6/2003) – nell'ambito del rapporto associativo quale adempimento del contratto sociale (11) e al riconoscimento dei profili di specialità

(9) Cfr. L. Di Paola, *Società cooperative: il legislatore si pronuncia sulla posizione del socio lavoratore*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2001, p. 911, secondo il quale lo statuto del lavoratore subordinato ha trovato significativa applicazione nella zona (patologica) dell'utilizzo fraudolento dello schema cooperativo, previo accertamento giudiziale – fondato a giudizio di alcuni giudici di merito su determinati indici spia (esclusione del socio dalla partecipazione alle deliberazioni sociali, rigorosa sottoposizione alle direttive della cooperativa, corresponsione della retribuzione in maniera fissa, mancata partecipazione agli utili) – dell'insussistenza, in capo al socio, di quei poteri caratterizzanti la specificità e l'effettività del ruolo, secondo il consueto atteggiarsi del rapporto associativo. Vedi, inoltre, il caso particolare del divieto di interposizione posto dall'art. 1, legge n. 1369/1960, anche in capo alle cooperative e ritenuto applicabile ai soci lavoratori. Sul punto M. T. Carinci, *La fornitura di lavoro altrui*, in P. Schlesinger (diretto da), *Il Codice Civile. Commentario*, Milano, 2000, pp. 75-80 e pp. 137-138. In giurisprudenza, recentemente, Cass. 18 maggio 2006, n. 11678, in *Mass. Giust. civ.*, 2006, fasc. 5; Cass. 8 febbraio 2007, n. 2739, in *Bollettino ADAPT*, n. 15/2007; Trib. Milano, 17 maggio 2007, in *Bollettino ADAPT*, n. 24/2007, in relazione a controversie cui erano ancora applicabili le disposizioni della legge n. 1369/1960.

(10) Fortemente critico rispetto alla qualificazione delle prestazioni lavorative rese dal socio lavoratore quali prestazioni accessorie è A. Bassi, *Delle imprese cooperative...*, *op. cit.*, pp. 76-77 e pp. 453-456. Questo Autore, infatti, rileva che le prestazioni lavorative dei soci sono, nelle cooperative di lavoro, tutt'altro che accessorie, in quanto essenziali per il conseguimento dell'oggetto sociale quanto e forse più del conferimento di denaro.

(11) Vedi, per esempio, Corte Cost., 30 dicembre 1998, n. 451, in *Foro it.*, 2000, I, c. 1094, ove si ricorda che la giurisprudenza costituzionale e la giurisprudenza di legittimità assolutamente prevalente collocano le prestazioni lavorative rese dal socio lavoratore di cooperativa nell'ambito di un rapporto a struttura associativa.

propri del lavoro cooperativo, da inquadrare nella cooperazione a carattere di mutualità e senza fini di speculazione privata di cui all'art. 45 Cost., e non nell'insieme delle disposizioni penetranti e protettive di cui agli artt. 35-38 Cost. (12).

Nonostante dottrina giuscommercialistica particolarmente autorevole (13) sostenga in linea generale una duplicità di rapporti in base alla quale al rapporto associativo – che si sostanzia nello scambio tra conferimento e qualità di socio – si affianca un ulteriore rapporto di scambio, 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), si afferma, nella giurisprudenza largamente maggioritaria, la natura esclusivamente associativa del rapporto tra socio lavoratore e cooperativa.

In particolare, la giurisprudenza costituzionale ritiene che, «a differenza del prestatore di lavoro definito dall'art. 2094 cod. civ., il socio lavoratore di una cooperativa di lavoro è vincolato da un contratto che, se, da un lato, lo obbliga a una prestazione continuativa di lavoro in stato di subordinazione rispetto alla società, dall'altro, lo rende partecipe dello scopo dell'impresa collettiva e corrispondentemente gli attribuisce poteri e diritti di concorrere alla formazione della volontà della società, di controllo sulla gestione sociale e infine il diritto a una quota degli utili» (14). Tale inquadramento delle prestazioni lavorative rese dal socio è, peraltro, soggetto a forti tensioni, sia in ragione di alcuni ricorrenti

(12) Secondo M. De Luca, *Il socio lavoratore...*, op. cit., cc. 235-236, dalla qualificazione unicamente associativa del rapporto tra socio e cooperativa derivava la legittima esclusione di un rapporto di lavoro (anche) subordinato tra socio e cooperativa. Di conseguenza, non si poteva nemmeno astrattamente ipotizzare, nella legislazione anteriore alla legge n. 142/2001, la violazione delle garanzie costituzionali a tutela del lavoro subordinato, come detto, «legittimamente escluse».

(13) Vedi, in particolare, F. Galgano, *Mutualità e scambio...*, op. cit., pp. 1051-1055. Per riferimenti più ampi vedi *supra* il paragrafo 5.

(14) Così Corte Cost., 12 febbraio 1996, n. 30, cit., che rintraccia la subordinazione in senso stretto di cui all'art. 2094 cod. civ. laddove siano compresenti due condizioni: «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». Cfr., in dottrina, P. Ichino, *Il contratto di lavoro*, I, in A. Cicu, F. Messineo (già diretto da) e L. Mengoni (continuato da), *Trattato di Diritto civile e commerciale*, XXVII, 2, Milano, 2000, p. 372, secondo cui «un tipo legale a sé stante di lavoro subordinato (distinto da quello di cui all'art. 2094 cod. civ. essenzialmente per la diversa struttura del nesso causale tra prestazione lavorativa e retribuzione) può essere utilmente ravvisato [...] nel rapporto tra socio-lavoratore e cooperativa di produzione».

contrasti giurisprudenziali, sia a causa della sua ritenuta inadeguatezza nel riuscire a individuare e sanzionare le forme di falsa cooperazione, che attraverso l'utilizzo del rapporto associativo eludono le norme imperative in materia di lavoro subordinato.

Nella dottrina giuslavoristica – che per la verità, tranne rare eccezioni, non pare dedicare molta attenzione all'argomento (15) – si assiste al confronto tra tesi contrastanti e non facilmente conciliabili tra loro.

Da un lato c'è l'opinione – più risalente nel tempo e che ha trovato riscontro in alcune pronunce della giurisprudenza – di chi ritiene che «ove l'obbligo di prestare il lavoro sia statutariamente imposto ai soci come tali per l'attuazione dell'oggetto sociale, si è alla presenza di una prestazione accessoria soggetta alla disciplina dell'art. 2345; mentre qualora l'atto costitutivo non disponga al riguardo, tra la cooperativa e i soci che intendono fruire dell'attività sociale al fine di realizzare il cd. vantaggio mutualistico si instaura, di necessità, un rapporto contrattuale "esterno" (rispetto alla causa del contratto sociale) il cui contenuto – in quanto attinente al tipo particolare di cooperativa in discorso – è quello proprio del rapporto di lavoro» (16).

V'è poi la tesi di chi, diversamente, ritiene necessario configurare «non un unico rapporto a natura societaria, dove sia confusa, come elemento complementare e accessorio, la prestazione di lavoro, ma due rapporti distinti: uno sociale diretto a creare un'impresa che procuri lavoro ai soci e assicuri agli stessi la ripartizione del guadagno, l'altro di mera prestazione di lavoro retribuito e subordinato alle dipendenze della cooperativa» (17). La medesima autorevole voce dottrinale ritiene, peraltro, impraticabile una tutela del socio in tutto identica a quella del semplice lavoratore e precisa che si deve piuttosto «parlare di un *rapporto di lavoro cooperativo*, risultante dalla combinazione di due separati e autonomi contratti (di società cooperativa e di lavoro

(15) L'osservazione è di M. Biagi, *Mutualità e conflitto in cooperativa fra contrattazione collettiva autonoma e dinamica sindacale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1984, I, pp. 594-596.

(16) U. Romagnoli, *La prestazione di lavoro nel contratto di società*, Milano, 1967, pp. 236-237.

(17) M. Biagi, *Cooperative e rapporti di lavoro*, Milano, 1983, specialmente pp. 127-149, ma alcune delle linee fondamentali di questa tesi sono anticipate già in Idem, *Profili ricostruttivi...*, op. cit., specialmente pp. 748-752, e, ancor prima, in Idem, *Cooperative di produzione e lavoro e Statuto dei lavoratori*, in *Giur. comm.*, 1975, II, pp. 473-502, ove si ritiene necessaria, nell'ambito di un'«opera di smitizzazione dell'impresa cooperativa», la configurabilità tra impresa e socio d'opera anche di un rapporto di lavoro subordinato.

subordinato): tale rapporto, strumentale alla realizzazione del fine mutualistico di assicurare migliori condizioni di lavoro, [...], risente, per quanto concerne la disciplina applicabile, dell'influenza esercitata dal coesistente profilo societario, così da segnalarsi come *rapporto di lavoro speciale*» (18).

In posizione, in un certo senso, intermedia si pone poi la dottrina che, facendo leva sul riconoscimento al socio lavoratore della qualità di contraente debole e sul carattere continuativo e coordinato della sua prestazione, propone la sua inclusione nella categoria dei lavoratori parasubordinati (19). Tale inquadramento consente l'applicazione, in quanto compatibile con la disciplina propria del rapporto sociale, della disciplina della parasubordinazione (artt. 2113, 2049, 2126, 2949, n. 4, cod. civ.; art. 429, u.c., cod. proc. civ.) e in ogni caso della disciplina del processo del lavoro.

Più recentemente, infine, si rileva che la disciplina del lavoro in cooperativa non può essere acriticamente appiattita su quella del lavoro subordinato, trattandosi di modelli profondamente diversi, e viene ribadita l'esattezza dell'originaria e lineare qualificazione del lavoro del socio come conferimento societario (20).

Sul rapporto tra contratto di società e (eventuale) contratto di lavoro si interroga, del resto, anche la dottrina giuscommercialistica, che – come già rilevato (21) – lucidamente osserva come la questione non vada posta tanto in termini di unicità o duplicità del rapporto, ma debba essere affrontata «in termini di *collegamento* negoziale, chiedendosi se e fino a che punto i profili associativi del rapporto modifichino la normale struttura e la funzione del contratto di lavoro subordinato, indagine che potrebbe portare anche alla ricostruzione di

(18) M. Biagi, *Cooperative e rapporti di lavoro*, op. cit., p. 415.

(19) G. Santoro Passarelli, *Il lavoro «parasubordinato»*, Milano, 1979, pp. 141-146, che aggiunge: «L'inclusione del socio di cooperativa di lavoro nella categoria della parasubordinazione rende irrilevante la derivazione del rapporto di lavoro da un contratto di società perché la condizione di debolezza contrattuale del socio cooperatore e il carattere continuativo coordinato della sua prestazione di lavoro diventano dato di qualificazione giuridica del complesso rapporto intercorrente tra socio e cooperativa. Si superano così il problema dell'accertamento del carattere subordinato in senso tecnico della prestazione e la rigida alternativa tra l'applicazione integrale della relativa disciplina e quella non protettiva della società cooperativa nei confronti dei soci cooperatori».

(20) A. Vallebona, *Il lavoro...*, op. cit., pp. 291-299. Nello stesso senso C. Zoli, *Cooperativa di lavoro...*, op. cit., pp. 105-106.

(21) Vedi *supra* nel paragrafo 1.

un nuovo peculiare rapporto, che andrebbe a innestarsi sul contratto di società» (22).

A tale proposito, un altro autorevole studioso della disciplina societaria delle cooperative pone in rilievo «il collegamento fra la causa mutualistica del contratto sociale e la causa del contratto di scambio che incide, se non sull'aspetto causale di quest'ultima vicenda contrattuale, quanto meno sui contenuti del contratto medesimo», aggiungendo che come «criterio ermeneutico si può ritenere che il contratto di scambio tende a identificarsi con ipotesi contrattuali tipiche quando la cooperativa opera sul mercato indifferentemente con soci e terzi offrendo a costoro una prestazione sostanzialmente identica. Quanto più ci si allontana da questo modello di mutualità cd. esterna, tanto più assume rilievo il collegamento con il vincolo sociale che può colorare, più o meno intensamente, con contenuti e finalità particolari il rapporto di scambio, che assume, quindi, connotati atipici» (23). Lo stesso Autore, con specifico riferimento allo scambio mutualistico nelle cooperative di produzione e lavoro, ritiene, quindi, che «non vi è alcun dubbio che in una grande cooperativa di produzione ispirata alla cd. mutualità esterna, che mira a tutelare il lavoro in sé, il parametro minimo di riferimento non possa che essere il rapporto subordinato. Non è così invece per una piccola società cooperativa di lavoro in cui l'obiettivo mutualistico può anche consistere nell'ottenimento di prestazioni saltuarie e/o di mera sussistenza e dove, per la semplicità dell'organizzazione dei fattori produttivi, la remunerazione del socio si identifica con gli utili della società, che è, a sua volta, gestita direttamente dagli stessi lavoratori soci» (24).

A tali riflessioni si aggiunge il consistente dibattito, emerso sia a livello dottrinale che di politica legislativa in particolare nella seconda metà degli anni novanta, in merito alle «nuove frontiere del Diritto del lavoro ovvero il Diritto dei lavori» (25), che riflette sulla crescita – a fianco del rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato – dei rapporti di lavoro flessibile, delle collaborazioni coordinate e continuative, delle forme di lavoro associativo e nelle organizzazioni

(22) Così testualmente A. Bassi, *Delle imprese cooperative...*, op. cit., p. 102.

(23) Entrambe le citazioni da G. Bonfante, *Delle imprese cooperative...*, op. cit., rispettivamente p. 101 e p. 102.

(24) Così G. Bonfante, *Delle imprese cooperative...*, op. cit., pp. 123-124.

(25) G. Santoro Passarelli, *Le nuove frontiere del Diritto del lavoro ovvero il Diritto dei lavori*, in *Arg. dir. lav.*, pp. 233 ss.

non profit (26). Del resto, in modo non casuale, la proposta di procedere alla riforma della disciplina giuridica del socio lavoratore di cooperativa viene formulata contestualmente all'elaborazione delle iniziative legislative note come «Statuto dei lavori» e «progetto Smuraglia», entrambe poi arenatesi nel corso della XIII legislatura (27).

Nello stesso periodo si registrano l'approvazione dell'art. 24 della legge n. 196/1997 (che estende ai soci lavoratori alcune misure di garanzia dei crediti in caso di insolvenza del datore di lavoro e di sostegno del reddito) (28), diverse pronunce della Corte Costituzionale (29) e della Cassazione (30) che suscitano un ampio e vivace dibattito e un rinnovato interesse dottrinale per il lavoro in cooperativa, con particolare riguardo alla *vexata quaestio* della qualificazione giuridica del rapporto tra socio lavoratore e cooperativa di produzione e lavoro (31).

(26) Su tale dibattito vedi M. De Luca, *Nuove forme di lavoro (oltre la subordinazione e l'autonomia)*, in *Foro it.*, 1998, I, cc. 665-676.

(27) Sul punto: C. Smuraglia, *Lavoro e lavori: subordinazione, collaborazioni non occasionali, lavori in cooperativa*, in *Lav. giur.*, 2001, pp. 1013-1024; A. Andreoni, *Commento alla legge sul socio lavoratore di cooperative*, in *Inform. prev.*, 2001, p. 271; M. Biagi, *Progettare per modernizzare*, in T. Treu, *Politiche del lavoro. Insegnamenti di un decennio*, Bologna, 2001, pp. 271-277.

(28) Su cui vedi G. Villani, *Le cooperative di lavoro*, in M. Napoli (a cura di), *Il «Pacchetto Treu»* (l. 24 giugno 1997, n. 196 – Norme in materia di promozione dell'occupazione), in *Nuove leggi civ. comm.*, 1998, pp. 1425 ss., e, per una valutazione dell'impatto di tale norma nel dibattito sulla definizione della figura del socio lavoratore, pp. 1439-1444.

(29) Vedi, in particolare, Corte Cost., 20 luglio 1995, n. 334, in *Lav. giur.*, 1996, p. 233; Corte Cost., 12 febbraio 1996, n. 30, cit.; Corte Cost., 30 dicembre 1998, n. 451, cit.

(30) In particolare: Cass. 3 marzo 1998, n. 2315, in *Riv. it. dir. lav.*, 1998, II, p. 486, con nota di L. Nogler, *Nuove incertezze sulla qualificazione della prestazione lavorativa del socio della cooperativa*, ove si ritrovano esplicitamente affermazioni secondo le quali «il Collegio ritiene di non poter condividere la predetta giurisprudenza» di Cassazione «nella parte in cui deduce necessariamente e automaticamente dallo svolgimento di prestazioni ricomprese nei fini istituzionali della cooperativa l'esclusione della natura subordinata del lavoro prestato dal socio», e, ancora, si sostiene che «in linea di principio non esiste alcuna insanabile contraddizione o incompatibilità tra la qualità di socio di cooperativa e la prestazione di lavoro subordinato, ancorché quest'ultima sia coincidente con le finalità sociali»; Cass., Ss.Uu., 30 ottobre 1998, n. 10906, cit., che afferma la competenza giurisdizionale del giudice del lavoro.

(31) Cfr. E. Gragnoli, *Recenti orientamenti normativi...*, op. cit., pp. 841 ss., che rileva come il punto non sia stabilire se l'apporto richiesto abbia oggettive caratteristiche di teorica assimilabilità al lavoro dipendente, ma se la posizione del socio trovi esclusivo fondamento nel contratto societario e, pertanto, nell'art. 2345 cod. civ., o se, all'opposto, l'atto costitutivo non abbia preteso tale forma di collaborazione.

A quest'ultimo proposito, comincia a riscuotere maggiori consensi la tesi della duplicità del rapporto tra socio lavoratore e cooperativa, compiutamente avanzata sin dagli anni ottanta da autorevole dottrina (32), rimasta sino ad allora sostanzialmente isolata (33). Più in generale, si avvertono – anche all'interno del movimento cooperativo – «la fragilità e la debolezza intrinseca di una ricostruzione del fenomeno fondata sul carattere esclusivamente associativo del rapporto» (34).

Entro questo complesso scenario si colloca anche la riflessione sulla riforma della disciplina in tema di socio lavoratore di cooperativa operata dalla Commissione di studio presieduta dal Prof. Zamagni, le cui proposte sono state parzialmente recepite nella legge n. 142/2001. La «Proposta di riforma della legislazione in materia di cooperativa di lavoro e soci lavoratori» (35) formulata in seno a tale Commissione – che era stata appunto incaricata di predisporre un inquadramento legislativo della figura del socio lavoratore di cooperativa di lavoro – fa registrare, nella disciplina e nell'inquadramento delle prestazioni lavorative rese dal socio lavoratore, alcuni significativi elementi di discontinuità rispetto agli orientamenti legislativi, dottrinali e giurisprudenziali sopra enunciati. In particolare, il testo di riforma proposto dalla «Commissione Za-

(32) Il riferimento è essenzialmente rivolto alla monografia di M. Biagi, *Cooperative e rapporti di lavoro*, op. cit., e ai numerosi scritti in tema dello stesso Autore.

(33) Cfr. lo stesso M. Biagi, *Il lavoro in cooperativa fra tradizione e rinnovamento*, in M. Miscione (a cura di), *Il lavoro in cooperativa*, in *Dir. prat. lav.*, n. 21/1996, Allegato, pp. 7-10, che rileva come il dibattito sia diventato più equilibrato e precisa: «in fondo nessuno ha mai sostenuto che il lavoro in cooperativa dovesse semplicemente essere regolato dalla normativa laburistica nella sua totalità. [...]. Chi scrive sostiene invece la possibilità che, proprio in relazione all'assetto negoziale-statutario in concreto posto in essere dai soci della cooperativa in parola, il rapporto contrattuale fosse duplice, di società e di lavoro subordinato».

(34) Così R. Genco, *La qualificazione del lavoro cooperativo nella giurisprudenza: spunti per una riflessione evolutiva*, in M. Miscione (a cura di), *Il lavoro in cooperativa*, op. cit., p. 65, che rileva la sussistenza di elementi che impediscono di considerare il socio quale un imprenditore *tout court*, e impongono invece di valorizzarne il ruolo imprenditoriale in una prospettiva coerente con il suo *status* sociologico di lavoratore. Questo Autore propone quindi, *de iure condendo*, una disciplina giuridica specifica e peculiare per il socio lavoratore: disciplina che sia contemporaneamente in grado di definire una base di tutele minime irrinunciabili e un'equa partecipazione al rischio d'impresa.

(35) Vedi l'articolato della «Proposta di riforma della legislazione in materia di cooperativa di lavoro e soci lavoratori», come pure la *Relazione finale* della cosiddetta «Commissione Zamagni» in <http://www.lex.unict.it/dml-online/archivio/numero3/online/dossier/cap3/zamagni.htm>.

magni» nell'aprile 1998 si fonda su tre punti: configurazione del rapporto di lavoro nell'ambito di un rapporto di scambio ulteriore rispetto al contratto di società; facoltà di scelta della cooperativa fra le varie tipologie di lavoro (associato, subordinato o altro); controllo esterno della congruità di tali scelte attraverso predeterminate procedure di validazione e certificazione. L'articolato di legge proposto dalla «Commissione Zamagni», rivisitato e modificato in alcune parti, è stato poi presentato al Senato, nel settembre 1998, quale disegno di legge AS n. 3512 di iniziativa governativa.

8. — *I principi cardine della legge n. 142/2001 e, in particolare, l'ulteriore rapporto di lavoro* — A fronte del panorama legislativo, dottrinale e giurisprudenziale appena passato in rassegna, si pone l'approvazione della legge n. 142, che ha portata profondamente innovativa nella qualificazione delle prestazioni giuridiche rese dal socio lavoratore in favore della cooperativa. Va, peraltro, rilevato che tale nuova disciplina finisce per rappresentare solo un'anticipazione e un primo parziale tassello di una più ampia e organica riforma delle tutele per le forme di lavoro non subordinato e per i cd. lavori atipici rimasta sostanzialmente incompiuta, anche a seguito della mancata conversione in legge dei già citati «Statuto dei lavori» e «progetto Smuraglia».

L'approvazione della legge n. 142 interviene, infatti, alla fine della XIII legislatura, al termine di un accidentato *iter* parlamentare che ha modificato in misura significativa l'originaria impostazione del disegno di legge AS n. 3512, ma che ha mantenuto invariati buona parte dei principi di fondo contenuti nella «Proposta di riforma» formulata dalla «Commissione Zamagni» (36). Emergono, infatti, alcune novità degne di nota sin da una prima rapida disamina del testo originario della legge n. 142. Nello specifico, si rilevano, tra i principali caratteri marcanti della riforma: la coesistenza, in capo al lavoratore, di due rapporti contrattuali distinti con la società cooperativa, vale a dire un rapporto di società e un rapporto di lavoro; la previsione di diritti individuali e collettivi dei soci lavoratori di cooperativa e l'applicazione di gran parte dello Statuto dei lavoratori; la fissazione, per la prima volta, di parametri vincolanti di commisurazione della retribuzione e del compenso dovuti al socio lavoratore, che specificano la

(36) Vedi, al riguardo, L. Nogler, M. Tremolada, C. Zoli, *Note introduttive*, op. cit., p. 340; M. Biagi, *Progettare per modernizzare*, op. cit., pp. 276-277.

portata precettiva dell'art. 36 Cost., per di più esteso, quanto meno in parte, anche ai lavoratori autonomi; l'individuazione del trattamento previdenziale dei soci lavoratori di cooperativa (37); la centralità del regolamento interno, cui è demandato il compito di disciplinare quel rapporto di lavoro fra socio e cooperativa che costituisce lo scambio mutualistico tipico delle cooperative di produzione e lavoro; la definizione di una competenza giurisdizionale (38) (*rectius*: l'attribuzione per materia e il conseguente rito applicabile) ripartita tra giudice del lavoro e giudice civile ordinario e l'estensione del rito del lavoro a tutti i lavoratori autonomi, anche al di là della cosiddetta parasubordinazione. Bisogna, peraltro, rilevare che nella legge n. 142 non vi è traccia delle procedure di validazione e certificazione che tanto rilievo (39) avevano nella «Proposta di riforma» della «Commissione Zamagni» (40).

L'art. 1, comma 1, della legge n. 142 afferma testualmente che «le disposizioni della presente legge si riferiscono alle cooperative nelle quali il rapporto mutualistico abbia a oggetto la prestazione di attività lavorative da parte del socio, sulla base di previsioni di regolamento che definiscono l'organizzazione del lavoro dei soci», risultando, quindi, tali disposizioni applicabili non solo alle cooperative di produzione

(37) Vedi l'art. 4, legge n. 142, e il d.lgs. 6 novembre 2001, n. 423 (attuativo della delega legislativa contenuta nell'art. 4, comma 3, legge n. 142). In proposito, la Circolare dell'Inps del 4 febbraio 2002, n. 33, osserva che il fine della delega è quello di giungere all'equiparazione della contribuzione previdenziale e assistenziale dei soci lavoratori delle cooperative a quella dei lavoratori dipendenti da impresa. In dottrina: S. Vergari, *La tutela previdenziale del socio lavoratore*, in L. Nogler, M. Tremolada, C. Zoli, *La riforma della posizione...*, op. cit., pp. 429-441; G. Dondi, *La disciplina previdenziale nelle cooperative di lavoro dopo la legge n. 142 del 2001*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2005, pp. 39-74; D. Vedani, *Le cooperative...*, op. cit., pp. 119-144; E. M. Mastinu, *La previdenza sociale nella disciplina del lavoro del socio di cooperativa*, in *Prev. ass. pubb. priv.*, 2005, I, pp. 83-112.

(38) Con disposizione poi sostanzialmente modificata dall'art. 9, legge n. 30/2003, su cui vedi brevemente *infra* il paragrafo 13., e, se vuoi, più ampiamente, L. Imberti, *Disciplina processuale per le controversie tra socio lavoratore e cooperativa: la Corte Costituzionale non prende posizione e il problema rimane aperto*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, II, pp. 544 ss.

(39) Vedi, in particolare, M. Biagi, *La «flessibilità certificata» del socio di cooperativa*, in *Guida lav.*, n. 38/1998, pp. 14-15.

(40) Sui motivi della soppressione, nel testo originario della legge n. 142, della procedura di certificazione: M. De Luca, *Il socio lavoratore...*, op. cit., cc. 239-240 e c. 248; L. Nogler, *Il principio del doppio rapporto e le tipologie lavorative*, in L. Nogler, M. Tremolada, C. Zoli, *La riforma della posizione...*, op. cit., p. 361.

e lavoro, ma anche a tutte quelle cooperative nelle quali il rapporto mutualistico abbia a oggetto prestazioni lavorative rese dal socio.

In tali casi, la legge n. 142, nella sua originaria formulazione, prevede che «il socio lavoratore di cooperativa stabilisce con la propria adesione o successivamente all'instaurazione del rapporto associativo un ulteriore e distinto 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. Dall'instaurazione dei predetti rapporti associativi e di lavoro in qualsiasi forma derivano i relativi effetti di natura fiscale e previdenziale e tutti gli altri effetti giuridici rispettivamente previsti dalla presente legge, nonché, in quanto compatibili con la posizione del socio lavoratore, da altre leggi o da qualsiasi altra fonte» (art. 1, comma 3).

In aperta discontinuità con i prevalenti orientamenti legislativi, dottrinali e giurisprudenziali sopra esposti, viene quindi accolta la teoria della duplicità di rapporti compiutamente sostenuta sin dagli anni ottanta da minoritaria ma autorevole dottrina (41). Si tratta di una scelta discrezionale operata dal legislatore, in armonia con il dettato costituzionale, ma volta a introdurre «una sorta di rivoluzione copernicana» (42) in tema di posizione del socio lavoratore. Si prevede, accanto al rapporto associativo, un ulteriore e distinto rapporto di lavoro [subordinato, autonomo (43) o in qualsiasi altra forma (44)], anch'esso finalizzato al raggiungimento degli scopi sociali.

A fronte della novella legislativa, si registrano, da subito, diversi orientamenti dottrinali (45), che tuttavia possono essere ricondotti a due

(41) Come già rilevato nel paragrafo precedente, la teoria del cumulo dei due rapporti accolta nella legge n. 142/2001 è stata sostenuta, in particolare, da M. Biagi, *Cooperative e rapporti di lavoro*, op. cit., specialmente pp. 127 ss. Sul versante della dottrina commercialistica vedi F. Galgano, *Mutualità e scambio...*, op. cit., pp. 1051-1055; M. Franzoni, *Mutualità e scambio...*, op. cit., p. 836 e pp. 843-848.

(42) Così M. De Luca, *Il socio lavoratore...*, op. cit., c. 236.

(43) In proposito già P. Ichino, *Sulla configurabilità di una prestazione di lavoro autonomo nel rapporto tra cooperativa e socio-lavoratore*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1987, II, pp. 329-330.

(44) A questo proposito M. Biagi, *Progettare per modernizzare*, op. cit., p. 276, afferma che con tale disposizione si intende superare il principio del *numerus clausus* nelle tipologie contrattuali lavoristiche e che, almeno in cooperativa, «si potranno concordare le più varie soluzioni negoziali che incontrino il gradimento delle parti». Per alcuni rilievi critici sul punto vedi, però, L. Nogler, M. Tremolada, C. Zoli, *Note introduttive*, op. cit., p. 341.

(45) Vedi *supra*, paragrafo 1.

diverse opzioni di fondo: da un lato, v'è chi afferma l'autonomia e la separazione tra rapporto associativo e rapporto di lavoro, con la conseguente applicazione pressoché integrale a quest'ultimo della disciplina giuslavoristica e, dall'altro, chi sostiene – con maggiore o minore intensità e con ricchezza di sfumature interpretative (46) – la peculiare posizione del socio lavoratore e il collegamento negoziale tra rapporto associativo e rapporto di lavoro.

Il primo di tali orientamenti sembra ritenere che la prestazione di lavoro debba necessariamente, salve le specifiche eccezioni e «deviazioni» previste dalla stessa legge n. 142, conservare la disciplina propria del rapporto di lavoro tipico (47). In particolare, all'«ulteriore e distinto» rapporto di lavoro subordinato (il vero oggetto del contendere è, infatti, la disciplina applicabile ai soci lavoratori con rapporto di lavoro subordinato) instaurato tra il socio e la cooperativa sarebbe applicabile la disciplina inderogabile propria del contratto di lavoro subordinato *tout court*.

Tale opinione, che evidentemente ha di mira la tutela del socio lavoratore soprattutto nel caso della falsa cooperazione, non pare tuttavia condivisibile sul piano dogmatico (48). Mutuando le osservazioni formulate da autorevole dottrina con riferimento alla distinzione tra lavoro subordinato e associazione in partecipazione, è opportuno osservare che nel caso del socio lavoratore di cooperativa «se c'è un lavoratore, non deve trascurarsi che c'è anche – e anzi, prevalentemente – un socio» (49).

(46) Vedi, in proposito, ampiamente S. Palladini, *Il lavoro nelle cooperative...*, *op. cit.*, pp. 82-97; E. Gagnoli, *Collegamento negoziale e recesso intimato al socio-lavoratore*, in *Lav. giur.*, 2007, p. 445, precisa che «nel caso di specie il nesso non trova il suo fondamento in una esplicazione libera dell'autonomia negoziale e, quindi, in una applicazione dell'art. 1322 codice civile, ma è a sua volta conformato dalla legge n. 142 del 2001».

(47) Cfr. L. De Angelis, *Il lavoro nelle cooperative...*, *op. cit.*, p. 815, secondo il quale la netta distinzione sul piano sostanziale comporta che i due rapporti seguano propri e autonomi percorsi giuridici e che la regolamentazione di un rapporto non possa incidere sulla normativa inderogabile dell'altro, con il solo limite dell'incompatibilità con la posizione del socio lavoratore.

(48) Vedi, in proposito, L. Nogler, *Il principio del doppio rapporto...*, *op. cit.*, p. 360, che, già in sede di prima interpretazione, avanzava «il sospetto che sussista il fondato pericolo dell'effetto omologante della "cultura" giuslavoristica, il rischio di un'impropria tendenza espansiva del prototipo normativo che ha dominato, in funzione di omologazione verso la tutela massima, il Diritto del lavoro (industriale): il rapporto di lavoro di scambio definito dall'art. 2094 cod. civ.».

(49) In questi termini L. Spagnuolo Vigorita, *Lavoro subordinato e associazione in partecipazione. Contributo alla qualificazione dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, p. 395.

Affermare l'autonomia e la separazione tra i due rapporti provocherebbe, in realtà, il rovesciamento della gerarchia tra rapporto associativo e rapporto di lavoro, in particolare qualora il socio lavoratore abbia instaurato con la cooperativa un rapporto di lavoro subordinato. Infatti – considerata la disciplina particolarmente ampia e penetrante, e per lo più inderogabile, che assiste il lavoro subordinato –, numerosi profili caratteristici del rapporto associativo e della natura mutualistica della cooperativa verrebbero a essere posti nel nulla.

Si deve, al contrario, ritenere che il rapporto di lavoro rimanga – anche nella nuova disciplina – strumentale e funzionalizzato all'adempimento dell'obbligo sociale del socio di contribuire con il proprio lavoro al perseguimento dello scopo mutualistico della cooperativa (50). Il rapporto tra contratto sociale e contratto di lavoro delineato dalla nuova normativa configura, quindi, «un collegamento negoziale tipico, nel senso cioè che gli effetti dei vari negozi si coordinano per l'adempimento di una funzione fondamentale» (51). Inoltre, «l'acquisto della qualità di socio costituisce la *condicio iuris* che attribuisce al socio il diritto, e alla cooperativa il correlativo obbligo, di concludere il contratto di lavoro» (52).

A questo proposito, si può fondatamente ritenere che già nella originaria formulazione della legge n. 142 si fosse in presenza di un collegamento genetico e funzionale unidirezionale tra rapporto associativo e rapporto di lavoro (53), e che la qualità di socio rivestita dal la-

(50) Vedi, in particolare, L. Nogler, M. Tremolada, C. Zoli, *Note introduttive*, *op. cit.*, pp. 341-342, che rilevano come la legge di riforma tuteli lo scopo mutualistico della cooperativa configurando il rapporto di lavoro come strumento per l'assolvimento da parte del socio dell'obbligo sociale di concorrere con la propria attività lavorativa al perseguimento di tale scopo. Pertanto – continuano gli Autori – «il rapporto sociale è considerato dalla legge come principale rispetto a quello di lavoro». Cfr. la Circolare 17 giugno 2002, n. 34, del Ministero del lavoro, ove si afferma che il rapporto di lavoro, strumentale alla realizzazione del fine mutualistico, pur presentando le essenziali caratteristiche di ogni rapporto di lavoro, risente, per quanto concerne la disciplina applicabile, dell'influenza esercitata dal coesistente profilo societario, da ritenere prevalente.

(51) Così G. Santoro Passarelli, *Le nuove frontiere...*, *op. cit.*, p. 241, che però sostiene la natura bidirezionale del collegamento.

(52) Ancora G. Santoro Passarelli, *Le nuove frontiere...*, *op. cit.*, p. 241.

(53) Cfr. M. Tremolada, *Relazioni tra rapporto sociale e rapporto di lavoro*, in L. Nogler, M. Tremolada, C. Zoli, *La riforma della posizione...*, *op. cit.*, pp. 374-375; M. Pallini, *La «specialità»...*, *op. cit.*, p. 375: «Il collegamento negoziale tra il rapporto di lavoro del socio di cooperativa e il rapporto associativo ha una natura necessaria e genetica, ma esplica i suoi effetti in modo unidirezionale: nel senso cioè che la qualità di socio del lavoratore costituisce presupposto giuridico essenziale per la costituzione e la

voratore non fosse un elemento accidentale estraneo alla causa del contratto di lavoro, ma al contrario ne costituisse «elemento strutturale, che incide in modo essenziale sulla funzione socio-economica assolta dallo stesso negozio di lavoro» (54), con cui il socio «contribuisce comunque al raggiungimento degli scopi sociali». Il collegamento negoziale incide, infatti, sulla struttura causale del contratto di lavoro subordinato e tale effetto si realizza a prescindere dalla nozione (più o meno) ampia di subordinazione cui si ritenga di aderire e dalla rilevanza che si intenda attribuire all'organizzazione del datore di lavoro nell'ambito del contratto (55).

Dall'instaurazione del rapporto di lavoro derivano poi i relativi effetti di natura fiscale e previdenziale e tutti gli altri effetti giuridici rispettivamente previsti dalla stessa legge n. 142, nonché, in quanto compatibili con la posizione del socio lavoratore, da altre leggi o da qualsiasi al-

regolamentazione del rapporto di lavoro»; M. De Luca, *Il socio lavoratore...*, op. cit., c. 236 e c. 240. In termini generali vedi R. Scognamiglio, voce *Collegamento negoziale*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, pp. 375 ss., e spec. pp. 378-380, ove la trattazione dei negozi collegati necessariamente (per l'influenza sulla vita di un altro negozio, per la funzione e per gli effetti); C. M. Bianca, *Diritto civile. III. Il contratto*, II ed., Milano, 2000, pp. 481-485, secondo il quale in caso di collegamento funzionale i vari rapporti negoziali posti in essere tendono a realizzare un fine pratico unitario e i singoli rapporti perseguono un interesse immediato che è strumentale rispetto all'interesse finale dell'operazione perseguito attraverso l'insieme dei contratti; F. Messineo, voce *Contratto collegato*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, pp. 48 ss.

(54) In questi termini, condivisibilmente, M. Pallini, *La «specialità»...*, op. cit., p. 374, che aggiunge: «il rapporto di lavoro costituisce pur sempre il rapporto di scambio che realizza il fine mutualistico delle cooperative di lavoro: creare o reperire occasioni di lavoro in cui impiegare i soci a condizioni più vantaggiose – non solo in termini economici ma anche in virtù della possibilità di incidere sulla gestione dell'attività produttiva e degli stessi rapporti di lavoro – rispetto a quelle proprie di un rapporto di lavoro subordinato alle dipendenze di un "altro" imprenditore».

(55) La questione della causa del contratto di lavoro subordinato sembra, quindi, porsi in termini differenti rispetto a quanto avvenuto nel caso della «privatizzazione» del rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni, ove il nodo decisivo da sciogliere era appunto la rilevanza da attribuire (nell'ambito del rapporto di lavoro subordinato) all'organizzazione del datore di lavoro e agli interessi di cui essa è portatrice. Sul punto, in modo specifico e con ampia disamina del dibattito dottrinale in tema di subordinazione, M. T. Carinci, *Specialità del rapporto*, in F. Carinci (a cura di), *Contratto e rapporto individuale di lavoro*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1993, spec. pp. 669-672 (ove, in particolare, il riferimento alle opere di L. Mengoni, *Contratto e rapporto di lavoro nella recente dottrina italiana*, in *Riv. soc.*, 1965, pp. 675 ss.; M. Persiani, *Contratto di lavoro e organizzazione*, Padova, 1966; F. Liso, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, Milano, 1982; M. Grandi, voce *Rapporto di lavoro*, in *Enc. dir.*, XXXVIII, Milano, 1987, spec. pp. 330 ss.).

tra fonte. Quindi, al socio lavoratore non si estende automaticamente tutta la disciplina propria del rapporto di lavoro posto in essere con la cooperativa, ma solo quella che superi la valutazione di compatibilità (56) con la peculiare posizione giuridica del socio lavoratore rivolta in via prevalente al perseguimento dello scopo mutualistico (57) e da inquadrare nell'art. 45 Cost. A ciò si aggiunga che al socio lavoratore sono pacificamente applicabili le norme che, ai sensi dell'art. 35, comma 1, Cost., sono poste a tutela del lavoro in tutte le sue forme e applicazioni e quelle che disciplinano la prestazione di lavoro in quanto tale, indipendentemente dal contratto di lavoro nel quale è dedotta.

Elementi cardine della nuova disciplina rimangono, in conformità ai precedenti indirizzi legislativi, giurisprudenziali e (parzialmente) dottrinali, la dipendenza del rapporto di lavoro da quello sociale e la permanente validità, anche di fronte al nuovo quadro normativo, della distinzione tra la prestazione dedotta nel contratto di lavoro subordinato e quella resa alla cooperativa. Da ciò dipende la qualificazione del contratto e del rapporto di lavoro come speciale, rispetto agli ordinari contratti e rapporti di lavoro: circostanza che è appunto confermata dalla particolare disciplina giuridica cui è assoggettato ai sensi dell'art. 1, comma 3, secondo periodo, della legge n. 142 (58).

In altri termini, dalla prevista coesistenza di un rapporto associativo e di un rapporto di lavoro in forma subordinata o autonoma o in qual-

(56) C. Zoli, *Gli effetti della qualificazione del rapporto di lavoro*, in L. Nogler, M. Tremolada, C. Zoli, *La riforma della posizione...*, *op. cit.*, pp. 376-378, ove l'Autore osserva che l'esigenza di effettuare la valutazione di compatibilità sembra trovare fondamento essenzialmente nel collegamento negoziale del rapporto di lavoro con quello associativo e nella finalizzazione di entrambi al raggiungimento degli scopi sociali. L. Nogler, *La sfida della qualità del lavoro subordinato del socio-lavoratore*, in M. P. Salani (a cura di), *Lezioni cooperative. Contributi ad una teoria dell'impresa cooperativa*, Bologna, 2006, pp. 311-314, opportunamente rileva come il filtro della compatibilità sia collegato a una deviazione funzionale della causa del contratto di lavoro subordinato del socio lavoratore, che è di tipo associativo perché le parti sono accomunate dal fine comune del raggiungimento, anche durante l'esecuzione del contratto di lavoro, dello scopo sociale.

(57) M. Tremolada, *Relazioni...*, *op. cit.*, spec. p. 371, osserva che l'unitarietà della fattispecie regolatrice della posizione del socio lavoratore dipende dalla funzione che essa è destinata ad assolvere e che, nell'ambito di tale fattispecie, il rapporto di lavoro rileva non già di per sé, bensì come strumento per l'adempimento da parte del socio dell'obbligo generale, inerente al rapporto sociale, di contribuire al raggiungimento degli scopi della società di cui fa parte.

(58) In questi termini M. Tremolada, *Relazioni...*, *op. cit.*, p. 372.

siasi altra forma non deriva automaticamente che il rapporto di scambio avente a oggetto il lavoro debba seguire *in toto* le regole proprie del lavoro subordinato o quelle del lavoro autonomo o degli altri rapporti di lavoro instaurabili, ma, al contrario, da tale duplicità di rapporti collegati conseguono «quei caratteri di specialità della causa e della regolamentazione che costituiscono gli elementi distintivi della fattispecie negoziale disciplinata dalla legge n. 142/2001» (59).

Anche per autorevoli interpreti del Diritto societario, la compresenza del rapporto sociale rende peculiare il rapporto di lavoro tra socio e cooperativa, di modo che lo schema contrattuale, per esempio, del lavoro subordinato viene «a subire una sorta di curvatura causale in funzione degli interessi mutualistici del socio che fruisce dello scambio», ovvero, come già rilevato precedentemente, di modo che il collegamento fra la causa mutualistica del contratto sociale e la causa del contratto di scambio «incide, se non sull'aspetto causale di quest'ultima vicenda contrattuale, quanto meno sui contenuti del contratto medesimo» (60).

Diversamente argomentando sarebbero probabilmente fondate le censure di incostituzionalità avanzate, immediatamente dopo l'approvazione della legge n. 142, da autorevole dottrina (61) (rimasta, peraltro, piuttosto isolata) che riteneva in tale legge violato il principio di tutela della cooperazione espresso dall'art. 45 Cost.

L'indirizzo interpretativo qui seguito pare ulteriormente rafforzato dopo la modifica di cui all'art. 9, legge n. 30/2003. L'eliminazione delle parole «e distinto» dall'art. 1, comma 3, primo periodo, della legge n. 142

(59) M. Pallini, *La «specialità»...*, *op. cit.*, p. 376.

(60) Entrambe le citazioni da G. Bonfante, *Delle imprese cooperative...*, *op. cit.*, p. 101. Vedi, inoltre, lo stesso G. Bonfante, voce *Cooperazione e imprese cooperative*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione Commerciale*, IV, Torino, 1989, p. 157, secondo il quale – con riferimento ai contratti di scambio ulteriori rispetto all'adesione al vincolo sociale – si dovrebbe parlare di contratti atipici influenzati, sotto un profilo strutturale, dal collegamento con la causa sociale mutualistica.

(61) A. Vallebona, *L'incostituzionale stravolgimento...*, *op. cit.*, pp. 813-814, che ritiene ontologicamente diversi il lavoro in cooperativa e il lavoro subordinato, e afferma la radicale incostituzionalità della legge n. 142, attraverso la quale «l'autonomia privata viene coartata, con un sostanziale divieto di lavoro in cooperativa che, [...], non può essere ricondotto al lavoro svolto in esecuzione di un contratto di scambio a prestazioni corrispettive». Per la confutazione di tale tesi vedi L. Nogler, M. Tremolada, C. Zoli, *Note introduttive*, *op. cit.*, p. 342, secondo i quali il principio di tutela della cooperazione espresso dall'art. 45 Cost. è rispettato dalla legge per il motivo che il rapporto di lavoro è funzionalizzato al raggiungimento degli scopi sociali e strumentale all'adempimento dell'obbligo sociale di collaborare al perseguimento di essi.

pare univocamente inteso a chiarire la dipendenza genetica e funzionale del rapporto di lavoro dal rapporto sociale (62), e, a questo proposito, è condivisibile l'opinione di chi ritiene non si possa escludere in modo aprioristico che la novella legislativa abbia assolto a una funzione meramente interpretativa e ricognitiva del dato normativo già esistente (63).

Tale conclusione è, del resto, pienamente conforme all'elaborazione della dottrina giuscommercialistica che, avendo da tempo proposto di considerare il lavoro dei soci come vera e propria prestazione di lavoro resa in esecuzione di un contratto di lavoro distinto dal contratto di società, ha tuttavia precisato che «le particolarità della fattispecie vanno piuttosto colte, [...], sul piano del collegamento tra i due contratti, il quale può influire sulla subordinazione, sulla retribuzione, sulla organizzazione, eccetera, senza che nel contempo sia necessario porre problemi di fattispecie nuove» (64), e che «il rapporto di scambio, in quanto strumento attuativo della mutualità, è comunque influenzato nella sua natura dallo scopo mutualistico concretamente perseguito dalla singola cooperativa» ed «è cioè in funzione di tali contenuti mutualistici che si modella a sua volta il regime del rapporto di lavoro» (65).

Ne deriva anche – secondo l'autorevole voce dottrinale (66), che è stata tra i principali ispiratori della recente riforma del Diritto societario

(62) Vedi, al riguardo, la Circolare del 18 marzo 2004, n. 10, del Ministero del lavoro relativa alle «Modifiche alla disciplina del lavoro cooperativo di cui alla legge 3 aprile 2001, n. 142», secondo la quale «con tale modifica viene ulteriormente confermata la preminenza del rapporto associativo su quello di lavoro, in ossequio alla tesi dello «scambio ulteriore» sulla quale è imperniato tutto l'impianto della legge n. 142/2001».

(63) In questo senso: C. Zoli, *Le modifiche alla riforma della posizione giuridica del socio lavoratore di cooperativa*, in M. T. Carinci (a cura di), *La legge delega in materia di occupazione e mercato del lavoro*, Milano, 2003, p. 288, secondo cui «la novella non modifica la fattispecie delineata dalla riforma del 2001, ma in qualche modo appare indicativa dell'accennata volontà del legislatore di sancire in modo più netto la centralità del rapporto sociale rispetto a quello di lavoro, accentuando i profili di specialità del contratto di lavoro del socio di cooperativa»; G. Ludovico, *Esclusione del socio...*, *op. cit.*, p. 547.

(64) Così A. Bassi, *Delle imprese cooperative...*, *op. cit.*, p. 455. Lo stesso A. Bassi, *Cooperazione e mutualità...*, *op. cit.*, p. 89, aveva esplicitamente sostenuto alcuni anni prima che «esiste [...] certamente, ed è l'aspetto caratteristico degli scambi mutualistici che merita di essere approfondito, un collegamento tra il contratto di società e il contratto di scambio, nel senso che sia la *instaurazione* che la *esecuzione* di quest'ultimo risentono l'influsso di principi caratteristici dei rapporti associativi».

(65) In questi termini G. Bonfante, *Delle imprese cooperative...*, *op. cit.*, p. 123.

(66) Vedi lo sviluppo trentennale della riflessione di A. Bassi, *Cooperazione e mutualità...*, *op. cit.*, pp. 86-89; Idem, *Delle imprese cooperative...*, *op. cit.*, pp. 73-78; recentemente, Idem, *Principi generali...*, *op. cit.*, pp. 52-56.

– un collegamento genetico e funzionale di fonte legale tra contratto di società e contratto di scambio mutualistico (in questo caso contratto di lavoro) e, sulla base delle nuove norme in materia di recesso ed esclusione (artt. 2532 e 2533 cod. civ.), lo «scioglimento del rapporto mutualistico in corso, in caso di scioglimento del rapporto sociale (*simul stabunt simul cadent*)» (67), salvo che una diversa disciplina statutaria stabilisca la prosecuzione del rapporto mutualistico pur in presenza dello scioglimento del rapporto di società.

Al riguardo, una delle più controverse questioni originate dalla legge n. 142 ha riguardato la disciplina del licenziamento applicabile al socio lavoratore che abbia instaurato il rapporto di lavoro in forma subordinata. A questo proposito, l'art. 2, comma 1, della legge n. 142 esclude esplicitamente l'applicabilità della tutela reale *ex art.* 18, legge n. 300/1970, ogni volta che venga a cessare, col rapporto di lavoro, anche quello associativo.

Una parte della dottrina – all'indomani dell'approvazione della legge n. 142 – ha sostenuto che tale disposizione intende implicitamente confermare l'autonomia e la separatezza tra il rapporto associativo e il rapporto di lavoro, di modo che la cessazione di un rapporto non comporta conseguenze per l'altro e risultano illegittime previsioni statutarie della cooperativa che stabiliscano l'automatico venir meno del rapporto di lavoro per cessazione di quello associativo (68). Corollario di tale tesi è la ritenuta necessità che il licenziamento debba essere sempre comunicato nel rispetto delle procedure e della forma previste dalle relative norme.

Altra parte della dottrina ha, invece, rilevato – e questa pare la lettura più convincente – che tale disposizione rappresenta «un'ipotesi d'incompatibilità con la posizione del socio lavoratore – accertata in via preventiva, una volta per tutte, dallo stesso legislatore – in dipendenza della prospettata inscindibilità del rapporto di lavoro, appunto, da quello associativo» (69).

Propendono nettamente per il primo orientamento la maggior parte delle (rare) pronunce giurisprudenziali intervenute a definire le conseguenze dell'esclusione del socio dalla cooperativa sul rapporto di lavoro «ulteriore e distinto» instaurato ai sensi della legge n. 142, nella sua for-

(67) A. Bassi, *Principi generali...*, *op. cit.*, p. 53.

(68) In questo senso L. De Angelis, *L'esclusione e il licenziamento del socio lavoratore tra diritto e processo*, in *Lav. giur.*, 2002, p. 606.

(69) Così M. De Luca, *Il socio lavoratore...*, *op. cit.*, c. 241.

mulazione originaria, anteriore alle modifiche operate dalla legge n. 30/2003. È stato, per esempio, affermato che «i ricorrenti furono insieme e contemporaneamente [...] soci lavoratori e lavoratori subordinati alle dipendenze della cooperativa» (70). Da questa prima conclusione viene fatta discendere la separazione e autonomia fra i due rapporti, che seguono ciascuno la propria disciplina, fatti salvi i casi in cui sia la stessa legge n. 142 a stabilire diversamente, derogando le regole proprie di ciascun rapporto. Analogamente, in altra pronuncia, si è affermata la netta distinzione tra i due rapporti, ritenendo applicabili al rapporto associativo le regole del Diritto commerciale, al rapporto di lavoro subordinato del socio lavoratore le norme inderogabili del Diritto del lavoro (71).

Le linee interpretative della legge n. 142 adottate dai giudici di merito nelle pronunce appena richiamate – pur se favorite dall'originario testo della legge, che si prestava a diverse interpretazioni, e avallate da alcune tesi dottrinali – non appaiono, tuttavia, condivisibili. Queste e altre decisioni (72) sembrano infatti affermare un approccio prettamente giuslavoristico, teso ad applicare le norme inderogabili proprie del lavoro subordinato, senza considerare i profili di specialità del lavoro cooperativo, lo specifico collegamento negoziale tra contratto sociale e contratto di lavoro e l'applicabilità delle normative proprie del Diritto del lavoro, se e in quanto compatibili con la peculiare posizione del socio lavoratore. Inoltre, le discipline poste a tutela del lavoro subordinato, laddove non espressamente ritenute imperative anche per il socio lavoratore dalla legge n. 142 o da altre norme di fonte legale ovvero contrattuale cui la cooperativa sia vincolata, sono da ritenersi derogabili o modulabili (dalle norme statutarie o regolamentari della cooperativa) in quanto il lavoro cooperativo trova la sua causa prevalente, appunto, nell'art. 45 Cost. e non nelle norme di cui agli artt. 35-38 Cost., che fondano viceversa l'inderogabilità della disciplina prevista per il tipo lavoro subordinato. In altri termini, nel conflitto tra una norma societaria e una norma lavoristica non imperativa è quest'ultima a cedere il passo. Si tratta, così come nel caso del filtro di compatibilità, di ipotesi piuttosto limitate e residuali, ma tale osservazione pare utile a chiarire che «l'instaurazione del rapporto di lavoro subordinato con il socio non è elemento sufficiente a rendere operativa la regolamentazione propria di ta-

(70) Trib. Milano, 1° febbraio 2003, cit.

(71) Trib. Genova, 26 luglio 2002, in *Lav. giur.*, 2002, p. 159.

(72) Vedi anche Trib. Genova, 12 novembre 2002, in *D&L – Riv. crit. dir. lav.*, 2003, p. 467; Trib. Bologna, 24 luglio 2003, in *Mass. Giur. lav.*, 2004, p. 519.

le rapporto, che, invece, dovrà essere non solo rispettosa della prevalente disciplina speciale di cui alla legge n. 142 del 2001, ma anche sottoposta al preventivo controllo di compatibilità finalizzato a garantire l'integrità della posizione del socio lavoratore e le prerogative che a questi derivano dall'essere parte del rapporto associativo e mutualistico» (73).

Pertanto, la prevalenza della tutela dello scopo mutualistico della cooperativa sulla tutela del lavoro del socio comporta necessariamente un collegamento genetico e funzionale di tipo unidirezionale (74) tra rapporto sociale e rapporto di lavoro, dal momento che la sussistenza della qualità di socio rappresenta un presupposto indefettibile per la costituzione e il mantenimento del rapporto di lavoro. Conseguentemente (e fermo restando il «principio più generale per il quale un licenziamento non accompagnato da esclusione è regolato per intero dal Diritto del lavoro») (75), le vicende estintive del rapporto associativo non possono che riverberarsi in modo automatico sul rapporto di lavoro (76), il quale non ha alcuna autonomia funzionale rispetto al rapporto sociale. In proposito, si condivide, inoltre, l'opinione di quella dottrina (77) che ritiene inapplicabili al socio lavoratore di cooperativa le normative in tema di licenziamento individuale di cui alla legge n. 604/1966 nel caso di licenziamento e contestuale esclusione del socio, in quanto il venir meno del rapporto associativo preclude la possibilità della riassunzione.

A ciò si aggiunga che l'inadempimento del contratto di lavoro (di tale rilievo da condurre al licenziamento intimato per giusta causa o giustificato motivo soggettivo) si rivela automaticamente e autonomamente quale grave inadempimento del contratto sociale suscettibile di per sé

(73) A. Maresca, *Il rapporto di lavoro subordinato del socio di cooperativa*, in *Arg. dir. lav.*, p. 620.

(74) Sul punto vedi L. Nogler, M. Tremolada, C. Zoli, *Note introduttive*, *op. cit.*, pp. 341-342; M. Pallini, *La «specialità»...*, *op. cit.*, p. 375; M. De Luca, *Il socio lavoratore...*, *op. cit.*, c. 241.

(75) In questi termini, del tutto condivisibilmente, E. Gragnoli, *Collegamento negoziale e recesso...*, *op. cit.*, p. 450. Cfr., in giurisprudenza, Trib. Milano, 15 gennaio 2007, in *Or. giur. lav.*, 2007, p. 318.

(76) Fatta salva ovviamente una diversa volontà delle parti o una previsione statutaria o regolamentare che consentano, in assenza del rapporto associativo, la continuazione del rapporto di lavoro disciplinato, però, dalle regole proprie di quel tipo e non più dalle previsioni di cui alla legge n. 142/2001. Sul punto E. Gragnoli, *Collegamento negoziale e recesso...*, *op. cit.*, p. 451.

(77) A. Maresca, *Il rapporto di lavoro...*, *op. cit.*, p. 626. Cfr. anche M. De Luca, *Il socio lavoratore...*, *op. cit.*, c. 241; M. Tremolada, *Estinzione del rapporto di lavoro*, in L. Nogler, M. Tremolada, C. Zoli, *La riforma della posizione...*, *op. cit.*, pp. 395-396.

stesso di rilevare quale causa di esclusione del socio, in quanto la stessa legge n. 142 afferma che con il rapporto di lavoro il socio lavoratore «contribuisce comunque al raggiungimento degli scopi sociali». Ne deriva, quindi, un principio di inscindibilità tra rapporto sociale e di lavoro, sulla base del quale l'estinzione del rapporto sociale comporta la cessazione di diritto dello speciale rapporto di lavoro, senza necessità di un autonomo e diverso atto di recesso dal rapporto di lavoro e senza l'applicazione di alcuna tutela lavoristica (78).

L'interpretazione ora prospettata non porta necessariamente a lasciare il socio lavoratore sprovvisto di tutele e sottoposto all'arbitrio unilaterale della cooperativa. Infatti, il socio può comunque impugnare la delibera di esclusione, che per legittimare la cessazione del rapporto di lavoro deve essere valida alla stregua delle regole previste dal Diritto societario e dalla giurisprudenza in materia. In virtù del collegamento negoziale tra contratto associativo e di lavoro, in caso di annullamento della delibera di esclusione, risulta priva di effetti anche l'estinzione di diritto del rapporto di lavoro, con sua conseguente ricostituzione *ex tunc* (79).

Inoltre, in molti casi, è possibile giungere a una maggiore tutela dei soci lavoratori attraverso una diversa soluzione, già più volte accolta dalla giurisprudenza prima dell'entrata in vigore della legge n. 142 e rivolta a una precisa delimitazione della cooperazione a carattere di mutualità e senza fini di speculazione privata di cui all'art. 45 Cost. In particolare, laddove abbia riscontrato l'utilizzo fraudolento dello schema cooperativistico (80), se non con riferimento all'intera compagine so-

(78) Queste le condivisibili valutazioni di M. Tremolada, *Relazioni...*, *op. cit.*, spec. pp. 374-375, ribadite in Idem, *Estinzione del rapporto di lavoro*, *op. cit.*, pp. 392-395.

(79) C. Zoli, *Le modifiche...*, *op. cit.*, p. 288, che riporta anche gli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali in materia di legittimità dell'esclusione. Per valutazioni parzialmente diverse sulle conseguenze dell'annullamento della delibera di esclusione: M. Tremolada, *Estinzione del rapporto di lavoro*, *op. cit.*, p. 394; M. Pallini, *La «specialità»...*, *op. cit.*, p. 382.

(80) Cfr., al riguardo, l'art. 23 del d.lgs. Capo Provvisorio dello Stato n. 1577/1947 (cd. «legge Basevi»), in base al quale «i soci delle cooperative di lavoro devono essere lavoratori ed esercitare l'arte o il mestiere corrispondenti alla specialità delle cooperative di cui fanno parte o affini», ed «è consentita l'ammissione a soci di elementi tecnici e amministrativi nel numero strettamente necessario al buon funzionamento dell'ente». Secondo Dario Vedani, in F. Scarpelli (a cura di), *Cooperative vere e cooperative non genuine...*, *op. cit.*, p. 73, tale disposizione dovrebbe ritenersi implicitamente abrogata dal d.lgs. n. 6/2003 di riforma del Diritto societario, ma in ogni caso, «se la cooperativa, [...], presenta quale scopo e oggetto quello di garantire occasioni di lavoro ai pro-

ziale, anche solo in relazione alla simulazione del rapporto associativo dei soci lavoratori ricorrenti (nel senso che il rapporto associativo e la connessa partecipazione alla compagine sociale e alla sua gestione siano fittizi e volti unicamente a dissimulare l'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato), la giurisprudenza anche di legittimità è intervenuta a sanzionare le forme di falsa cooperazione attraverso l'instaurazione di un rapporto di lavoro subordinato a tutti gli effetti, privo dei caratteri di specialità propri del lavoro cooperativo (81). Si tratta, per esempio, di appurare di volta in volta se l'esclusione vada a colpire un effettivo socio lavoratore della cooperativa – e allora l'estinzione del rapporto sociale non potrà non avere riflessi sul rapporto di lavoro – ovvero mascheri il licenziamento di un lavoratore subordinato *tout court* – e allora non v'è alcuna ragione per applicare né le regole del Diritto commerciale in materia di esclusione del socio, né la disciplina di cui alla legge n. 142, da ritenere riservata alla posizione del socio lavoratore nell'ambito della cooperazione genuina (82). A quest'ultimo proposito, l'art. 1, comma 2, della legge n. 142 indica chiaramente che il socio lavoratore, per essere effettivamente considerato tale, deve poter partecipare in modo sostanziale all'attività sociale, non solo con la propria prestazione di lavoro, ma anche attraverso il concorso alla gestione dell'impresa, alla definizione delle linee strategiche dell'azienda, come pure al rischio d'impresa, ai risultati economici (83) e alle decisioni sulla loro destinazione. Anche questi elementi, indicati dalla stessa legge n. 142, consentono al giudice di verificare la genuinità della cooperativa e del rapporto associativo ovvero di rilevare la natura fittizia di entrambi, circoscrivendo in tal modo l'ambito di operatività della disciplina dettata per il socio lavoratore alle cooperative in cui si realizzano le suddette forme di partecipazione. In modo analogo, è stato autorevolmente proposto in dottrina di considerare anche l'effettività della vita associativa quale elemento discriminante per la distinzione tra appalto ge-

pri soci [...], un primo rilievo in ordine alla genuinità della cooperativa potrebbe già essere sollevato in fase di costituzione della medesima, laddove la compagine sociale dei soci fondatori (come capita spesso di vedere) è composta da soggetti esercenti attività di: casalinghe, pensionati, e altro, che nulla hanno a che vedere neanche in via potenziale con l'attività della cooperativa. Appare infatti evidente in casi come questi la simulazione volta a utilizzare l'involucro cooperativo a fini elusivi».

(81) Cfr. Trib. Grosseto, 27 gennaio 2004, in *Lav. giur.*, 2004, p. 708.

(82) Cfr. Trib. Firenze, 6 giugno 2003, in *Guida lav.*, n. 47/2003, p. 27.

(83) Su questo punto, per esempio, l'effettiva ripartizione di ristoranti costituisce un indice piuttosto affidabile della genuinità dello schema mutualistico.

nuino e somministrazione irregolare (84), nel senso che, «ove l'appalto sospetto sia affidato a una cooperativa e in questa – differenziandosi da quanto avviene nel mondo del reale e genuino cooperativismo – la vita associativa sia solo formale, può ritenersi che già per questo sia inconsistente la modalità organizzativa tipica del lavoro che quella forma societaria presuppone, non bastando dunque la mera direzione del gruppo di lavoratori impiegati, ad esempio, in un servizio di pulizia» (85).

Oltretutto, queste soluzioni dirette a sanzionare l'utilizzo distorto dello schema mutualistico sono più facilmente estensibili, tramite anche l'intervento sindacale e la segnalazione ai servizi ispettivi, agli altri soci lavoratori fittizi della medesima cooperativa, che possono a loro volta chiedere il riconoscimento di un rapporto di lavoro subordinato a tutti gli effetti. Interventi di questo tenore permettono di colpire in modo significativo il funzionamento patologico del mercato del lavoro e l'elemento di distorsione della concorrenza rappresentato dal fenomeno delle false cooperative.

Al contrario, l'applicazione solo parziale e caso per caso delle tutele giuslavoristiche ai singoli lavoratori esclusi, senza una valutazione preliminare della natura genuina o meno della cooperativa, rischia verosimilmente di rimanere un fatto episodico e, anche nella prospettiva di un'analisi economica del diritto, di avere scarsa efficacia deterrente per tutto il sistema della falsa cooperazione, che, sanzionato raramente e per singoli casi, preferirebbe certamente continuare ad associare fittiziamente lavoratori piuttosto che informare la propria gestione a veri principi partecipativi e mutualistici ovvero trasformarsi in una società con fine di lucro.

La soluzione interpretativa sopra proposta sembra, peraltro, l'unica ancora idonea a fornire un'adeguata tutela del socio lavoratore a seguito del rilevante processo di riforma del Diritto cooperativo operato dal legislatore nel corso del 2003, con riferimento tanto alla posizione del socio lavoratore, quanto alle regole del Diritto societario. In particolare l'art. 9 della legge n. 30/2003, pur non modificando la fattispecie di cui

(84) Nessun dubbio sembra sussistere in relazione al fatto che – come già avveniva sotto la vigenza della legge n. 1369/1960 con il divieto d'interposizione – la disciplina della somministrazione di lavoro e dell'appalto operi per le cooperative in modo non dissimile che per gli altri soggetti.

(85) Così F. Scarpelli, *Art. 27. Somministrazione irregolare*, in E. Gagnoli, A. Perulli (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, Padova, 2004, p. 422.

alla legge n. 142 e incidendo solo sulla relativa disciplina, è intervenuto a fugare alcuni dubbi interpretativi sorti con riferimento all'originaria formulazione della legge e ha chiarito esplicitamente la centralità del rapporto associativo e la sua prevalenza su quello di lavoro. Infatti, l'eliminazione delle parole «e distinto» nel comma 3 dell'art. 1, legge n. 142, è stata intesa a chiarire in modo esplicito la prevalenza del rapporto sociale sull'«ulteriore rapporto di lavoro». Ciò risulta ancor più chiaro, con riguardo specifico alla tematica dell'esclusione e del licenziamento del socio lavoratore, dal momento che lo stesso art. 9 della legge n. 30/2003 ha sostituito il comma 2 dell'art. 5, legge n. 142, affermando che «il rapporto di lavoro si estingue con il recesso o l'esclusione del socio deliberati nel rispetto delle previsioni statutarie e in conformità con gli articoli 2526 e 2527 del codice civile» (86) (ora, dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 6/2003 di riforma del Diritto societario, artt. 2532 e 2533 cod. civ.). Il recesso (87) o l'esclusione del socio comportano, quindi, l'estinzione automatica del rapporto di lavoro (88) (subordinato, autonomo o in qualsiasi altra forma).

Dal canto suo, la riforma del Diritto societario di cui al d.lgs. n. 6/2003 ha previsto anche la nuova disciplina dell'esclusione del socio (89). 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 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». Tale previsione rende esplicito che le cause

(86) La Circolare del 18 marzo 2004, n. 10, del Ministero del lavoro precisa che «con tale norma le dinamiche del rapporto di lavoro sono chiaramente assoggettate a quelle del rapporto associativo, in caso di estinzione di quest'ultimo».

(87) Circa le modalità e forme del recesso del socio lavoratore e la connessa questione delle dimissioni dal rapporto di lavoro, anche alla luce della legge n. 188/2007, vedi D. Vedani, *Cooperative: le dimissioni del lavoratore*, in *Dir. prat. lav.*, n. 2/2008, p. 93.

(88) Vedi, in proposito, E. Gragnoli, *Collegamento negoziale e recesso...*, *op. cit.*, p. 451, secondo il quale l'art. 5, comma 2, rappresenta «il segno dell'incidere sul rapporto di lavoro del suo nesso con quello societario», nel senso che «l'esclusione rende non solo irrilevante, ma nullo per carenza di causa un licenziamento successivo [...]». Nessun ulteriore recesso è non tanto necessario, quanto possibile.

(89) L'art. 2521, comma 2, n. 7, cod. civ. prevede, a tal proposito, che l'atto costitutivo debba indicare le condizioni per l'eventuale recesso o per la esclusione dei soci.

di licenziamento, che costituiscono gravi inadempienze delle obbligazioni che derivano dal rapporto mutualistico, sono ricomprese nel più ampio novero di quelle che legittimano, ai sensi dell'art. 2533 cod. civ., l'esclusione del socio. Inoltre, con la disposizione di cui all'ultimo comma «è stato previsto che, dal momento che l'esclusione sancisce la rottura di un rapporto di collaborazione e di fiducia reciproca salva diversa disposizione statutaria, l'esclusione determini anche la risoluzione dei rapporti mutualistici in corso» (così, testualmente, la più volte citata *Relazione* che accompagna lo schema di decreto legislativo di riforma del Diritto societario), vale a dire, per quanto ci interessa, del rapporto di lavoro ulteriore rispetto al rapporto associativo.

Le norme del Diritto societario riaffermano, quindi, la dipendenza del rapporto (mutualistico) di lavoro dal rapporto associativo, e ribadiscono, in ultima analisi, l'intreccio particolarmente stretto tra Diritto commerciale e Diritto del lavoro con riguardo alla disciplina del socio lavoratore. Diviene, quindi, esplicito quel collegamento genetico e funzionale di tipo unidirezionale tra rapporto associativo e di lavoro, in precedenza avanzato in via interpretativa da parte della dottrina, e si sancisce l'automatica estinzione del rapporto di lavoro con il venir meno del rapporto sociale (90). Viene, così, negata in radice anche ogni possibilità di applicare contestualmente le regole relative all'esclusione del socio sul versante del rapporto associativo e le norme sui licenziamenti individuali sul versante del rapporto di lavoro. Tali conclusioni sembrano confermate (91) dalla prevalente giurisprudenza di merito intervenuta suc-

(90) Si tratta, quindi, di un caso di collegamento negoziale in cui «la rilevanza della connessione si manifesta in pieno alla stregua del noto principio *accessorium sequitur principale*; secondo cui la invalidità [...] del negozio principale fa senz'altro cadere quello subordinato» (così R. Scognamiglio, *Collegamento negoziale, op. cit.*, p. 379).

(91) Trib. Bari, 21 dicembre 2004 (ord.), in *www.altalex.com*, esplicitamente ritiene che l'esclusione del socio lavoratore viene a configurarsi, nel nuovo testo dell'art. 5, comma 2, come causa di estinzione *ope legis* del rapporto di lavoro e che il duplice rapporto che lega il socio lavoratore alla cooperativa può essere qualificato in termini di collegamento negoziale unilaterale; Trib. Milano, 17 giugno 2004, in *D&L – Riv. crit. dir. lav.*, 2004, p. 709; Trib. Milano, 29 ottobre 2004 (ord.), e Trib. Milano, 28 aprile 2003 (ord.), entrambe in *Dir. prat. lav.*, n. 16/2005, p. 859. *Contra* Trib. Lecce, 14 agosto 2003 (ord.), in *Foro it.*, 2003, I, c. 3451, e, sia pure in termini diversi, Trib. Torino, 30 giugno 2004, e Trib. Milano, 19 aprile 2005, entrambe in *D&L – Riv. crit. dir. lav.*, 2005, rispettivamente p. 282 e p. 289. Cfr. anche Cass. 3 maggio 2005, n. 9112 (ord.), in *Mass. Giust. civ.*, 2005, f. 5, ove la S.C. – sia pure incidentalmente e in sede di regolamento di competenza – sostiene che, anche dopo l'art. 9 della legge n. 30/2003, «l'affermazione [...] che la qualità di socio costituisce presupposto essenzia-

cessivamente alle modifiche operate con la legge n. 30/2003, anche se gli orientamenti sono tutt'altro che univoci.

Peraltro, il d.lgs. n. 6/2003 ha anche codificato una serie di 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. Come già rilevato (92), la riforma del Diritto societario tende, infatti, a facilitare la distinzione tra vera e falsa cooperazione, e ciò nel senso che ristorni, parità di trattamento, disciplina puntuale del rapporto mutualistico, apertura della compagine sociale, partecipazione dei soci alle deliberazioni costituiscono un indice apprezzabile della effettiva natura mutualistica e democratica della società cooperativa. Tutti questi principi – unitamente a quelli già codificati dall'art. 1, comma 2, della legge n. 142 – sembrano in grado di fornire utili indicazioni per distinguere tra cooperazione costituzionalmente tutelata e falsa cooperazione anche con riferimento alla posizione del socio lavoratore, e, conseguentemente, portare all'applicazione della disciplina di cui alla legge n. 142 ovvero delle norme del diverso rapporto di lavoro effettivamente realizzatosi. Viceversa, la tutela del socio lavoratore nell'ambito della legge n. 142 attraverso la rigida applicazione delle normative giuslavoristiche, oltre a essere ormai confinata entro margini più ristretti alla luce delle riforme legislative appena enunciate, rischia di rivelarsi solo una garanzia fragile e minimale nel caso della falsa cooperazione e, al contrario, costituisce una probabile violazione delle prerogative costituzionali e della specialità del lavoro cooperativo nel caso della cooperazione genuina.

9. — *L'importanza dell'art. 1, comma 2, della legge n. 142 nel definire la posizione del socio lavoratore in seno alla cooperativa* — I diritti e i doveri del socio cooperatore nell'ambito della gestione sociale sono una

le del rapporto di lavoro e che al venir meno della prima il rapporto si estingue per impossibilità giuridica, non ha giuridico fondamento nella legge n. 142 del 2001, che prevede distinto il rapporto associativo da quello di lavoro, ben potendo permanere dopo l'esclusione la collaborazione autonoma o subordinata dell'*ex socio*. Opta per una soluzione intermedia, riconoscendo al socio lavoratore escluso dalla cooperativa il diritto al risarcimento del danno secondo le disposizioni del codice civile in caso di illegittimo licenziamento, Trib. Milano, 10 luglio 2005, n. 2198, solo massima in *Osservatorio giurisprudenziale*, in *Or. giur. lav.*, n. 4/2005.

(92) Vedi *supra* il paragrafo 5.

fra le più annose questioni che hanno animato il dibattito sulla disciplina delle società cooperative. Con particolare riferimento alle cooperative di produzione e lavoro, tale dibattito ha riguardato il ruolo del socio lavoratore all'interno della compagine sociale e i suoi diritti e obblighi nei confronti della società. La definizione di tali aspetti è, infatti, ineludibile per chiarire i tratti distintivi del socio lavoratore rispetto a qualsiasi altro lavoratore e, conseguentemente, per fissare il confine tra vera cooperazione di lavoro e utilizzo distorto dello schema mutualistico.

Rispetto a tali problematiche, la legge n. 142 adotta una posizione definita e, per cercare di circoscrivere il fenomeno della falsa cooperazione e l'aggiramento delle normative giuslavoristiche attraverso la costituzione di rapporti associativi fittizi, precisa modalità di svolgimento del rapporto tra socio lavoratore e cooperativa e forme di partecipazione del socio lavoratore alla gestione sociale (93).

In particolare, «i soci lavoratori di cooperativa: a) concorrono alla gestione dell'impresa partecipando alla formazione degli organi sociali e alla definizione della struttura di direzione e conduzione dell'impresa; b) partecipano alla elaborazione di programmi di sviluppo e alle decisioni concernenti le scelte strategiche, nonché alla realizzazione dei processi produttivi dell'azienda; c) contribuiscono alla formazione del capitale sociale e partecipano al rischio d'impresa, ai risultati economici e alle decisioni sulla loro destinazione; d) mettono a disposizione le proprie capacità professionali anche in relazione al tipo e allo stato dell'attività svolta, nonché alla quantità delle prestazioni di lavoro disponibili per la cooperativa stessa» (art. 1, comma 2, della legge).

L'elenco dei diritti e dei doveri dei soci lavoratori appare, peraltro, meramente esemplificativo e può essere ulteriormente ampliato da statuti e regolamenti delle cooperative, oltre che integrato dalla disciplina codicistica delle società cooperative. Si tratta, in ogni caso, di principi sottovalutati da molti commentatori, ma dai quali possono emergere le peculiari caratteristiche del socio lavoratore quale soggetto

(93) Cfr. M. Tremolada, *Il rapporto sociale del socio lavoratore*, in L. Nogler, M. Tremolada, C. Zoli, *La riforma della posizione...*, op. cit., pp. 350-352, secondo il quale nel comma 2 dell'art. 1 si tratta specificamente del rapporto sociale del socio lavoratore definendone in modo articolato il contenuto. Osserva, però, criticamente L. Ferluga, *La tutela del socio lavoratore tra profili lavoristici e societari*, Milano, 2005, p. 182, come «non emerga una caratterizzazione forte della figura del socio, che consente di affermare con certezza che il ruolo imprenditoriale dei soci e il potere di partecipazione alla gestione dell'impresa cooperativa siano accresciuti dalle disposizioni della legge in esame».

partecipe dello scopo dell'impresa collettiva, dotato di poteri per concorrere alla formazione della volontà della società, e di controllo sulla gestione sociale e sui risultati economici. Vengono così individuati, in piena armonia con il dettato costituzionale, i tratti caratteristici della mutualità e della partecipazione democratica con riferimento al socio lavoratore (94).

Le prerogative dei soci lavoratori prese in esame dall'art. 1, comma 2, della legge n. 142 riguardano aspetti salienti della disciplina giuridica delle cooperative e possono rivestire un ruolo qualificante anche nell'operare una distinzione tra vera e falsa cooperazione, in particolar modo con riferimento alla genuinità del rapporto associativo (95).

La codeterminazione su base paritaria delle scelte di gestione aziendale (art. 1, comma 2, lett. *a* e *b*), la partecipazione al rischio d'impresa e la possibilità di ottenere ristorni o comunque di decidere sulla destinazione dei risultati economici dell'impresa (lett. *c*) e la messa a disposizione delle proprie capacità professionali (lett. *d*) fondano per il socio lavoratore uno statuto giuridico e – per usare l'espressione della legge n. 142 – una «posizione» peculiare e consistentemente diversa rispetto a quella del lavoratore subordinato *tout court* o di altro lavoratore non socio che in qualsiasi altra forma instauri un rapporto di lavoro con la cooperativa. Questa posizione si riassume nella tradizionale formula del «cooperatore come imprenditore di sé stesso», intesa come esercizio in comune dell'attività economica organizzata, partecipazione al rischio d'impresa e alle decisioni, esercizio appropriato della delega e apporto di prestazioni di lavoro.

(94) Dando voce alle istanze delle Centrali cooperative, sottolinea l'importanza dell'art. 1, comma 2, della legge n. 142, G. Bertinelli, *Intervento* al Convegno «Il socio lavoratore dopo i recenti interventi legislativi in materia di cooperative», Pisa, 24 novembre 2001, in http://www.csdn.it/csdn/relazioni_doc, pp. 2-3 del dattiloscritto: «Tali richiami al codice civile e alla legislazione speciale non possono essere considerati soltanto ornamentali, ma debbono essere valutati come ulteriori e originali filtri giuridici, sia per la rielaborazione degli statuti e dei regolamenti delle cooperative, sia per il governo delle fasi più delicate e importanti dello svolgimento del rapporto tra socio e cooperativa».

(95) Secondo L. Di Paola, *Società cooperative...*, *op. cit.*, pp. 924-925, la disposizione di cui all'art. 1, comma 2, fissa, in chiave regolamentare generale, le prerogative e gli obblighi dei soci lavoratori nell'ambito dell'organizzazione societaria, e ripropone gli indici in assenza dei quali la giurisprudenza anteriore alla legge n. 142 era solita ravvisare la natura fittizia della partecipazione societaria del socio, per poi dichiarare la sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato tra la cooperativa e lo pseudo-socio.

A questo proposito, è bene precisare che la partecipazione dei soci (96) alla *corporate governance* non si esplica in una gestione assembleare, ma nella scelta dei dirigenti, nel ruolo di indirizzo dell'attività sociale, nel controllo della realizzazione corretta dei programmi sociali e nella decisione sulla ripartizione delle eccedenze attive di bilancio (97).

Tali principi di partecipazione trovano ora una significativa conferma nella citata riforma del Diritto societario di cui al d.lgs. n. 6/2003. Tra i principali elementi caratterizzanti della nuova disciplina codicistica della cooperazione vi sono, infatti: la previsione esplicita del cosiddetto «principio della porta aperta»; l'organizzazione democratica della società, imperniata sulla regola prevalente «una testa-un voto»; l'introduzione dell'istituto del ritorno e la previsione dello scambio mutualistico, che permette ai soci di realizzare il vantaggio mutualistico; il principio di parità di trattamento tra i soci.

A quest'ultimo proposito, l'art. 2516 cod. civ. stabilisce che nella costituzione e nell'esecuzione dei rapporti mutualistici debba essere

(96) In questa sede si è preferito non utilizzare l'espressione – anodina e spesso fonte di fraintendimenti – «autogestione». G. Sapelli, *La cooperazione tra economia e responsabilità sociale*, in M. Granata, *La Lombardia cooperativa*, Milano, 2002, pp. 9-10, preferisce parlare di «partecipazione democratica alle decisioni (che si identifica impropriamente con l'autogestione)». Ciò non toglie che alcuni degli Autori citati nella nota successiva utilizzino l'espressione autogestione, salvo poi precisarne il contenuto in modo da escludere l'assemblearismo.

(97) Cfr. F. Galgano, *L'autogestione cooperativa e il sistema organizzato di imprese*, in Aa.Vv., *L'impresa cooperativa negli anni 80. L'autogestione e i problemi della crisi economica*, Bari, 1982, pp. 81-83, ove l'Autore osserva che non vi può essere «gestione assembleare dell'impresa, giacché assemblearismo e direzione aziendale sono concetti tra loro incompatibili: la direzione aziendale richiede professionalità, esige efficienza, rapidità di decisioni; requisiti che nessuna assemblea può soddisfare. [...] La direzione operativa deve, necessariamente, essere rimessa alla tecnostuttura. [...] Si può dire, con formula sintetica, che alle assemblee si addice il linguaggio della programmazione; ai consigli di amministrazione quello della gestione»; V. Buonocore, *Diritto della cooperazione*, op. cit., p. 124: «Autogestione non significa eliminazione del *management*, né assemblearismo demagogico, né tanto meno approssimazione strutturale e funzionale dell'impresa. Autogestione significa, invece, mutamento effettivo dei rapporti società-socio ed effettiva incidenza del singolo organismo di base nell'ambito della struttura cooperativa di grado superiore e nell'ambiente sociale in cui opera. Autogestione significa introduzione di democrazia diretta a tutti i livelli della cooperativa»; G. Giugni, *L'apporto del movimento cooperativo all'ipotesi dell'autogestione*, in Aa.Vv., *L'impresa cooperativa negli anni 80...*, op. cit., pp. 124-125: «credo che il modo peggiore per condurre l'impresa sia proprio quello assembleare, che non sia il metodo appropriato»; G. Sapelli, *La cooperazione tra economia...*, op. cit., pp. 7-10, che parla di unificazione sociale, ma non funzionale, tra l'assemblea dei soci e la tecnostuttura.

rispettato il principio della parità di trattamento (98). Come già rilevato, la *Relazione* che accompagna lo schema di decreto legislativo afferma che tale principio, posto a tutela del corretto svolgimento del rapporto mutualistico, «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». Vi sono poi una serie di norme – basti citare gli artt. 2528 e 2538 cod. civ. – volte a garantire la partecipazione dei soci alla cooperativa, come pure il perseguimento dello scopo mutualistico attraverso un'organizzazione sociale effettivamente democratica.

Gli artt. 2521 e 2545-*sexies* cod. civ. prevedono esplicitamente l'istituto del ristorno (99) consistente 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. Lo scambio mutualistico, che permette ai soci di conseguire il vantaggio mutualistico sotto forma di ristorni, si realizza, alla luce della nuova disciplina codicistica, attraverso due rapporti: al rapporto associativo, conferimento contro qualità di socio, si affianca un ulteriore rapporto di scambio, 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).

(98) Per una chiara trattazione del principio di parità di trattamento vedi A. Bassi, *Delle imprese cooperative...*, *op. cit.*, pp. 85-86, ove l'Autore osserva che tale principio rappresenta uno degli effetti più caratteristici di quel collegamento tra contratto di società e contratto di scambio che rappresenta l'essenza della mutualità e impone che le eventuali discriminazioni fra i soci debbano essere ispirate ai principi della correttezza, della non arbitrarietà e giustificabilità obiettiva, in conformità a quelli che sono i principi fondamentali di socialità che circolano alla base del fenomeno cooperativistico.

(99) Vedi, in proposito, A. Bassi, *Delle imprese cooperative...*, *op. cit.*, pp. 80-84, che chiarisce come l'istituto del ristorno rappresenti «una sorta di vantaggio *differito* che viene conseguito dai soci successivamente alla instaurazione dei rapporti di scambio con la società e, anche qui, dai soci che abbiano avuto rapporti contrattuali con la società».

Tra i rapporti mutualistici (intesi come rapporti contrattuali tra soci e cooperativa distinti da quello societario) vanno annoverati i rapporti di lavoro, dal momento che – come già rilevato – anche l'art. 1, comma 1, della legge n. 142 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. L'art. 2521, commi 2 e 5, cod. civ. prevede, a tale riguardo, che i rapporti tra la società e i soci debbano essere disciplinati dall'atto costitutivo ovvero da regolamenti che determinino i criteri e le regole inerenti allo svolgimento dell'attività mutualistica tra la società e i soci.

La legge n. 142 va in sostanza a integrare le norme del Diritto commerciale relativamente alla disciplina del rapporto (mutualistico) di lavoro, definendo un quadro di riferimento delle regole applicabili (necessariamente o facoltativamente) al socio lavoratore di cooperativa. Si conferma, ancora una volta, l'intreccio particolarmente stretto tra Diritto commerciale e Diritto del lavoro con riguardo alla disciplina della figura del socio lavoratore di cooperativa (100).

La valorizzazione del ruolo attivo e delle prerogative dei soci lavoratori in seno alle cooperative di cui fanno parte si conforma pienamente anche alle normative e agli orientamenti comunitari in materia di Società cooperativa europea (Sce). Il Considerando 7 del Regolamento Ce n. 1435/2003 (101) relativo allo Statuto della Sce afferma, infatti, che «Le cooperative sono innanzi tutto gruppi di persone o persone giuridiche disciplinati da principi di funzionamento particolari, diversi da

(100) Cfr., in proposito, L. Ferluga, *La tutela del socio lavoratore...*, op. cit., pp. 179-186, che però parla di difficile equilibrio tra dimensione lavoristica e societaria nella disciplina del rapporto di lavoro del socio di cooperativa.

(101) Contestualmente al suddetto Regolamento Ce n. 1435/2003 è stata approvata anche la Direttiva n. 2003/72/Ce del Consiglio del 22 luglio 2003, che completa lo Statuto della Sce per quanto riguarda il coinvolgimento dei lavoratori. Tale Direttiva si riferisce, in particolare, alle procedure di informazione, consultazione e partecipazione, mediante le quali i rappresentanti dei lavoratori possono esercitare un'influenza sulle decisioni che devono essere adottate nell'ambito dell'impresa, e non contiene invece disposizioni riguardanti i soci lavoratori. Questi ultimi, del resto, facendo parte della compagine sociale, hanno diritto a ricevere le informazioni già nella loro veste di soci (vedi, in particolare, l'art. 60, Regolamento Ce n. 1435/2003), e, anzi, contribuiscono a determinare le scelte gestionali della società. Vedi ora, per quanto riguarda l'ordinamento italiano, il d.lgs. 6 febbraio 2007, n. 48, recante appunto «Attuazione della Direttiva n. 2003/72/Ce che completa lo Statuto della società europea per quanto riguarda il coinvolgimento dei lavoratori».

quelli applicabili agli altri operatori economici, tra cui il principio della struttura e del controllo democratici e la distribuzione degli utili netti d'esercizio su base equa». Il Considerando 10 aggiunge, poi, che «i soci dovrebbero essere anche clienti, dipendenti o fornitori o essere comunque coinvolti nelle attività della Sce». La normativa comunitaria in tema di Società cooperativa europea e soprattutto la riforma del Diritto societario italiano hanno, quindi, codificato una serie di 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.

Del resto, per tornare alla normativa italiana e segnatamente alla legge n. 142, a presidio ulteriore ed effettivo dell'utilizzo corretto dello schema mutualistico e della genuinità dei rapporti associativi vengono poste anche le norme in materia di vigilanza (102) sugli enti cooperativi secondo i criteri direttivi della delega legislativa di cui all'art. 7 della legge, volti a verificare, tra l'altro, la natura mutualistica, l'effettività della base sociale e dello scambio mutualistico tra socio e cooperativa, come pure i regolamenti adottati dalle cooperative e la correttezza dei rapporti instaurati con i soci lavoratori.

Il d.lgs. 2 agosto 2002, n. 220 (103) («Norme in materia di riordino della vigilanza sugli enti cooperativi, ai sensi dell'articolo 7, comma 1, della legge 3 aprile 2001, n. 142, recante: "Revisione della legislazione in materia cooperativistica, con particolare riferimento alla posizione del socio lavoratore"»), ha dato attuazione ai principi di delega.

Di particolare rilievo per la nostra indagine è la disposizione di cui all'art. 4 («Oggetto della revisione cooperativa»), comma 1, del d.lgs. n. 220, in base alla quale «la revisione cooperativa è finalizzata a: a) fornire agli organi di direzione e di amministrazione degli enti suggerimenti

(102) In merito alla vigilanza e ai controlli amministrativi E. Cusa, *La vigilanza amministrativa sulle cooperative: profili generali*, in L. Nogler, M. Tremolada, C. Zoli, *La riforma della posizione...*, op. cit., pp. 476-491, che osserva come, «seppur con gradi diversi, sia la legislazione ordinaria, sia la Costituzione (art. 45, comma 1) indicano la mutualità, la democraticità e l'assenza o, comunque, la limitazione dell'intento speculativo come i tratti salienti della cooperazione», e conseguentemente «su queste peculiarità si deve [...] concentrare la vigilanza (ma anche l'assistenza) amministrativa sulla gestione delle cooperative».

(103) Vedi, in proposito, il commentario di L. F. Paolucci, *Riordino della vigilanza sugli enti cooperativi*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2003, pp. 1155-1174.

e consigli per migliorare la gestione e il livello di democrazia interna, al fine di promuovere la reale partecipazione dei soci alla vita sociale; b) accertare, anche attraverso una verifica della gestione amministrativo-contabile, la natura mutualistica dell'ente, verificando l'effettività della base sociale, la partecipazione dei soci alla vita sociale e allo scambio mutualistico con l'ente, la qualità di tale partecipazione, l'assenza di scopi di lucro dell'ente, nei limiti previsti dalla legislazione vigente, e la legittimazione dell'ente a beneficiare delle agevolazioni fiscali, previdenziali e di altra natura» (104). Il comma 3 del medesimo art. 4 stabilisce poi esplicitamente che «il revisore verifica l'eventuale esistenza del regolamento interno adottato dall'ente cooperativo ai sensi dell'articolo 6 della legge 3 aprile 2001, n. 142, e accerta la correttezza e la conformità dei rapporti instaurati con i soci lavoratori con quanto previsto nel regolamento stesso».

Altra e diversa questione attiene, purtroppo, all'effettività dell'istituto della revisione prevista a cadenza almeno biennale e alla sua capacità di individuare le manifestazioni della falsa cooperazione, che si annidano più facilmente al di fuori delle Associazioni nazionali di rappresentanza del movimento cooperativo. Infatti – a quanto risulta (105) –, mentre la revisione interessa oltre il 90% delle cooperative aderenti alle Centrali di rappresentanza, sono proprio le cooperative non aderenti a tali Associazioni a evitare in gran parte i controlli in questione. Ciò è dovuto soprattutto alle modalità e ai soggetti abilitati alla revisione (106).

Quanto poi all'ispezione straordinaria – disposta dal Ministero delle attività produttive (ora Ministero dello sviluppo economico) sulla base

(104) Sul punto E. Cusa, *Il procedimento assembleare nella società cooperativa e il principio democratico*, in *Giur. comm.*, 2004, I, pp. 844-846.

(105) Cfr. i dati e i rilievi anche di ordine pratico forniti da Dario Vedani, in F. Scarpelli (a cura di), *Cooperative vere e cooperative non genuine...*, op. cit., pp. 76-77. Vedi anche l'Accordo 31 maggio 2007 relativo al «Tavolo di concertazione. Sistema di tutele, mercato del lavoro e previdenza. Proposte comuni di Agci, Confcooperative, Legacoop, Cgil, Cisl, Uil in materia di cooperative "spurie", appalti e *dumping* contrattuale», ove Centrali cooperative e organizzazioni sindacali rilevano: «ci risulta che, allo stato, delle 40.000 possibili revisioni concernenti cooperative non aderenti alle Associazioni di rappresentanza, ne risultino pervenute presso gli Uffici della Direzione generale del Ministero competente non più di 2.000».

(106) Vedi l'art. 2, d.lgs. n. 220/2002, in base al quale per le cooperative aderenti alle Associazioni nazionali di rappresentanza del movimento cooperativo le revisioni sono effettuate dalle Associazioni stesse a mezzo di revisori da esse incaricati, mentre per le cooperative non aderenti sono effettuate dal Ministero delle attività produttive (ora Ministero dello sviluppo economico).

di programmati accertamenti a campione, di esigenze di approfondimento derivanti dalle revisioni cooperative e ogni qualvolta se ne ravvisi l'opportunità (107) – essa è tra l'altro finalizzata ad accertare l'esatta osservanza delle norme legislative, regolamentari, statutarie e mutualistiche (art. 9, comma 1, lett. *a*, del d.lgs. n. 220), nonché la correttezza dei rapporti instaurati con i soci lavoratori e l'effettiva rispondenza di tali rapporti rispetto al regolamento e alla contrattazione collettiva di settore o alle tariffe vigenti (art. 9, comma 1, lett. *f*, del d.lgs. n. 220).

Oltre ai provvedimenti sanzionatori di carattere generale previsti dall'art. 12, comma 1 (108), del d.lgs. n. 220 è specificamente previsto che «agli enti cooperativi che commettono reiterate e gravi violazioni del regolamento di cui all'articolo 6 della legge 3 aprile 2001, n. 142, si applicano le disposizioni di cui all'articolo 2543 del codice civile» (ora – dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 6/2003 – art. 2545-*sexiesdecies* cod. civ.), vale a dire le norme in materia di gestione commissariale.

Torna, quindi, a essere ribadita – anche con specifico riferimento alla disciplina del socio lavoratore – la centralità dei controlli, previsti già dal disposto dell'art. 45 Cost., per assicurare il carattere e le finalità della cooperazione. A questo proposito è stato giustamente rilevato che «il problema è se poi queste due forme di vigilanza (ordinaria e straordinaria) si esplicheranno in concreto nella direzione voluta dal legislatore. Ma questo è il solito problema di attuazione pratica della volontà legislativa ed è anche, [...], una questione di esercizio del controllo democratico, sia da parte delle assemblee e dei singoli soci sia da parte delle stesse centrali dell'associazionismo cooperativo alle quali è assegnato un compito particolare in tema di vigilanza e che dovrebbero essere interessate a esercitarlo, proprio per combattere la scorrettezza di quelle cooperative che rispondono ben poco alle finalità mutualistiche per le quali sono state costituite» (109).

Tutti gli elementi passati in rassegna portano a concludere che – se la cooperazione è ispirata a genuini principi mutualistici e i diritti di par-

(107) Art. 8, d.lgs. n. 220/2002.

(108) Il cui contenuto letterale è il seguente: «Il Ministero, sulla base delle risultanze emerse in sede di vigilanza, valutate le circostanze del caso, può adottare, i seguenti provvedimenti: a) cancellazione dall'albo nazionale degli enti cooperativi ovvero, [...], cancellazione dal registro prefettizio e dallo schedario generale della cooperazione; b) gestione commissariale [...]; c) scioglimento per atto dell'autorità [...]; d) sostituzione dei liquidatori [...]; e) liquidazione coatta amministrativa...».

(109) Così C. Smuraglia, *Lavoro e lavori...*, op. cit., p. 1021.

tecipazione, decisione e controllo sulla gestione sociale sono effettivi e garantiti – la prestazione di lavoro è un elemento, certo fondamentale ma non esclusivo, del più ampio concorso reso dal socio al raggiungimento dello scopo di un'impresa collettiva di cui egli è, a sua volta, pienamente partecipe. L'elemento associativo è, quindi, da considerare prevalente anche rispetto all'obbligo di effettuare una prestazione continuativa di lavoro in stato di subordinazione «tecnico-funzionale» (110) a beneficio della società, e l'organizzazione del lavoro da parte della tecnostuttura – in quanto indispensabile per un efficiente funzionamento dell'impresa – è pienamente compatibile con un genuino *status* di socio lavoratore.

Non c'è, quindi, ragione per uno statuto giuridico del socio lavoratore del tutto identico a quello del (differente) rapporto di lavoro prestato, per usare le parole della Consulta, in condizioni di duplice alienità: «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» (111).

10. — *I diritti individuali e collettivi del socio lavoratore e le altre normative applicabili (in quanto compatibili)* — L'art. 2 della legge n. 142, nella sua originaria formulazione (prima dell'integrazione operata dalla legge n. 30/2003, di cui subito si dirà e che tuttavia non pare modificare in modo sostanziale la portata della norma), disponeva testualmente che: «Ai soci lavoratori di cooperativa con rapporto di lavoro subordinato si applica la legge 20 maggio 1970, n. 300, con esclusione dell'articolo 18 ogni volta che venga a cessare, col rapporto di lavoro, anche quello associativo. Si applicano altresì tutte le vigenti disposizioni in materia di sicurezza e igiene del lavoro. Agli altri soci lavoratori si applicano gli articoli 1, 8, 14 e 15 della medesima legge n. 300 del 1970, nonché le disposizioni previste dal decreto legislativo 19 settembre 1994, n. 626, e successive modificazioni, e quelle previste dal decreto legislativo 14 agosto 1996, n. 494, in quanto compatibili con le modalità della prestazione lavorativa. In relazione alle peculiarità del sistema cooperativo, forme specifiche di esercizio dei diritti sindacali possono essere indivi-

(110) Corte Cost., 12 febbraio 1996, n. 30, cit.

(111) Corte Cost., 12 febbraio 1996, n. 30, cit.; vedi anche Cass. 16 gennaio 2007, n. 820, in q. *Riv.*, 2007, II, p. 654, con nota di A. Allamprese, *Subordinazione e doppia alienità: la Cassazione batte un colpo*.

duate in sede di accordi collettivi tra le associazioni nazionali del movimento cooperativo e le organizzazioni sindacali dei lavoratori, comparativamente più rappresentative».

Tale previsione esplicita l'applicazione nei confronti dei soci lavoratori di alcune normative, che quindi non devono superare il vaglio di compatibilità con la peculiare posizione del socio lavoratore di cooperativa previsto in linea generale dall'art. 1, comma 3, della legge n. 142 (112). Fermo restando il particolare rilievo derivante dalla citata esclusione dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori ogni volta che venga a cessare, col rapporto di lavoro, anche quello associativo, per il resto, ai soci lavoratori con rapporto di lavoro subordinato si applicano tutte le altre disposizioni dello Statuto dei lavoratori.

L'art. 9 della legge n. 30/2003 ha, peraltro, inserito dopo il primo periodo del comma 1 dell'articolo 2 della legge n. 142 la seguente previsione: «L'esercizio dei diritti di cui al Titolo III della citata legge n. 300 del 1970 trova applicazione compatibilmente con lo stato di socio lavoratore, secondo quanto determinato da accordi collettivi tra associazioni nazionali del movimento cooperativo e organizzazioni sindacali dei lavoratori comparativamente più rappresentative». Attraverso il rinvio alla negoziazione collettiva, viene rimarcata con riferimento ai diritti sindacali, e in particolare alla legislazione promozionale di cui al Titolo III dello Statuto dei lavoratori, la peculiarità del settore cooperativo e dello stesso socio lavoratore, al contempo coimprenditore associato e prestatore di lavoro. Tale disposizione è, però, oggetto di controversa interpretazione: le Centrali cooperative affermano che l'esercizio dei diritti di cui al Titolo III della legge n. 300/1970 è condizionato alla conclusione degli accordi collettivi, mentre le organizzazioni sindacali sostengono che la stipulazione di tali accordi è meramente eventuale e che, in assenza degli stessi, trova integrale e diretta applicazione il Titolo III dello Statuto dei lavoratori. Sulla base di tali ultime valutazioni, le organizzazioni sindacali non hanno sinora ritenuto utile addivenire alla stipulazione degli accordi collettivi volti a regolare l'esercizio dei diritti sindacali di cui al Titolo III dello Statuto dei lavoratori (113). I primi interventi della giurisprudenza di merito – avallando le tesi di parte sindacale – ri-

(112) Cfr. M. De Luca, *Il socio lavoratore...*, op. cit., c. 241.

(113) C. Zoli, *Le modifiche...*, op. cit., p. 296, delinea l'esistenza di un obbligo a trattare in capo agli agenti negoziali e sostiene che, in caso di esito negativo della trattativa, si imporrebbe l'intervento del giudice in chiave sostitutiva nella determinazione

tengono che «i diritti sindacali di cui al Titolo III dello Statuto dei lavoratori sono pienamente applicabili ai soci di cooperative che siano anche lavoratori subordinati, a prescindere dalla contrattazione collettiva alla quale è consentito *eventualmente* di dettare specifici limiti giustificati dalla realtà societaria» (114).

Ai soci lavoratori con rapporto diverso da quello subordinato si applicano solo gli articoli 1 («Libertà di opinione»), 8 («Divieto di indagini sulle opinioni»), 14 («Diritto di associazione e di attività sindacale») e 15 («Atti discriminatori») della legge n. 300/1970, nonché le disposizioni in materia di sicurezza e salute sul lavoro (115). Tali disposizioni in materia di sicurezza si applicano, peraltro, se e in quanto compatibili con le modalità della prestazione lavorativa (116).

Di portata generale (vale a dire riferita a tutti i soci lavoratori) sembra poi la previsione in base alla quale forme specifiche di esercizio dei diritti sindacali possono essere individuate, in relazione alle peculiari caratteristiche del sistema cooperativo, in sede di accordi collettivi tra le associazioni nazionali del movimento cooperativo e le organizzazioni sindacali dei lavoratori, comparativamente più rappresentative (117). In ogni caso, l'esplicito riconoscimento dei diritti sindacali in capo ai soci lavoratori risponde a un'esigenza manifestata non solo da questi ultimi, ma anche dalla dottrina e dalle stesse

del significato del filtro di compatibilità, al fine di risolvere il contenzioso in ordine alla fruizione dei diritti sindacali.

(114) Trib. Torino, 22 febbraio 2005 (decr.) – Est. Malanetto –, a quanto consta inedita. Sostanzialmente nello stesso senso Trib. Milano, 5 agosto 2005 (decr.), in *D&L – Riv. crit. dir. lav.*, 2005, p. 738, e Trib. Voghera, 2 ottobre 2003 (decr.), in *D&L – Riv. crit. dir. lav.*, 2003, p. 735. Quest'ultima pronuncia ha ritenuto che la modifica dell'art. 2 della legge n. 142 a opera dell'art. 9 della legge n. 30/2003 non comporta l'abrogazione delle norme contrattuali regolatrici dei diritti di cui al Titolo III dello Statuto dei lavoratori vigenti al momento dell'entrata in vigore della nuova disciplina: ciò anche in ragione del fatto che la nuova formulazione dell'art. 2 demanda proprio alla contrattazione collettiva la concreta disciplina dell'esercizio dei diritti di cui al Titolo III compatibilmente con lo stato di socio lavoratore.

(115) T. Treu, *Politiche del lavoro...*, op. cit., pp. 184-185, rileva che le normative in materia di salute e sicurezza del lavoro tendono ad applicarsi in modo indifferenziato alle varie attività di lavoro, anche perché connesse alla protezione di beni primari della persona che lavora.

(116) Cfr. L. Nogler, M. Tremolada, C. Zoli, *Note introduttive*, op. cit., pp. 341-342.

(117) C. Zoli, *Le modifiche...*, op. cit., p. 295, rileva che, dopo la suddetta modifica di cui alla legge n. 30/2003, la disposizione di cui all'ultimo periodo dell'art. 2 deve essere circoscritta ai diritti sindacali diversi da quelli previsti dal Titolo III dello Statuto dei lavoratori.

Centrali cooperative, che hanno sostanzialmente riconosciuto la necessità dell'attività sindacale anche all'interno delle cooperative (118).

Legata al tema dell'esercizio dei diritti sindacali è poi l'applicabilità dell'art. 28, Statuto dei lavoratori, da ritenersi ora pacifica e non controvertibile, pur a fronte di un prevalente orientamento giurisprudenziale in senso negativo formatosi anteriormente all'approvazione della legge n. 142 (119) e di qualche dubbio avanzato da parte della dottrina anche in relazione alla nuova disciplina (120). In proposito, alcune pronunce dei giudici di merito (121) sono già intervenute a chiarire l'applicabilità della procedura per repressione della condotta antisindacale con riferimento a comportamenti della cooperativa suscettibili di ledere la libertà sindacale dei soci lavoratori (122).

A fronte di queste esplicite previsioni, che indicano alcune disposizioni certamente applicabili ai soci lavoratori, rimane il problema di individuare le normative compatibili con la posizione del socio lavoratore ai sensi dell'art. 1, comma 3, secondo periodo, della legge n.

(118) In generale, sul ruolo e l'utilità del sindacato all'interno delle imprese cooperative, cfr. F. Galgano, *L'autogestione cooperativa...*, *op. cit.*, pp. 83-85; G. Giugni, *L'apporto del movimento cooperativo...*, *op. cit.*, p. 129; V. Galetti, *Impresa cooperativa e sistema produttivo*, in W. Briganti (a cura di), *Il movimento cooperativo in Italia 1963-1980*, Roma-Bologna, 1982, pp. 359-360.

(119) Vedi, dopo l'approvazione della legge n. 142, ma (ovviamente) in relazione a casi anteriori alla sua entrata in vigore, Cass. 27 agosto 2002, n. 12584, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, II, p. 482; Cass. 27 novembre 2002, n. 14040, in *Mass. Giust. civ.*, 2002, p. 1739. *Contra*, per l'applicabilità dell'art. 28 Statuto dei lavoratori anche prima della novella legislativa, Corte d'App. Milano, 30 marzo 2001, in *Riv. it. dir. lav.*, 2002, II, p. 724.

(120) A. Maresca, *Il rapporto di lavoro...*, *op. cit.*, 2002, p. 627: «preso atto che la giurisprudenza di legittimità non ammette le associazioni sindacali di soci di cooperativa all'azione prevista dall'art. 28, legge n. 300 del 1970, sembra possibile che forme alternative di tutela in sede arbitrale possano essere convenzionalmente attivate con gli accordi collettivi di cui all'art. 2».

(121) Trib. Cuneo, 5 gennaio 2002 (decr.), e Trib. Vigevano, 11 febbraio 2002 (decr.), entrambi in *D&L - Riv. crit. dir. lav.*, 2002, p. 71; Trib. Voghera, 2 ottobre 2003 (decr.), cit.; Trib. Roma, 23 gennaio 2003 (decr.), in q. *Riv.*, 2004, II, p. 388; Trib. Torino, 22 febbraio 2005 (decr.), cit.; Trib. Milano, 5 agosto 2005 (decr.), cit. Vedi, però, Trib. Bergamo, 8 ottobre 2004, in *Dir. rel. ind.*, 2005, p. 780.

(122) In particolare Trib. Vigevano, 11 febbraio 2002 (decr.), cit., si domanda retoricamente che senso giuridico avrebbe riconoscere il diritto di associazione e di attività sindacale e il divieto di atti discriminatori in campo sindacale all'interno delle cooperative senza consentire, nel contempo, l'utilizzazione dell'apposito strumento di tutela apprestato dall'art. 28 dello Statuto dei lavoratori.

142 (123). La dottrina si è incaricata di avanzare alcune ipotesi in relazione all'applicabilità o meno di diverse disposizioni ai soci lavoratori con rapporto di lavoro subordinato (licenziamenti collettivi, Cassa integrazione guadagni straordinaria, Trattamento di fine rapporto, Fondo di garanzia per il Tfr), dovendo peraltro fare in modo problematico i conti con quanto previsto da discipline anteriori alla legge n. 142.

L'opinione più convincente appare, ancora una volta, quella che fa dipendere la valutazione di compatibilità dal rispetto dei presupposti dell'inscindibilità del rapporto di lavoro da quello associativo e della funzionalizzazione di entrambi i rapporti al raggiungimento degli scopi sociali (124).

A fronte di questi parametri di valutazione non sembrano sussistere motivi ostativi all'applicazione ai soci lavoratori con rapporto di lavoro subordinato delle discipline relative ai licenziamenti collettivi (pur con alcuni consistenti temperamenti e adattamenti) (125), alla Cassa integrazione guadagni straordinaria, al Trattamento di fine rapporto (126) e al Fondo di garanzia per il Tfr.

È stato, invece, osservato che – considerati il rilievo che ai fini dell'ingresso in società conserva il gradimento della cooperativa e l'inscindibilità del rapporto associativo da quello di lavoro – sembra possibile escludere l'applicabilità delle normative inerenti le assunzioni riservate alle cd. «fasce deboli» (ove ancora prevista) e il collocamento obbligatorio dei disabili (legge n. 68/1999) (127).

(123) L. Nogler, M. Tremolada, C. Zoli, *Note introduttive*, op. cit., p. 343, osservano che gli effetti e gli esiti del giudizio di compatibilità sono totalmente affidati alla discrezionalità dell'interprete. Cfr. anche D. Vedani, *Le novità per il socio lavoratore di cooperativa*, in *Dir. prat. lav.*, n. 20/2001, pp. 1307 ss., secondo il quale il concetto di compatibilità non appare per niente univoco, potendosi facilmente prestare a interpretazioni soggettive.

(124) M. De Luca, *Il socio lavoratore...*, op. cit., c. 240. Cfr. L. Nogler, M. Tremolada, C. Zoli, *Note introduttive*, op. cit., p. 342.

(125) E. Gagnoli, *Collegamento negoziale e recesso...*, op. cit., p. 446, correttamente rileva che in tema di determinazione della persona da licenziare per giustificato motivo oggettivo o nell'ambito dei recessi collettivi, nell'impostazione dei criteri di scelta l'impresa deve privilegiare i soci rispetto ad altri dipendenti, in attuazione del suo fine mutualistico, a prescindere dall'anzianità, dai carichi di famiglia e, per mansioni fungibili, dalle stesse esigenze aziendali.

(126) Anche in questo caso con alcune possibili particolarità, come rileva D. Vedani, *Cooperative di lavoro: Tfr e previdenza complementare*, in *Dir. prat. lav.*, n. 17/2007, pp. 1071 ss.

(127) C. Zoli, *Le modifiche...*, op. cit., pp. 284-285, ove anche l'osservazione che la verifica di compatibilità non sembra consentire deroghe molto rilevanti alla discipli-

Inoltre, parte della dottrina afferma, sia pure in termini dubitativi, l'incomputabilità dei soci lavoratori con rapporto di lavoro subordinato nel livello occupazionale richiesto dall'art. 35 dello Statuto dei lavoratori per l'accesso alla tutela reale (128), anche sulla scorta di quanto previsto dall'art. 4, comma 1, della citata legge n. 68/1999 in materia di accesso al lavoro dei disabili (129). In senso contrario, si potrebbe peraltro rilevare che proprio l'art. 2 della legge n. 142 ritene applicabile – in linea generale ed eccezion fatta per le specifiche esclusioni, limitazioni o deroghe previste dal medesimo art. 2 – la legge n. 300/1970 ai soci lavoratori con rapporto di lavoro subordinato. In particolare, l'applicazione dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori è esclusa solo allorquando venga a cessare, col rapporto di lavoro, anche quello associativo: tale disposizione, ragionando *a contrario*, porta a concludere che l'art. 18 risulta applicabile al socio lavoratore ove col rapporto di lavoro non venga a cessare anche quello associativo (130). Ne deriva, di conseguenza, che se l'art. 18 è applicabile anche al socio lavoratore, quest'ultimo dovrebbe rientrare nel novero dei lavoratori computabili per determinare la soglia dimensionale di cui all'art. 35 della legge n. 300/1970.

11. — *Il trattamento economico del socio lavoratore* — Il ravvicinamento tra la disciplina applicabile al lavoratore subordinato e quella applicabile al socio lavoratore con rapporto di lavoro subordinato diviene sostanziale con riferimento al trattamento economico.

Prevede, infatti, l'art. 3, comma 1, prima parte, della legge n. 142 che «fermo restando quanto previsto dall'articolo 36 della legge 20 maggio 1970, n. 300» – vale a dire, in particolare, gli «Obblighi dei titolari di benefici dallo Stato e degli appaltatori di opere pubbliche» di applicare o far applicare nei confronti dei lavoratori dipendenti condizioni non inferiori a quelle risultanti dai contratti collettivi di lavoro della categoria e della zona (131) – «le società cooperative sono tenute a corrispondere

na applicabile al tipo lavoro subordinato, eccezion fatta (appunto) per le disposizioni dirette a incidere sulla costituzione del rapporto di lavoro.

(128) Di questo avviso M. De Luca, *Il socio lavoratore...*, *op. cit.*, cc. 240-241.

(129) L'articolo 4, comma 1, della legge n. 68/1999 dispone che, agli effetti della determinazione del numero dei soggetti disabili da assumere, non sono computabili tra i dipendenti i soci di cooperative di produzione e lavoro.

(130) Sul punto, in modo specifico, Trib. Milano, 15 gennaio 2007, *cit.*

(131) Vedi, in giurisprudenza, Trib. Monza, 12 maggio 2003, in *Foro it.*, 2003, I, c. 3451.

al socio lavoratore un trattamento economico complessivo proporzionato alla quantità e qualità del lavoro prestato e comunque non inferiore ai minimi previsti, per prestazioni analoghe, dalla contrattazione collettiva nazionale del settore o della categoria affine» (132).

Ai soci lavoratori con rapporto di lavoro subordinato viene, quindi, garantita – in conformità all'art. 36 Cost. (133), il cui dettato viene parzialmente riproposto nella formulazione dell'art. 3 della legge n. 142 – la proporzionalità e sufficienza del trattamento economico complessivo erogato loro dalla cooperativa. Il parametro di riferimento è costituito dai minimi previsti, per prestazioni analoghe, dalla contrattazione col-

(132) C. Zoli, E. Cusa, *Il trattamento economico del socio lavoratore*, in L. Nogler, M. Tremolada, C. Zoli, *La riforma della posizione...*, op. cit., p. 407, condivisibilmente affermano che il richiamo all'art. 36 Cost. appare ispirato alla volontà del legislatore non soltanto di tutelare il socio lavoratore, ma anche, e forse soprattutto, di regolare la concorrenza fra i vari attori del mercato, imprese cooperative e non. La disposizione in materia di trattamento economico sembra incontrare il favore delle Centrali cooperative, o almeno di parte di esse. Osserva, infatti, il Presidente di Legacoop Toscana G. Bertinelli, *Intervento*, op. cit., p. 3 del datiloscritto: «Ci troviamo di fronte a una scelta equilibrata, che risponde a diverse esigenze, tra le quali quella di tutelare i diritti costituzionali dei soci lavoratori; rendere difficile la vita alla cooperazione falsa; rispettare le regole della concorrenza, soprattutto evitando di far leva sulla riduzione del costo del lavoro; confermare alcuni margini di flessibilità affidando all'assemblea (cioè ai soci stessi) la competenza di corrispondere il “secondo livello remunerativo” (articolo 3, lettera a) e, ovviamente, il ristorno (articolo 3, lettera b). Sono esigenze che devono essere coordinate e rese coerenti a una figura giuridica che, come afferma la stessa legge, partecipa al rischio d'impresa, ai risultati economici e alle decisioni sulla loro destinazione, ma ha diritto a un trattamento economico proporzionato alla quantità e qualità del lavoro prestato».

(133) Vedi, in relazione a controversia cui *ratione temporis* non era applicabile la legge n. 142, Cass. 28 agosto 2004, n. 17250, in *De&L – Riv. crit. dir. lav.*, 2004, p. 961: «È vero [...] che tale canone retributivo posto dall'art. 3 della cit. legge n. 142 [...] non trova applicazione retroattiva; ma la ricordata evoluzione normativa [...] aveva già creato un contesto favorevole all'applicazione diretta, anche nella fattispecie del socio lavoratore, del canone della retribuzione proporzionata e sufficiente [...] che va letto congiuntamente alla generale prescrizione del comma 1 dell'art. 35 Cost. [...]. [...] la affermata forza espansiva dell'art. 36, comma 1, Cost., [...], va bilanciata con altro valore costituzionalmente protetto, quale quello previsto dall'art. 45, comma 1, Cost. [...]. Ossia il canone della retribuzione proporzionata e sufficiente è sì applicabile direttamente anche al socio lavoratore, [...], ma nella misura in cui non risulti vulnerata la funzione sociale della cooperazione a carattere di mutualità. [...]. Sicché a fronte della richiesta del socio lavoratore di adeguamento della retribuzione percepita al canone di quella proporzionata e sufficiente la cooperativa [...] può eccepire che il livello retributivo riconosciuto è quello in concreto compatibile con la possibilità per la cooperativa stessa di operare».

lettiva nazionale del settore o della categoria affine (134). Al riguardo, recentemente il legislatore è però intervenuto, stabilendo – nell’art. 7, comma 4, del d.l. n. 248/2007 (cd. «decreto milleproroghe», convertito in legge n. 31/2008) – che «Fino alla completa attuazione della normativa in materia di socio lavoratore di società cooperative, in presenza di una pluralità di contratti collettivi della medesima categoria, le società cooperative che svolgono attività ricomprese nell’ambito di applicazione di quei contratti di categoria applicano ai propri soci lavoratori, ai sensi dell’articolo 3, comma 1, della legge 3 aprile 2001, n. 142, i trattamenti economici complessivi non inferiori a quelli dettati dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni datoriali e sindacali comparativamente più rappresentative a livello nazionale nella categoria».

La norma ha evidentemente l’apprezzabile finalità di regolare la concorrenza all’interno del mondo cooperativo (135) ed evitare il troppo frequente rinvio nella prassi – da parte soprattutto delle false cooperative – a contratti collettivi che prevedono trattamenti economici dei soci lavoratori anche notevolmente inferiori rispetto a quelli previsti per la

(134) A. Vallebona, *L'incostituzionale stravolgimento...*, op. cit., p. 814, ritiene incostituzionale, per palese violazione dell’art. 39 Cost., l’imposizione di trattamenti economici non inferiori a quelli previsti dai contratti collettivi, trattandosi della estensione per legge della efficacia dei contratti collettivi di diritto comune a tutti i soci-dipendenti della cooperativa (al di fuori dei casi di legittima incentivazione all’applicazione dei contratti collettivi prevista dall’art. 36 dello Statuto dei lavoratori). Operando una ricognizione sulle diverse interpretazioni della norma in esame, C. Zoli, *Le modifiche...*, op. cit., p. 299, osserva tuttavia che si è pressoché unanimemente convenuto che il rinvio ai contratti collettivi non comporta, né può comportare, l’applicazione diretta del contratto collettivo indicato dal legislatore (pena, appunto, l’incostituzionalità per contrasto con l’art. 39 Cost.), ma stabilisce solo il parametro di riferimento per la determinazione della retribuzione che la cooperativa deve garantire ai propri soci.

(135) L’Accordo 31 maggio 2007, relativo al «Tavolo di concertazione. Sistema di tutele, mercato del lavoro e previdenza. Proposte comuni di Agci, Confcooperative, Legacoop, Cgil, Cisl, Uil in materia di cooperative “spurie”, appalti e *dumping* contrattuale», ha rilevato, con riferimento alla questione della regolarità degli appalti e alla lotta ai «contratti pirata»: «Contratti di lavoro sottoscritti da organizzazioni datoriali e sindacali, spesso di dubbia rappresentatività, sono strumento di vero e proprio *dumping* sociale lesivo dei trattamenti dei lavoratori e non rispettoso dell’articolo 36 della Costituzione. [...] le Parti ritengono utile che il Ministero del lavoro predisponga un’apposita Circolare interpretativa dell’art. 3 della legge n. 142/01, chiarendo quale debba essere la natura dei “contratti nazionali di settore o di categoria affine” per evitare la proliferazione di Ccnl sottoscritti da organizzazioni datoriali e sindacali prive di reale rappresentatività, e la cui stipula determina *dumping* sociale distortivo delle condizioni sia di concorrenza sia di tutela del lavoro, e non rispettoso dell’articolo 36 della Costituzione».

medesima categoria dai contratti collettivi applicati dalle cooperative aderenti alle principali associazioni del movimento cooperativo (136). Tale obiettivo di regolazione e contrasto alla concorrenza sleale viene perseguito attraverso una sorta di norma transitoria – questo sembra il significato che il legislatore ha voluto attribuire all'espressione «Fino alla completa attuazione della normativa in materia di socio lavoratore di società cooperative» – apparentemente mutuata dal modello della legge Vigorelli (e inserita in un decreto legge, la cui legittimità *ex art. 77 Cost.* deriva dal contenere misure di «Proroga di termini previsti da disposizioni legislative e disposizioni urgenti in materia finanziaria») (137). Il riferimento a una regolamentazione provvisoria pare, quindi, finalizzato a «salvare» la disposizione dai possibili profili di incostituzionalità per violazione dell'art. 39 Cost., ma si scontra con il dato giuridico e di fatto che registra – al contrario di quanto previsto dalla norma – la completa attuazione della normativa in materia di socio lavoratore di società cooperative e, in particolare, della legge n. 142. Semmai si pone il problema dell'effettiva applicazione di tale legge in tutte le sue parti (compresi i controlli sulle false cooperative) e a tutte le cooperative, ma tale questione non riguarda in alcun modo l'attuazione della normativa in materia di socio lavoratore.

A parere di chi scrive, c'è quindi una sola interpretazione che può provare a fugare i dubbi di incostituzionalità di questa norma: fare riferimento ai «trattamenti economici complessivi non inferiori a quelli dettati dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni datoriali e sindacali comparativamente più rappresentative a livello nazionale nella categoria» come mero parametro esterno e indiretto di commisurazione del trattamento economico complessivo proporzionato – ai sensi dell'art. 36 Cost., come richiamato dall'art. 3, comma 1, della legge n. 142 – alla quantità e qualità del lavoro prestato dal socio lavoratore. Per la verità,

(136) Tale disposizione rappresenta la traduzione in legge del (diverso) impegno assunto dal governo – nell'ambito della stipulazione del cd. «Protocollo cooperazione» siglato il 10 ottobre 2007 da Ministero del lavoro e della previdenza sociale, Ministero dello sviluppo economico, Agci, Confcooperative, Legacoop, Cgil, Cisl, Uil – di avviare «ogni idonea iniziativa amministrativa affinché le cooperative adottino trattamenti economici complessivi del lavoro subordinato, previsti dall'articolo 3, comma 1, della legge 3 aprile 2001, n. 142, non inferiori a quelli previsti dal contratto collettivo nazionale di lavoro sottoscritto dalle associazioni del movimento cooperativo e dalle organizzazioni sindacali per ciascuna parte comparativamente più rappresentative sul piano nazionale nel settore di riferimento».

(137) Così la rubrica del decreto legge.

tale strategia avrebbe potuto essere perseguita in modo più semplice (e giuridicamente più efficace) condizionando le agevolazioni riconosciute alle cooperative all'effettiva erogazione nei confronti dei soci lavoratori dei suddetti «trattamenti economici complessivi non inferiori a quelli dettati dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni datoriali e sindacali comparativamente più rappresentative a livello nazionale nella categoria». Ciò in applicazione della consolidata teoria dell'onere.

A questo proposito, come già rilevato, una condizione di miglior favore (138) resta salva per quei soci lavoratori con rapporto di lavoro subordinato che effettuino le loro prestazioni lavorative in favore di cooperative che godano di benefici da parte dello Stato ovvero siano aggiudicatrici di appalti di opere pubbliche: in questo caso ai soci lavoratori con rapporto di lavoro subordinato spettano condizioni non inferiori a quelle risultanti dai contratti collettivi di lavoro della categoria e della zona.

Il principio generale del *favor*, pacificamente applicabile ai lavoratori dipendenti, pare debba trovare applicazione anche nel caso in cui condizioni di miglior favore siano stabilite da contratti collettivi direttamente applicabili nei confronti di soci lavoratori con rapporto di lavoro subordinato (139).

Di particolare rilievo è poi l'estensione di parametri vincolanti di commisurazione del compenso dovuto anche ai rapporti di lavoro diversi da quello subordinato, per i quali si stabilisce che le società cooperative siano tenute a corrispondere al socio lavoratore un trattamento economico complessivo proporzionato alla quantità e qualità del lavoro prestato, e comunque non inferiore, «in assenza di contratti o accordi collettivi specifici, ai compensi medi in uso per prestazioni analoghe rese in forma di lavoro autonomo» (art. 3, comma 1, seconda parte, della legge n. 142) (140). Ritiene, infatti, la dottrina prevalente che il riferimento al trattamento economico complessivo proporzionato alla quan-

(138) Infatti, secondo A. Maresca, *Il rapporto di lavoro...*, *op. cit.*, p. 623, «si deve ritenere che il trattamento economico ex art. 3 costituisce, probabilmente, un *minus* rispetto a quello derivante dall'art. 36 Stat. lav. che, proprio per questo, deve restare, comunque, «fermo». C. Zoli, *Il corrispettivo della prestazione lavorativa*, in L. Nogler, M. Tremolada, C. Zoli, *La riforma della posizione...*, *op. cit.*, p. 411, aggiunge che il richiamo dell'art. 36, legge n. 300/1970, introduce in ogni caso una disposizione di miglior favore rispetto a quella dell'art. 3, legge n. 142, poiché i contratti collettivi di lavoro della categoria e della zona cui la norma rinvia «non sono soltanto quelli nazionali, ma anche gli accordi provinciali, se non addirittura aziendali, qualora più favorevoli».

(139) Di questo avviso, M. De Luca, *Il socio lavoratore...*, *op. cit.*, c. 244.

(140) Cfr. C. Zoli, *Il corrispettivo...*, *op. cit.*, pp. 413-414.

tà e qualità del lavoro prestato, essendo riferito in generale al socio lavoratore, debba riguardare anche i soci con rapporti di lavoro diversi da quello subordinato, cui si applicheranno in via prioritaria i contratti e gli accordi collettivi specifici. Solo in assenza di tali contratti e accordi collettivi specifici opererà la garanzia di un trattamento economico complessivo non inferiore ai compensi medi in uso per prestazioni analoghe rese in forma di lavoro autonomo (141).

Ulteriori trattamenti economici possono essere deliberati dall'assemblea, in favore del socio lavoratore con rapporto di lavoro subordinato, a titolo di maggiorazione retributiva ovvero di ristoro.

Nel primo caso, l'assemblea – secondo le modalità stabilite in accordi collettivi tra le associazioni nazionali del movimento cooperativo e le organizzazioni sindacali dei lavoratori, comparativamente più rappresentative – può erogare trattamenti economici ulteriori a titolo di maggiorazione retributiva (art. 3, comma 2, lett. *a*, della legge n. 142).

Nel secondo caso, l'assemblea, in sede di approvazione del bilancio di esercizio, può erogare ulteriori trattamenti economici a titolo di ristoro, «in misura non superiore al 30 per cento dei trattamenti retributivi complessivi di cui al comma 1 e alla lettera *a*, mediante integrazioni delle retribuzioni medesime, mediante aumento gratuito del capitale sociale sottoscritto e versato, [...], ovvero mediante distribuzione gratuita dei titoli di cui all'articolo 5 della legge 31 gennaio 1992, n. 59» (art. 3, comma 2, lett. *b*).

La disposizione in ordine ai ristori ha sollevato, peraltro, alcune perplessità.

In primo luogo, è stato rilevato che l'esenzione dei ristori dalla base di computo per la contribuzione previdenziale – ai sensi dell'art. 4, comma 2, della legge n. 142 –, e il riferimento – di cui all'art. 3, comma 1, della medesima legge – all'erogazione di un trattamento economico complessivo sulla base dei parametri di cui all'art. 36 Cost., potrebbe indurre le cooperative a soddisfare i requisiti di proporzionalità e sufficienza attraverso l'erogazione di una congrua parte del trattamento economico complessivo sotto forma di ristori. In questo modo, le cooperative potrebbero soddisfare il disposto di cui all'art. 3, comma 1, della legge n. 142 e, contemporaneamente, ottenere un notevole risparmio di spesa per contributi (142). A tale proposito, è stata quindi condivisi-

(141) In questo senso M. De Luca, *Il socio lavoratore...*, op. cit., c. 244.

(142) Cfr. L. Di Paola, *Società cooperative...*, op. cit., p. 933.

bilmente avanzata la tesi secondo cui il beneficio dell'esenzione dei ristorni dalla base di computo per la contribuzione previdenziale possa essere riconosciuto solo laddove le cooperative applichino integralmente nei confronti dei propri soci lavoratori con rapporto di lavoro subordinato le disposizioni retributive previste dai Ccnl di categoria (143).

Altra questione di rilievo in tema di ristorni riguarda la possibilità di una loro attribuzione anche ai soci lavoratori con rapporto di lavoro diverso da quello subordinato. Il tenore letterale dell'art. 3, comma 2, lett. *b*, della legge n. 142 parrebbe escludere una tale possibilità, ma sembra invero ingiustificato e irrazionale escludere i soci lavoratori con rapporto di lavoro diverso da quello subordinato da un trattamento che è strettamente connesso al rapporto associativo e non appare influenzato dal tipo di rapporto di lavoro che intercorre tra la cooperativa e il socio lavoratore.

Una particolare eccezione alla disciplina del trattamento economico del socio lavoratore è stata poi prevista dall'art. 9 della legge n. 30/2003, che ha inserito il comma 2-*bis* nell'art. 3 della legge n. 142. Tale disposizione – in conformità a una consolidata tradizione del settore della cooperazione della pesca che contempla il cosiddetto «trattamento alla parte» – prevede che, «in deroga alle disposizioni di cui al comma 1, le cooperative della piccola pesca di cui alla legge 13 marzo 1958, n. 250, possono corrispondere ai propri soci lavoratori un compenso proporzionato all'entità del pescato, secondo criteri e parametri stabiliti dal regolamento interno previsto dall'articolo 6».

12. — *Il regolamento interno (e la sua certificazione)* — Il regolamento interno della cooperativa assume rilevanza centrale nella nuova disciplina del socio lavoratore prevista dalla legge n. 142 (144), tanto da venir menzionato già nell'art. 1 della legge laddove si prevede che la pre-

(143) D. Vedani, *Le novità...*, *op. cit.*, pp. 1307 ss., che ulteriormente chiarisce: «D'altro canto, se il ristorno deve rappresentare il vantaggio mutualistico, deve consistere in qualcosa che si va ad aggiungere alla retribuzione di mercato o di Ccnl, obiettivo minimo che il socio deve perseguire attraverso lo strumento cooperativo. Una volta raggiunto il salario di mercato (Ccnl) si potrà parlare di distribuzione di ristorni, realizzando così il vantaggio mutualistico. Vantaggio quest'ultimo che il legislatore ha incentivato, attraverso la "decontribuzione" predetta, sulla base dei principi indicati dall'art. 45 Cost.».

(144) Cfr. S. Palladini, *Il lavoro nelle cooperative...*, *op. cit.*, pp. 98 ss., la quale rileva il recupero di centralità dei profili di autodeterminazione interna alla società cooperativa.

stazione di attività lavorative da parte del socio sia regolata «sulla base di previsioni di regolamento che definiscono l'organizzazione del lavoro dei soci». L'art. 4, comma 1, ne ribadisce poi l'importanza, stabilendo che «ai fini della contribuzione previdenziale e assicurativa» – *id est* assistenziale – «si fa riferimento alle normative vigenti previste per le diverse tipologie di rapporti di lavoro adottabili dal regolamento delle società cooperative nei limiti di quanto previsto dall'articolo 6».

Infine, l'art. 6 della legge disciplina compiutamente il regolamento interno e stabilisce che «le cooperative di cui all'articolo 1 definiscono un regolamento, approvato dall'assemblea, sulla tipologia dei rapporti che si intendono attuare, in forma alternativa, con i soci lavoratori. Il regolamento deve essere depositato entro trenta giorni dall'approvazione presso la Direzione provinciale del lavoro competente per territorio. Il regolamento deve contenere in ogni caso: a) il richiamo ai contratti collettivi applicabili, per ciò che attiene ai soci lavoratori con rapporto di lavoro subordinato; b) le modalità di svolgimento delle prestazioni lavorative da parte dei soci, in relazione all'organizzazione aziendale della cooperativa e ai profili professionali dei soci stessi, anche nei casi di tipologie diverse da quella del lavoro subordinato; c) il richiamo espresso alle normative di legge vigenti per i rapporti di lavoro diversi da quello subordinato; d) l'attribuzione all'assemblea della facoltà di deliberare, all'occorrenza, un piano di crisi aziendale, nel quale siano salvaguardati, per quanto possibile, i livelli occupazionali e siano altresì previsti: la possibilità di riduzione temporanea dei trattamenti economici integrativi di cui al comma 2, lettera *b*, dell'articolo 3; il divieto, per l'intera durata del piano, di distribuzione di eventuali utili; e) l'attribuzione all'assemblea della facoltà di deliberare, nell'ambito del piano di crisi aziendale di cui alla lettera *d*, forme di apporto anche economico, da parte dei soci lavoratori, alla soluzione della crisi, in proporzione alle disponibilità e capacità finanziarie; f) al fine di promuovere nuova imprenditorialità, nelle cooperative di nuova costituzione, la facoltà per l'assemblea della cooperativa di deliberare un piano d'avviamento alle condizioni e secondo le modalità stabilite in accordi collettivi tra le associazioni nazionali del movimento cooperativo e le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative».

Precisava, poi, il comma 2 dell'articolo 6 – nella formulazione originaria, anteriore alle modifiche apportate dalla legge n. 30/2003 – che «salvo quanto previsto alle lettere *d*, *e* e *f* del comma 1, il regolamento

non può contenere disposizioni derogatorie *in peius* rispetto ai trattamenti retributivi e alle condizioni di lavoro previsti dai contratti collettivi nazionali di cui all'articolo 3. Nel caso in cui violi la disposizione di cui al primo periodo, la clausola è nulla» (145).

Le cooperative sono, quindi, tenute a determinare, con regolamento interno approvato dall'assemblea, la tipologia dei rapporti da instaurare con i soci lavoratori, le modalità di svolgimento delle prestazioni lavorative da parte dei soci, il richiamo ai contratti collettivi applicabili ai rapporti di lavoro subordinato, le normative di legge vigenti per i rapporti di lavoro diversi da quello subordinato e le misure per fronteggiare possibili crisi aziendali.

La previsione di cui al comma 1 dell'art. 6 ha dato adito ad alcuni dubbi con riferimento all'interpretazione dell'inciso «in forma alternativa»: da un lato, si è sostenuto – sulla base di un orientamento fatto proprio anche dal Ministero del lavoro – che sia possibile stipulare con il socio un solo rapporto di lavoro, sia esso di tipo subordinato, autonomo o parasubordinato (146); dall'altro lato, si è invece ritenuto che per ogni figura professionale si debbano individuare le diverse possibili modalità di svolgimento della prestazione, che giustificano l'attuazione dell'una o dell'altra tipologia di lavoro (147).

(145) La Circolare 17 giugno 2002, n. 34, del Ministero del lavoro sottolinea che in ordine al contratto collettivo applicabile, vertendosi su disciplina negoziale di diritto comune, esso esprime valore cogente per le cooperative aderenti alle Centrali cooperativistiche che lo abbiano sottoscritto. Al contrario – sostiene ancora la Circolare – per le altre cooperative opera il principio di libertà sindacale negativa ai sensi dell'art. 39 Cost. Per esse si ritiene applicabile, in virtù dell'art. 36 Cost., la sola parte economica del Ccnl, nel senso che la società cooperativa è tenuta alla corresponsione di un trattamento economico non inferiore ai minimi contrattuali previsti dal Ccnl del settore o della categoria affine, salva restando, per il resto, l'osservanza del Ccnl che la cooperativa ha dichiarato di applicare. Comunque, qualora non sia effettuato rinvio alle norme del contratto collettivo applicato, sussiste in capo al datore di lavoro l'obbligo (*ex d.lgs. n. 152/1997*) di fornire determinate, essenziali informazioni inerenti le condizioni applicabili al rapporto di lavoro instaurato.

(146) M. De Luca, *Il socio lavoratore...*, *op. cit.*, c. 247. La suddetta Circolare 17 giugno 2002, n. 34, del Ministero del lavoro, al riguardo, afferma che «l'inciso della norma sulla circostanza che tale previsione debba essere introdotta in forma alternativa, farebbe escludere che lo stesso socio possa avere contemporaneamente un rapporto subordinato e uno di collaborazione cosa che invece accade di frequente con gli amministratori che sono anche soci lavoratori di cooperative».

(147) Di questo avviso L. Nogler, *Il regolamento interno*, in L. Nogler, M. Tremolada, C. Zoli, *La riforma della posizione...*, *op. cit.*, p. 469, secondo i quali l'e-

La dottrina ha da subito rilevato – in conformità alla giurisprudenza costituzionale in tema di indisponibilità del tipo contrattuale (148) – che la qualificazione giuridica dei rapporti di lavoro instaurati dai soci con la cooperativa dipende in ogni caso dalle modalità di effettivo svolgimento del rapporto di lavoro e non può essere vincolata dalle previsioni del regolamento, che rimane un atto di autonomia privata non suscettibile di derogare ai criteri di qualificazione giuridica stabiliti dalla legge (149). Proprio per tale ultimo motivo, del resto, in sede di approvazione della legge n. 142 si era deciso di espungere la procedura di certificazione, ritenendola inessenziale (150) a fronte di un atto unilaterale espressivo, appunto, dell'autonomia privata della cooperativa.

Di particolare rilievo poi l'attribuzione all'assemblea della facoltà di deliberare, in caso di necessità, un piano di crisi aziendale, volto in primo luogo alla salvaguardia dei livelli occupazionali. Durante il periodo di crisi aziendale, il piano può prevedere la riduzione temporanea dei ristorni ovvero dei trattamenti economici integrativi connessi al rapporto associativo, come pure il divieto di distribuzione di utili per il periodo corrispondente. Oltre a ciò l'assemblea può deliberare forme di apporto anche economico, da parte dei soci lavoratori, alla soluzione della crisi, in proporzione alle disponibilità e capacità finanziarie (151).

spresione intende affermare che per ogni mansione devono essere specificate le modalità di svolgimento che giustificano volta a volta l'uno o l'altro rapporto di lavoro.

(148) Corte Cost., 29 marzo 1993, n. 121, in *Foro it.*, 1993, I, c. 2432, e Corte Cost., 31 marzo 1994, n. 115, in *Foro it.*, 1994, I, c. 2656.

(149) In questo senso: M. De Luca, *Il socio lavoratore...*, *op. cit.*, c. 246; M. Pallini, *La «specialità»...*, *op. cit.*, p. 383.

(150) M. De Luca, *Il socio lavoratore...*, *op. cit.*, c. 248.

(151) Vedi, con riferimento a una controversia cui *ratione temporis* non si applicava la legge n. 142/2001, Cass. 7 marzo 2005, n. 4822, in *Dir. & Giust.*, n. 18/2005, p. 24: «il trasferimento nelle casse della società, a copertura dei debiti accumulati in precedenza, di somme di pertinenza dei soci, nonché dei compensi dovuti per il lavoro straordinario non può che essere realizzato con atto negoziale, trattandosi della cessione di diritti soggettivi perfetti, purché gli stessi siano già maturati; la cessione negoziale costituisce il presupposto logico-giuridico della successiva delibera assembleare che, preso atto di tale volontà negoziale, porta quei crediti come posta attiva per chiudere il bilancio in pareggio. [...] L'acquisizione del Tfr da parte della cooperativa non può derivare né da un atto unilaterale (la delibera assembleare che imponga ai soci della cooperativa la rinuncia al trattamento di fine rapporto) né da una cessione, convenzionale, prima della maturazione del diritto, stante la nullità del negozio per mancanza dell'oggetto». A partire da tale sentenza, e riflettendo sulle innovazioni disciplinari recate dalla legge n. 142/2001, D. Vedani, *Cooperative e rinunce del socio lavoratore*, in *Dir. prat. lav.*, n. 29/2005, pp. 1585-1588, ritiene che – ai sensi dell'art. 6, comma 1,

In altri termini, i soci lavoratori possono deliberare, in qualità di soci, di rinunciare temporaneamente a determinati trattamenti economici e normativi spettantigli quali lavoratori ovvero di realizzare forme di apporto anche economico, al fine di garantire la sopravvivenza economica della cooperativa. Si tratta di specifiche misure di salvataggio dell'impresa cooperativa che possono affiancarsi agli ordinari strumenti di salvaguardia dei livelli occupazionali previsti dalle normative lavoristiche.

Esplicitamente rivolta alla promozione di nuova imprenditorialità cooperativa – secondo la prospettiva già perseguita da alcuni anni attraverso l'istituzione dei fondi mutualistici per la promozione e lo sviluppo della cooperazione – è poi la previsione della «facoltà per l'assemblea della cooperativa di deliberare un piano d'avviamento alle condizioni e secondo le modalità stabilite in accordi collettivi tra le associazioni nazionali del movimento cooperativo e le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative».

La tardiva adozione del regolamento interno, ovvero l'assoluta inerzia della cooperativa nella definizione e approvazione del regolamento, non pare in ogni caso possano paralizzare l'applicazione delle disposizioni della legge n. 142, tanto più che, come già rilevato, il regolamento interno rappresenta un atto di autonomia privata non suscettibile di derogare alle disposizioni di legge in merito alla qualificazione giuridica dei rapporti di lavoro (152).

lett. *d* ed *e* – l'assemblea possa validamente deliberare, all'interno del piano di risoluzione della crisi, un apporto economico dei soci lavoratori consistente in una rinuncia a parte degli emolumenti retributivi, senza che vengano in rilievo l'art. 2113 cod. civ. ovvero la nullità della rinuncia a diritti futuri.

(152) Cfr. Trib. Cuneo, 5 gennaio 2002 (decr.), cit.: «l'adozione, da parte delle cooperative, del regolamento interno previsto dall'art. 6 della legge non rappresenta una condizione di efficacia della nuova normativa. La tipologia del rapporto di lavoro intercorrente tra il socio lavoratore e la cooperativa [...] dipende, in ultima analisi, dalle concrete modalità di svolgimento della prestazione lavorativa e non dalle formali enunciazioni contenute nel regolamento interno eventualmente approvato dall'assemblea ai sensi dell'art. 6 della legge n. 142/01». Nello stesso senso Trib. Monza, 12 maggio 2003, cit.; Trib. Roma, 23 gennaio 2003 (decr.), cit.; Trib. Genova, 12 novembre 2002, cit. Vedi anche la citata Circolare 17 giugno 2002, n. 34, del Ministero del lavoro, ove si afferma che «la previsione astratta, per via regolamentare, del tipo di rapporto da attuare caso per caso serve a consentire un più agevole controllo pubblico da parte della Direzione provinciale del lavoro, ma non determina in concreto il tipo negoziale volta per volta attivato. [...] Se, infatti, la volontà negoziale contrasta con la dinamica del rapporto è a quest'ultima che deve farsi riferimento per la imputazione del tipo».

Anche nel caso dell'art. 6 relativo alla disciplina del regolamento interno, l'art. 9 della legge n. 30/2003 ha, peraltro, introdotto sostanziali modifiche.

In primo luogo, il termine per l'adozione del regolamento interno è stato prorogato al 31 dicembre 2003 (art. 9, comma 1, lett. *e*, della legge n. 30/2003). Tale termine è stato poi ulteriormente differito al 31 dicembre 2004 (153).

In secondo luogo, il comma 2 dell'art. 6 è stato modificato (art. 9, comma 1, lett. *f*, della legge n. 30/2003) e il testo attuale è il seguente: «Salvo quanto previsto alle lettere *d*, *e* e *f* del comma 1 nonché dell'articolo 3, comma 2-*bis*, il regolamento non può contenere disposizioni derogatorie *in peius* rispetto al solo trattamento economico minimo di cui all'articolo 3, comma 1. Nel caso in cui violi la disposizione di cui al primo periodo, la clausola è nulla» (154).

A questo proposito, da un lato, si realizza certamente una diminuzione della tutela per il socio lavoratore – sia sul versante economico, che delle condizioni di lavoro – e si generano alcuni dubbi sulle voci da includere nel trattamento economico minimo.

Da altro punto di vista, la riforma del 2003 consente alle cooperative – o, almeno, a quelle non tenute ad applicare il Ccnl, in quanto non iscritte ad associazioni nazionali del movimento cooperativo firmatarie appunto del contratto – maggior spazio di azione in tema di diritti economici e trattamento normativo, ponendo vincoli molto più stringenti in capo alle cooperative genuine e paradossalmente «ri-

(153) Dall'art. 23-*sexies*, d.l. n. 355/2003, convertito, con modificazioni, nella legge n. 47/2004.

(154) Al riguardo, la Circolare del 18 marzo 2004, n. 10, del Ministero del lavoro afferma che «è stata eliminata la previsione che impediva al regolamento interno di contenere disposizioni derogatorie *in peius* rispetto alle condizioni di lavoro previste dai contratti collettivi. La nuova norma prevede che, salvo gli specifici casi indicati, il regolamento non può contenere disposizioni derogatorie *in peius* rispetto al trattamento economico minimo di cui all'articolo 3, comma 1, della legge n. 142/2001. Ciò determina che al socio lavoratore inquadrato con rapporto di lavoro subordinato debba essere garantita una retribuzione non inferiore ai minimi contrattuali non solo per quanto riguarda la retribuzione di livello (tabellare o di qualifica, contingenza, Edr), ma anche per quanto riguarda le altre norme del contratto che prevedano voci retributive fisse, ovvero il numero delle mensilità e gli scatti di anzianità, a fronte delle prestazioni orarie previste dagli stessi contratti di lavoro (orario contrattuale). Infine si ricorda che per i soci con rapporto di lavoro subordinato sussiste l'obbligo di applicazione di istituti normativi che la legge disciplina per la generalità dei lavoratori (Tfr, ferie ecc.)».

schiano così di allargare ulteriormente la forbice tra chi correttamente opera nel rispetto della legge e chi no» (155). Infatti, laddove la cooperativa non sia tenuta ad applicare il Ccnl in virtù del meccanismo della rappresentanza ovvero della recezione implicita o esplicita dell'accordo collettivo, il regolamento interno dovrà attenersi esclusivamente ai minimi previsti, per prestazioni analoghe, dalla contrattazione collettiva nazionale del settore o della categoria affine, potendo determinare liberamente la parte normativa ovvero riferirsi a contratti collettivi differenti da quelli del settore o della categoria affine (purché siano indicati nel regolamento). Diversamente, la cooperativa vincolata ad applicare il Ccnl non potrà utilizzare un atto unilaterale quale il regolamento interno per modificare in senso peggiorativo le disposizioni contrattuali. In questo senso, nella gerarchia delle fonti il contratto collettivo rimane sovraordinato rispetto al regolamento interno (156).

Peraltro, la stipulazione di alcuni «contratti di lavoro sottoscritti da organizzazioni datoriali e sindacali, spesso di dubbia rappresentatività», ha rappresentato lo «strumento di vero e proprio *dumping* sociale lesivo dei trattamenti dei lavoratori e non rispettoso dell'articolo 36 della Costituzione» (157), falsando la concorrenza all'interno del mondo delle cooperative. Quanto alla parte economica, il citato art. 7, comma 4, del d.l. n. 248/2007 ha inteso – con una norma che pone, però, problemi di costituzionalità e, in ogni caso, pare di modesta vincolatività

(155) Così Dario Vedani, in F. Scarpelli (a cura di), *Cooperative vere e cooperative non genuine...*, op. cit., p. 76.

(156) In questi termini C. Zoli, *Le modifiche...*, op. cit., pp. 298-301. L'Autore osserva che non sembra essersi modificato il rapporto tra regolamento e contratto collettivo e, quindi, la caratteristica dell'inderogabilità delle norme di quest'ultimo qualora la cooperativa si sia vincolata ad applicarlo. Vedi, però, D. Vedani, *Le cooperative...*, op. cit., pp. 98-99 e p. 103, che osserva come i Ccnl di riferimento del mondo cooperativo non siano normalmente volti a disciplinare il trattamento economico normativo dei soci lavoratori, bensì quello dei lavoratori (non soci) dipendenti delle cooperative medesime, quand'anche negli stessi contratti vengano operati alcuni riferimenti ai soci. Da tale circostanza, e dall'eliminazione del riferimento al divieto di deroghe *in peius* alle condizioni di lavoro, dovrebbe conseguire – secondo l'Autore – che le norme del Ccnl volte a regolamentare gli aspetti normativi potranno subire delle deroghe, anche peggiorative, nell'ambito della potestà regolamentare che deriva alla base sociale e in consonanza alla figura comunque peculiare del socio lavoratore.

(157) Entrambe le citazioni dall'Accordo 31 maggio 2007 relativo al «Tavolo di concertazione. Sistema di tutele, mercato del lavoro e previdenza. Proposte comuni di Agci, Confcooperative, Legacoop, Cgil, Cisl, Uil in materia di cooperative «spurie», appalti e *dumping* contrattuale».

giuridica (158) – imporre l'applicazione di trattamenti economici complessivi non inferiori a quelli dettati dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni datoriali e sindacali comparativamente più rappresentative a livello nazionale nella categoria. Quanto alla parte normativa del contratto collettivo, come appena rilevato, il problema si pone in termini non dissimili da quanto avviene nei rapporti di lavoro subordinato, potendo normalmente il contratto collettivo dispiegare la sua efficacia solo in virtù del meccanismo della rappresentanza ovvero della recezione implicita o esplicita dell'accordo collettivo.

Sul punto, è ancora opportuno rilevare che proprio i diversi vincoli imposti alle cooperative, a seconda che siano o meno tenute ad applicare il Ccnl stipulato dalle organizzazioni datoriali e sindacali comparativamente più rappresentative, costituiscono un consistente fattore di distorsione della concorrenza a favore delle false cooperative, per lo più non iscritte alle associazioni nazionali del movimento cooperativo firmatarie appunto del contratto (o che applicano i suddetti contratti «collettivi pirata»). Tale fenomeno si verifica in particolar modo nel settore degli appalti pubblici, ove il meccanismo dell'aggiudicazione sia basato sul solo criterio del prezzo più basso, non adeguatamente ed effettivamente temperato con la valutazione di altri requisiti pure posti dalla legge (159) (quale, ad esempio, la cd. «legge Salvi», n. 327/2000, il cui contenuto è stato ora ripreso e modificato negli artt. 86 e 87 del d.lgs. n. 163/2006 (160), cd. «Codice degli appalti pubblici») e finalizzati a evitare che il costo del lavoro diventi l'elemento competitivo determinante ai fini dell'aggiudicazione dell'appalto.

Infine, all'articolo 6 è stato inserito il comma 2-*bis* in base al quale «le cooperative di cui all'articolo 1, comma 1, lettera *b*, della legge 8 novembre 1991, n. 381, possono definire accordi territoriali con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative per rendere compatibile l'applicazione del contratto collettivo di lavoro nazionale di riferimento all'attività svolta. Tale accordo deve essere depositato presso

(158) Vedi *supra* il paragrafo 11.

(159) Sul punto, specificamente, F. Scarpelli, *Regolarità del lavoro e regole della concorrenza: il caso degli appalti pubblici*, in q. *Riv.*, 2006, I, spec. pp. 767 ss.

(160) Tali disposizioni (su cui sono intervenuti dapprima l'art. 1, comma 909, della legge n. 296/2006, legge finanziaria 2007, e, poi, l'art. 8, legge n. 123/2007) mirano a verificare che il valore economico delle offerte sia adeguato e sufficiente rispetto al costo del lavoro e al costo relativo alla sicurezza, il quale deve essere specificamente indicato e risultare congruo rispetto all'entità e alle caratteristiche dei lavori, dei servizi o delle forniture.

la Direzione provinciale del lavoro competente per territorio» (art. 9, comma 1, lett. g, della legge n. 30/2003). Si tratta di una disposizione chiaramente volta a consentire, previo accordo sindacale e secondo il modello della deregolazione controllata, margini di flessibilità nell'applicazione del Ccnl di riferimento alle cooperative sociali finalizzate all'inserimento lavorativo di persone svantaggiate.

Resta, da ultimo, da rilevare come l'art. 83 («Deposito del regolamento interno delle cooperative») del d.lgs. n. 276/2003 abbia introdotto l'istituto della certificazione del regolamento interno riguardante la tipologia dei rapporti di lavoro attuati o che si intendono attuare (161), già paventato senza successo in sede di approvazione della legge n. 142 (162). Tale norma – dalla formulazione piuttosto oscura, che ha suscitato numerosi dubbi interpretativi – prevede testualmente che «la procedura di certificazione di cui al Capo I è estesa all'atto di deposito del regolamento interno delle cooperative riguardante la tipologia dei rapporti di lavoro attuati o che si intendono attuare, in forma alternativa, con i soci lavoratori, ai sensi dell'articolo 6 della legge 3 aprile 2001, n. 142, e successive modificazioni. La procedura di certificazione attiene al contenuto del regolamento depositato. Nell'ipotesi di cui al comma 1, la procedura di certificazione deve essere espletata da specifiche commissioni istituite nella sede di certificazione di cui all'articolo 76, comma 1, lettera b. Tali commissioni sono presiedute da un presidente indicato dalla Provincia e sono costituite, in maniera paritetica, da rappresentanti delle associazioni di rappresentanza, assistenza e tutela del movimento cooperativo e delle organizzazioni sindacali dei lavoratori, comparativamente più rappresentative» (163).

(161) M. De Luca, *Il socio lavoratore...*, op. cit., c. 248, rileva che nel testo definitivo della legge n. 142/2001 era scomparsa la delega – originariamente contenuta nel disegno di legge governativo – a emanare disposizioni in materia di certificazione del regolamento, dal momento che era apparsa inessenziale l'introduzione della certificazione riferita a un atto unilaterale quale il regolamento approvato dall'assemblea.

(162) Cfr. E. Gragnoli, *Art. 83. Deposito del regolamento interno delle cooperative*, in E. Gragnoli, A. Perulli (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro...*, op. cit., pp. 866-872; M. Pallini, *Il rapporto di lavoro del socio di cooperativa dopo le riforme del 2003*, in q. Riv., 2004, I, pp. 227-230.

(163) Vedi anche l'art. 8 («Commissione di certificazione del regolamento interno delle cooperative») del d.m. 21 luglio 2004 del Ministero del lavoro e delle politiche sociali relativo alle «Commissioni di certificazione presso le Direzioni provinciali del lavoro e le Province».

La procedura di certificazione è, quindi, riferita in questo caso a un atto unilaterale della cooperativa e riguarda esclusivamente le previsioni di carattere generale del regolamento interno (relative alla tipologia dei rapporti di lavoro instaurabili nella cooperativa), e non i singoli rapporti concretamente attuati nella cooperativa.

Ha, peraltro, suscitato contrasti in dottrina la questione dell'efficacia giuridica verso i terzi, *ex art. 79, d.lgs. n. 276/2003*, della certificazione: da un lato, v'è chi ha sostenuto, anche nell'apprezzabile intento di attribuire un qualche significato alla certificazione del regolamento interno, che «il valore presuntivo della corrispondenza della tipologia dei contratti di lavoro instaurati a quella indicata nel regolamento permane, anche verso i terzi, fino al momento in cui il giudice non si pronunci con sentenza di merito» (164); dall'altro lato, è stato affermato – e questa pare la tesi maggiormente condivisibile – che, «poiché la congiunta istanza è il presupposto del prodursi degli effetti dell'art. 79, la certificazione di un atto unilaterale può essere invocata solo dal suo autore e, dunque, dalla società, ma non può produrre effetto alcuno nei riguardi di terzi estranei al procedimento» (165).

Pressoché unanime è, quindi, l'opinione che la certificazione del regolamento interno non sia in grado di operare né come elemento di certezza in ordine ai singoli rapporti di lavoro, né conseguentemente come fattore deflattivo del contenzioso, potendo al più fornire un marchio di correttezza giuridica alla qualificazione astratta dei rapporti attuati nella cooperativa, rivelandosi però naturalmente inefficace con riferimento alla reale natura e all'effettivo svolgimento del singolo rapporto negoziale (166). Si tratterebbe, in ultima istanza, di una procedura volontaria solo confermativa di un atto unilaterale della cooperativa.

Altra e completamente diversa questione riguarda, invece, la possibilità di certificare i singoli contratti di lavoro dei soci secondo le normali procedure di cui agli artt. 75 e seguenti del d.lgs. n. 276/2003.

(164) M. Pallini, *Il rapporto di lavoro del socio di cooperativa...*, *op. cit.*, p. 228.

(165) E. Gragnoli, *Art. 83. Deposito del regolamento...*, *op. cit.*, p. 872.

(166) Vedi, al riguardo, E. Gragnoli, *Art. 83. Deposito del regolamento...*, *op. cit.*, p. 871, che osserva come, «di per sé, la certificazione effettuata prima dell'esecuzione di un contratto non ha particolare significato, perché la qualificazione presuppone l'interpretazione e questa ultima deve rispettare il criterio dell'art. 1362, comma 2, cod. civ.; quindi, non si può pensare a una perspicua interpretazione compiuta prima dell'attuazione del negozio. In relazione all'art. 83, il problema è ancora più grave di quanto non emerga nell'applicazione del modello generale dell'art. 75; non si può neppure immaginare una qualificazione che [...] preceda la stipulazione dell'accordo».

Proprio a questo riguardo, si potrebbe ipotizzare un utile recupero della procedura di certificazione a fini antielusivi (ovvero di verifica della genuinità della cooperativa e del rapporto associativo, con eventuale segnalazione agli organi ispettivi) e, al contempo, di informazione del socio lavoratore (in merito al funzionamento della società cooperativa e ai diritti e doveri derivanti dallo *status* di socio) (167). All'espletamento (con esito favorevole) della procedura di certificazione potrebbe, per esempio, essere condizionato il riconoscimento delle agevolazioni fiscali riservate alle cooperative a mutualità prevalente ovvero di altre forme di incentivazione previste per le cooperative. Naturalmente, al fine di evitare un eccessivo appesantimento delle procedure di ammissione del socio lavoratore, si potrebbe pensare di consentire lo svolgimento della certificazione anche dopo l'inizio dell'attività lavorativa, ma non oltre un certo lasso di tempo (per esempio tre mesi).

Laddove venisse ritenuta in ogni caso troppo farragिनosa, la procedura di certificazione potrebbe essere sostituita da corsi di formazione obbligatoria (analoghi a quelli previsti per gli apprendisti) sulla società cooperativa e lo *status* di socio lavoratore, da svolgersi all'esterno della società cooperativa e a opera di formatori esperti del settore provenienti dalle Centrali cooperative, dalle organizzazioni sindacali ovvero dagli organi ispettivi e dalle università.

In entrambi i casi, un ruolo fondamentale sarebbe quindi affidato all'intervento congiunto e bilaterale delle Centrali cooperative e delle organizzazioni sindacali, entrambe interessate a combattere il fenomeno della falsa cooperazione (168) e creare consapevolezza in ordine ai genuini principi mutualistici.

(167) Cfr. il cd. «Protocollo cooperazione» siglato il 10 ottobre 2007 da Ministero del lavoro e della previdenza sociale, Ministero dello sviluppo economico, Agci, Confcooperative, Legacoop, Cgil, Cisl, Uil: nelle «cosiddette “cooperative spurie” [...] la scelta dei rapporti di lavoro ai sensi dell'art. 1 della legge 3 aprile 2001, n. 142, spesso disattende i principi cardine che caratterizzano i rapporti di lavoro dipendente e autonomo, per la non corrispondenza ed effettività della fattispecie individuata con le mansioni realmente svolte».

(168) Osserva Dario Vedani, in F. Scarpelli (a cura di), *Cooperative vere e cooperative non genuine...*, op. cit., p. 78: «È evidente [...] l'interesse che accomuna chi rappresenta i lavoratori (indebitamente sfruttati dalle false cooperative) con chi rappresenta le cooperative (danneggiate [...] sia nell'immagine, sia economicamente dalla concorrenza scorretta delle false cooperative)».

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* — All'esito della disamina dei principali profili disciplinari della legge n. 142, pare necessario effettuare una valutazione complessiva del rilevante processo di riforma del Diritto cooperativo operato dal legislatore con riferimento alla posizione del socio lavoratore a partire dal 2003.

In particolare, per quanto attiene alla normativa strettamente giuslavoristica, l'art. 9 della legge n. 30/2003 e l'art. 83 del d.lgs. n. 276/2003 hanno posto in essere ulteriori e rilevanti interventi di riforma (o, secondo parte consistente e autorevole della dottrina, di «controriforma»).

A questo proposito — come già rilevato —, l'art. 9 della legge n. 30 non sembra avere modificato la fattispecie di cui alla legge n. 142 e pare avere inciso solo sulla relativa disciplina, intervenendo piuttosto a fugare alcuni dubbi interpretativi sorti con riferimento all'originaria formulazione della legge e a chiarire esplicitamente la centralità del rapporto associativo e la sua prevalenza su quello di lavoro. Infatti, l'eliminazione delle parole «e distinto» nel comma 3 dell'art. 1, legge n. 142, è stata intesa a esplicitare la prevalenza del rapporto sociale sull'«ulteriore rapporto di lavoro».

Ciò risulta ancor più chiaro, con riguardo specifico alla tematica dell'esclusione e del licenziamento del socio lavoratore, dal momento che lo stesso art. 9 della legge n. 30/2003 ha sostituito il comma 2 dell'art. 5, legge n. 142, affermando che «il rapporto di lavoro si estingue con il recesso o l'esclusione del socio deliberati nel rispetto delle previsioni statutarie e in conformità con gli articoli 2526 e 2527 del codice civile» (ora artt. 2532 e 2533 cod. civ.), aggiungendo inoltre che «le controversie tra socio e cooperativa relative alla prestazione mutualistica sono di competenza del Tribunale ordinario».

Diviene, quindi, esplicito quel collegamento genetico e funzionale di tipo unidirezionale tra rapporto associativo e di lavoro, in precedenza avanzato in via interpretativa da parte della dottrina, e si sancisce l'automatica estinzione del rapporto di lavoro con il venir meno del rapporto sociale.

È, invece, sul fronte processuale che pare essersi realizzato — almeno nelle intenzioni del legislatore — un consistente passo indietro, non solo rispetto all'originaria formulazione dell'art. 5, comma 2, della legge n. 142, ma addirittura alla precedente giurisprudenza di legittimità a Sezioni Unite che aveva decretato la competenza del giudice del lavoro con riferimento alle controversie aventi a oggetto l'impegno lavorativo

del socio di cooperativa. A questo proposito, appare, in effetti, irrazionale negare integralmente l'applicabilità del rito del lavoro nell'ambito di una legge che, al contrario, prevede la coesistenza, accanto al rapporto associativo, di un rapporto di lavoro cui si applicano le relative normative in quanto compatibili con la posizione del socio lavoratore. Le interpretazioni dottrinali maggiormente condivisibili e i primi interventi della giurisprudenza di merito sembrano, tuttavia, aver contenuto entro limiti circoscritti la portata della novella legislativa (169).

In ogni caso, l'ampio ventaglio di interpretazioni offerto dalle opinioni dottrinali e, soprattutto, dalle pronunce giurisprudenziali in tema di competenza fa ritenere auspicabile un ulteriore intervento legislativo volto a chiarire i dubbi generati dalla sovrapposizione tra art. 40, comma 3, cod. proc. civ., rito speciale del lavoro e rito speciale societario di cui al d.lgs. n. 5/2003, e dall'assenza di un coordinamento normativo e di un'esplicita indicazione in merito alla prevalenza dell'una o dell'altra norma di definizione del rito applicabile. Senza approfondire ulteriormente la questione, resta da rilevare che la Corte Costituzionale (170) – chiamata a pronunciarsi sulla questione – ha emesso un'ordinanza di manifesta inammissibilità, lasciando invariati i termini del problema senza offrire nella motivazione particolari appigli per orientare la corretta interpretazione della disciplina processuale per le controversie tra socio lavoratore e cooperativa.

Non rimane, quindi, che osservare in modo critico come la maggior parte delle decisioni pronunciate dopo le novelle legislative del 2003 attengano a questioni esclusivamente processuali e non di rado sia rinviato, pretermesso o addirittura escluso qualsiasi giudizio sul merito delle controversie, essendosi verificato un contenzioso abbondante e disordinato solo per stabilire il rito o la competenza (171). Il tutto, evidentemente, a discapito di qualsiasi certezza del diritto, tanto per le genuine cooperative che per i soci lavoratori, e a probabile vantaggio delle (giustamente) vituperate false cooperative, che in tale situazione di confu-

(169) Per una rassegna delle pronunce giurisprudenziali e delle principali opinioni dottrinali su questo tema sia consentito il rinvio a L. Imberti, *Disciplina processuale...*, op. cit.

(170) Corte Cost., 28 dicembre 2006, n. 460 (ord.), in corso di pubblicazione in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, II.

(171) Cfr., quali casi emblematici, Trib. Milano, 1° agosto 2006 (ord.); Trib. Milano, 12 ottobre 2006 (ord.); Trib. Milano, 6 ottobre 2006 (ord.); Trib. Milano, 29 dicembre 2006, tutte in *D&L – Riv. crit. dir. lav.*, 2006, pp. 1271 ss.

sione giuridica e di sostanziale assenza di controllo giurisdizionale possono più facilmente proliferare.

Analoghi rilievi critici possono essere formulati in ordine alla modifica di cui all'art. 6, comma 2, della legge n. 142, in cui il riferimento al solo trattamento economico minimo può dare adito a consistenti dubbi applicativi e conseguente contenzioso, oltre che favorire le cooperative non tenute ad applicare integralmente il Ccnl (172).

Dal canto suo la certificazione del regolamento interno di cui all'art. 83 del d.lgs. n. 276/2003 non sembra modificare significativamente la disciplina della posizione del socio lavoratore.

In definitiva, più che stigmatizzare gli aspetti di «controriforma» della normativa giuslavoristica intervenuta a modificare il testo originario della legge n. 142, appare corretto evidenziarne alcuni aspetti potenzialmente illogici, contraddittori e fonte di nuove incertezze (173), nell'ambito di interventi chiaramente rivolti a dare rilievo alla dimensione associativa del rapporto.

Semmai, più in generale, anche le modifiche legislative operate in relazione alla posizione del socio lavoratore con la legge n. 30/2003 e il d.lgs. n. 276/2003 sembrano, da un lato, segnare il favore legislativo per la diversificazione disciplinare dei rapporti di lavoro e, dall'altro, ribadire l'arresto di quel processo faticosamente avviatosi nel corso della XIII legislatura di riduzione dello iato di tutele e garanzie fra il lavoro subordinato a tempo pieno e indeterminato e le altre forme di lavoro.

Discorso parzialmente diverso riguarda, invece, la nuova disciplina societaria delle cooperative e segnatamente gli aspetti che possono influire sulla posizione del socio lavoratore.

La riforma del Diritto societario di cui al d.lgs. n. 6/2003, entrata in vigore il 1° gennaio 2004, ha, infatti, codificato una serie di principi ri-

(172) Vedi, in particolare, C. Zoli, *Le modifiche...*, *op. cit.*, pp. 298-300.

(173) Cfr. C. Zoli, *Le modifiche...*, *op. cit.*, p. 304, che rileva «l'approssimazione, per non dire la frequente oscurità, dell'art. 9, legge n. 30/2003». Vedi anche C. Cester, *La nuova disciplina del socio lavoratore di cooperativa: una controriforma? Alcune osservazioni sull'art. 9 della l. 14 febbraio 2003, n. 30*, in L. Montuschi, P. Tullini (a cura di), *Le cooperative ed il socio lavoratore. La nuova disciplina*, Torino, 2004, p. 28, il quale osserva criticamente come «il problema più generale che, a questo punto, non può più essere eluso [...] è quello della coerenza fra il complessivo disegno di riforma e l'impianto costituzionale di tutela del lavoratore subordinato», e, in particolare, «quale sia il grado di specialità sopportabile. Il che, a ben guardare, porta a un rinnovato confronto e bilanciamento fra interessi costituzionalmente protetti: quello, appunto, alla tutela del lavoro e quello alla promozione e sostegno della cooperazione».

levanti 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.

Tali principi («porta aperta»; «una testa-un voto»; parità di trattamento; partecipazione democratica alla *corporate governance*; scambio mutualistico basato sulla duplicità di rapporti) e istituti (ristorni) recentemente riformati o introdotti possono – come già rilevato – integrare anche la disciplina del socio lavoratore e, più in generale, contribuiscono a garantire una migliore tutela del singolo socio cooperatore, ponendo una serie di limiti all'autonomia della società cooperativa nei confronti dei suoi associati.

14. — *La figura del socio lavoratore, peculiare ma nuovamente oggetto di contrasti* — La ricognizione effettuata sui rapporti di lavoro nelle società cooperative e, specificamente, sulla posizione del socio lavoratore può ora condurre ad alcune riflessioni finali dettate dalla complessiva disamina dei testi legislativi, come pure degli interventi della dottrina e della giurisprudenza.

In linea generale, appaiono prevalenti – almeno in dottrina – le tesi che rintracciano significativi tratti di specialità nella figura del socio lavoratore, anche se il riconoscimento di tale peculiare posizione è talora prevalentemente retorica e non sempre si accompagna con coerenti sviluppi in termini di interpretazione della disciplina applicabile e di collegamento negoziale tra i due rapporti.

Peraltro, a fronte di tale posizione maggioritaria permangono, in dottrina, alcune consistenti opinioni discordanti ed emergono significativi contrasti interpretativi in giurisprudenza, ove non di rado trovano accoglimento gli approcci più schiettamente giuslavoristici – o, forse meglio, panlavoristici – alla figura del socio lavoratore.

Tali ultime opinioni si accompagnano, peraltro, alla manifesta insoddisfazione di chi riterrebbe preferibile, soprattutto nelle cooperative di grandi dimensioni, l'assimilazione *tout court* dei soci lavoratori – e, in particolare, dei soci lavoratori con rapporto di lavoro subordinato – ai lavoratori con tipico rapporto di lavoro in forma subordinata o autonoma o in qualsiasi altra forma (174).

(174) M. Roccella, *Manuale di Diritto del lavoro*, op. cit., pp. 58-61, correttamente distingue il piano della ricostruzione teorico-dogmatica – dalla quale emergono i

Sembra, tuttavia, palesarsi in questi indirizzi dottrinali e giurisprudenziali un'eccessiva svalutazione del rapporto associativo e, più in generale, il ridimensionamento della peculiare figura del socio lavoratore e della specificità della cooperazione.

Tale ricostruzione non pare corretta sul piano dogmatico, non tiene conto del contesto giuridico in cui si colloca il lavoro in cooperativa e, in definitiva, affronta l'intera questione a partire dalle manifestazioni patologiche della falsa cooperazione, piuttosto che dalle genuine forme di attuazione della mutualità.

In definitiva, nemmeno la legge n. 142 e le sue modifiche successive sembrano essere riuscite a fornire un quadro definito e condiviso del lavoro in cooperativa (175).

Pare, pertanto, opportuno ripercorrere, in conclusione, i tratti distintivi che – a parere di chi scrive – continuano (e devono continuare) a caratterizzare la peculiare figura del socio lavoratore di cooperativa nell'ambito della specificità della cooperazione.

15. — *La peculiare figura del socio lavoratore di cooperativa nell'ambito della specificità della (vera) cooperazione. Arginare il fenomeno della falsa cooperazione* — Come è emerso a più riprese nel corso della trattazione, l'interrogativo di fondo della ricerca (176) deve trovare una soluzione nella riaffermazione della specialità del lavoro in cooperativa, e non nella sua assimilazione agli altri rapporti di lavoro e, in particolare, al rapporto di lavoro subordinato.

Tale affermazione trova ora esplicito riscontro negli interventi normativi successivi all'entrata in vigore della legge n. 142, che hanno ribadito i tratti peculiari della figura del socio lavoratore.

tratti di specialità disciplinare della figura del socio lavoratore – dalla valutazione della realtà economico-sociale, in cui rintraccia un vero e proprio mutamento di funzione della cooperazione e un frequente ricorso del tutto improprio allo strumento cooperativistico.

(175) Come già, del resto, paventavano, in sede di primo commento, L. Nogler, M. Tremolada, C. Zoli, *Note introduttive*, op. cit., p. 342, osservando l'emergere di un tasso di incertezza giuridica che, se insita in ogni riforma normativa, pareva accentuarsi nella legge n. 142/2001. Dal canto suo M. Barbieri, *Cinque anni dopo: il rapporto di lavoro del socio di cooperativa tra modifiche legislative, dottrina e giurisprudenza*, in P. Curzio (a cura di), *Lavoro e diritti a tre anni dalla legge 30/2003*, Bari, 2006, p. 531, enumera ben otto questioni di particolare rilevanza che sono oggetto di perdurante dibattito dottrinario e giurisprudenziale.

(176) Vedi *supra*, paragrafo 1.

Tuttavia, all'indomani dell'approvazione della legge n. 142, tali profili di specialità faticavano a emergere. Nonostante ciò, a fronte di orientamenti diversi che affermavano l'autonomia e la separazione tra i due rapporti, ovvero li ponevano sullo stesso piano in un regime di reciproca interdipendenza, già le interpretazioni più condivisibili della versione originaria della legge n. 142 avevano sostenuto il collegamento genetico e funzionale di tipo unidirezionale tra rapporto associativo e rapporto di lavoro.

La tesi che riconosce la strumentalità del rapporto di lavoro alla realizzazione dello scopo mutualistico sembra, del resto, l'unica in grado di fugare i dubbi di chi ha parlato di incostituzionale stravolgimento del lavoro in cooperativa (177) e al contempo di conciliare – sia pur con qualche difficoltà interpretativa – Diritto societario e Diritto del lavoro.

Senza voler mitizzare la formula del «socio cooperatore come imprenditore di sé stesso», si ritiene, infatti, di condividere l'affermazione di chi – già Presidente della Commissione incaricata di predisporre un inquadramento legislativo della figura del socio lavoratore di cooperativa di lavoro – ha rilevato che «solamente una visione distorta e ristretta dell'attività lavorativa può far ritenere equivalenti il lavoro come *facere* (quello tipico del lavoro dipendente) e il lavoro come *agere* (quello tipico del socio-lavoratore di cooperativa)» (178).

In definitiva si intende sostenere che, se il rapporto associativo è genuino (questa è la ovvia premessa di ogni discorso che voglia, appunto, ragionare a partire dalla fisiologia – e non dalla patologia – dei rapporti giuridici), la prestazione di lavoro subordinato resa in un rapporto che nasce come associativo può ricevere una disciplina anche significativamente diversa da quella che riceverebbe se fosse dedotta in un tipico contratto di lavoro subordinato.

Ciò non toglie che alcune norme rivolte – ai sensi dell'art. 35 della Costituzione – alla tutela del «lavoro in tutte le sue forme e applicazioni» possano essere pacificamente estese ai soci lavoratori (179),

(177) A. Vallebona, *L'incostituzionale stravolgimento...*, op. cit., pp. 813 ss.

(178) S. Zamagni, *Esigenze di forme nuove di capitalizzazione e identità cooperativa*, in *Riv. coop.*, n. 3/2000, pp. 9 ss.

(179) Cfr. G. Villani, *Le cooperative di lavoro*, op. cit., p. 1440, che, dalla lettura combinata degli artt. 35 e 45 Cost., ritiene possa essere «esaltata la peculiarità cooperativa identificabile, da una parte, nella prospettiva di attuazione dei principi di rango costituzionale che promuovono l'imprenditorialità mutualistica, e, dall'altra, nella tu-

senza necessariamente mutare – o, peggio, stravolgere – la qualificazione giuridica del rapporto che intercorre tra la cooperativa e il socio.

I diritti e gli obblighi nascenti in capo a quest'ultimo dal fatto di essere socio – esemplificati nell'art. 1, comma 2, della legge n. 142 – rendono, infatti, sostanzialmente diversi il rapporto di lavoro subordinato *tout court* e il rapporto di lavoro subordinato del socio lavoratore di cooperativa.

Come già acutamente rilevato alcuni anni or sono da una nota sentenza della Consulta – che mantiene, anche nel nuovo scenario giuridico, intatta la sua forza interpretativa, e non casualmente è redatta da uno dei massimi giuslavoristi di formazione civilistica, quale Luigi Mengoni –, «a differenza del prestatore di lavoro definito dall'art. 2094 cod. civ., il socio lavoratore di una cooperativa di lavoro è vincolato da un contratto che, se, da un lato, lo obbliga a una prestazione continuativa di lavoro in stato di subordinazione rispetto alla società, dall'altro, lo rende partecipe dello scopo dell'impresa collettiva e corrispondentemente gli attribuisce poteri e diritti di concorrere alla formazione della volontà della società, di controllo sulla gestione sociale e infine il diritto a una quota degli utili» (180).

Tale interpretazione – «inappuntabile» (181) dal punto di vista sistematico e integralmente rispettosa delle prerogative costituzionali della cooperazione – riconosce la stessa evoluzione storica del fenomeno cooperativo, caratterizzato dalla partecipazione democratica al governo societario.

Peraltro, la partecipazione alla *corporate governance* non deve essere scambiata per una forma di gestione assembleare dell'impresa, ma si estrinseca nella selezione e indirizzo degli obiettivi di fondo della società, nell'esercizio della delega agli organi di gestione, come pure nella scelta anche sulla destinazione economica dei risultati economici, nell'alternativa fra distribuzione dei ristorni o impiego per investimenti. Non c'è la tipica situazione di disparità giuridica ed economico-sociale che contraddistingue il rapporto di lavoro subordinato *tout court* e, quindi, non è giuridicamente corretta l'omologazione della complessa figura del socio lavoratore a quella del lavoratore subordinato.

tela, costituzionalmente altrettanto protetta del lavoro in tutte le sue forme, da qualunque soggetto sia prestatore».

(180) Corte Cost., 12 febbraio 1996, n. 30, cit.

(181) M. Roccella, *Manuale di Diritto del lavoro*, op. cit., p. 58.

Del resto, dopo aver negato per anni, e sulla base di argomentazioni pure opinabili, la configurabilità di un rapporto di lavoro ulteriore tra socio lavoratore e cooperativa, non pare ora condivisibile ricadere nell'eccesso opposto dell'appiattimento della figura del socio lavoratore su quella del lavoratore subordinato, a totale detrimento del rapporto associativo e nell'ottica di colpire le manifestazioni patologiche della falsa cooperazione. Come icasticamente osservato già trent'anni or sono da autorevole dottrina in relazione all'ipotizzata totale equiparazione del rapporto di lavoro tra socio e cooperativa al rapporto di lavoro ordinario, «curare il mal di testa con la decapitazione non è, di solito, una terapia consigliabile» (182).

È, quindi, necessario approntare una disciplina che concili «il ruolo imprenditoriale» del socio «in una prospettiva coerente con il suo *status* sociologico di lavoratore» (183), vale a dire che sappia rispettare i profili di specialità propri della qualificazione giuridica del lavoro in cooperativa. Al contempo, nell'ottica del superamento della rigida dicotomia fra lavoro subordinato e lavoro autonomo, è opportuno procedere semmai a un progressivo (ma non completo) avvicinamento nei regimi di tutela (184), secondo l'impostazione dello «Statuto dei lavori» e della stessa «Commissione Zamagni», in linea di sostanziale continuità con la tradizionale estensione al socio lavoratore di alcune garanzie fondamentali per il lavoro in qualsiasi forma prestato.

Affrontare la questione nella logica dell'estensione delle tutele – comportando per solito aggravii di oneri e costi del lavoro (185) – consente di rispettare la specificità cooperativa e rende meno conveniente il ricorso allo schema mutualistico operato dalla falsa cooperazione. Quest'ultima, peraltro, può e deve in primo luogo essere colpita attraverso la vigilanza e gli «opportuni controlli» previsti dall'art. 45 Cost.,

(182) U. Romagnoli, *Il sistema economico...*, *op. cit.*, p. 183.

(183) R. Genco, *La qualificazione del lavoro cooperativo...*, *op. cit.*, p. 66.

(184) Vedi T. Treu, *Politiche del lavoro...*, *op. cit.*, pp. 178-179, ove l'Autore afferma che le tutele devono essere costruite tenendo conto dei bisogni effettivi di protezione delle diverse situazioni lavorative e che il criterio-guida è quello «desumibile dall'art. 35, comma 1, che è incentrato sulla proporzionalità fra tutele e bisogni».

(185) T. Treu, *Politiche del lavoro...*, *op. cit.*, p. 181, osserva che una tale strategia d'intervento basata sul ravvicinamento del costo del lavoro dovrebbe ridurre la tendenza, particolarmente diffusa in Italia, a sfuggire all'area della subordinazione per ricorrere a rapporti falsamente autonomi o associativi.

che «corrispondono a un'istanza dello stesso movimento cooperativo, che sa bene d'essere figlio di tante madri, e non tutte oneste» (186).

Non convince, invece, la tesi secondo cui la garanzia del compenso proporzionato alla quantità e qualità del lavoro prestato debba anche essere funzionale a uno sviluppo ordinato della concorrenza tra cooperative, talvolta alterato dalla presenza di false cooperative, agevolate, nella partecipazione a gare d'appalto o nella competizione nel mercato, da una politica di riduzione dei trattamenti economici che consente loro di presentare offerte molto inferiori rispetto a quelle delle cooperative genuine rispettose della contrattazione (187). Infatti, una tale soluzione – che, in definitiva, ammette l'esistenza delle false cooperative, purché rispettose di determinati parametri fissati dalla legge n. 142 – costituisce un indebito trattamento eguale per situazioni differenti e non consente di colpire in modo significativo il funzionamento patologico del mercato del lavoro e l'elemento di distorsione della concorrenza rappresentato dal fenomeno della falsa cooperazione, che peraltro si pone chiaramente al di fuori dell'art. 45 Cost.

Non sembra poi condivisibile nemmeno l'opinione, pur autorevolmente avanzata (188), secondo cui solo nelle cooperative di piccole dimensioni si potrebbe tollerare uno scostamento significativo dalla disciplina del lavoro subordinato, mentre nelle cooperative di grosse dimensioni il parametro minimo di riferimento non potrebbe che essere proprio il lavoro subordinato.

Si può, infatti, discutere su come realizzare un'effettiva partecipazione alla gestione sociale dei soci lavoratori nelle cooperative di grandi dimensioni – e, al limite, ritenere che, ove tale partecipazione non sia assicurata o consentita, si debbano instaurare rapporti di lavoro subordinato *tout court* –, ma non è condivisibile proporre nel campo del Diritto del lavoro quel radicale dualismo di forme e di regolamentazione giuridica tra grande e piccola cooperazione, che si è faticosamente evitato nella riforma della disciplina societaria e che sembra più che altro il retaggio di una visione ottocentesca della cooperazione.

(186) Così ancora U. Romagnoli, *Il sistema economico...*, *op. cit.*, p. 184. Cfr. A. Vallebona, *L'incostituzionale stravolgimento...*, *op. cit.*, p. 814, secondo il quale «per eliminare possibili distorsioni di un fenomeno ricco di storia e di significati non si può sopprimere il fenomeno stesso», ma si devono esercitare i «controlli» previsti dall'art. 45 Cost. per assicurare il «carattere e le finalità» della cooperazione.

(187) Vedi L. Di Paola, *Società cooperative...*, *op. cit.*, p. 923.

(188) G. Bonfante, *Delle imprese cooperative...*, *op. cit.*, pp. 123-124.

Si potrebbe semmai ipotizzare di modulare – all'interno della disciplina fondamentale unitaria della posizione del socio lavoratore e con le rilevanti eccezioni ammesse per le cooperative sociali – l'applicazione di alcune normative, rendendo specifiche disposizioni vincolanti solo per le società cooperative di maggiori dimensioni. Senza tuttavia dimenticare due aspetti: da un lato, non raramente proprio nelle società cooperative di minori dimensioni, che godono già sotto altri profili di una disciplina di favore, si annidano i fenomeni più consistenti di utilizzo distorto dello schema cooperativistico e di gestione autocratica della società; dall'altro, le cooperative di produzione e lavoro di grandi dimensioni si confrontano con imprese lucrative che possono operare in modo più libero e agevole tanto sul mercato dei capitali che nel mercato del lavoro, mentre entrambi questi vantaggi competitivi sono tendenzialmente preclusi, per legge o per volontà della compagine sociale, a una genuina cooperativa di produzione e lavoro (189).

Se è, quindi, vero che in una cooperativa con centinaia di soci lavoratori può essere più difficile garantire la mutualità e oliare i meccanismi della partecipazione democratica (190), è altrettanto vero che anche il socio lavoratore della cooperativa di grandi dimensioni è pur sempre socio di un'impresa e come tale contribuisce a organizzare autonomamente un'attività economica, in questo caso rivolta al perseguimento dello scopo mutualistico.

Pare, quindi, più sensato anche nei casi appena citati richiamare il ruolo della vigilanza e dei controlli (opportunamente adattati alle attuali esigenze e resi effettivi), chiamati a effettuare una valutazione preliminare della natura genuina o meno della cooperativa e dei vincoli associativi, piuttosto che vagheggiare statuti differenziati a seconda delle dimensioni aziendali delle cooperative o invocare la parificazione economica (peraltro concretamente e giuridicamente irrealizzabile) tra vere e false cooperative.

(189) Cfr., al riguardo, A. Sarti, *Il regime tributario...*, op. cit., p. 951, secondo cui, «per quanto riguarda le cooperative, se, da un lato, sono assimilate agli imprenditori sotto il profilo dell'attività oggettivamente svolta, dall'altro lato, non possono esserlo completamente per i vincoli alla destinazione degli utili e quindi all'autonomia privata e ai diritti economici dei soci, che la norma fiscale prima e, in seguito, quella civile, impongono».

(190) Cfr. le esperienze citate in G. Sapelli, *La cooperazione come impresa: mercati economici e mercato politico*, in Idem (a cura di), *Il movimento cooperativo in Italia...*, op. cit., pp. 341-349, e le riflessioni conclusive dell'Autore.

Con specifico riferimento al contrasto nei confronti della falsa cooperazione, un ruolo centrale può essere assunto oggi – dopo le schermaglie sull'interpretazione e sulla modifica della legge n. 142 – congiuntamente dalle Centrali cooperative e dalle organizzazioni sindacali, anche attraverso la costituzione di enti bilaterali e osservatori in grado di orientare l'attività ispettiva. Da un accordo recentemente stipulato sembra, infatti, emergere la consapevolezza della necessità di sviluppare azioni di contrasto che vedano impegnate le parti sociali comparativamente più rappresentative per ciascuna parte e di avanzare «proposte comuni in materia di cooperative “spurie”, appalti e *dumping* contrattuale» (191). In questo senso, dovrebbero operare anche gli Osservatori permanenti che – in applicazione del «Protocollo cooperazione» sottoscritto il 10 ottobre 2007 – sono stati costituiti presso le Direzioni provinciali del lavoro al fine di contrastare il fenomeno delle «cooperative spurie» e orientare l'attività ispettiva (192).

Più in generale, sembra assolutamente condivisibile l'opinione secondo cui, anche attraverso le strutture di rappresentanza delle (vere) cooperative e delle organizzazioni sindacali dei lavoratori, «è [...] fondamentale *in primis* creare nella pubblica opinione una reale consapevolezza di quello che le cooperative dovrebbero essere o rappresentare, onde evitare che un fenomeno come quello cooperativo – che, non dimentichiamo, nasce come risposta a bisogni dei lavoratori e contro lo sfruttamento – possa essere individuato come sinonimo di negatività e sfruttamento per i lavoratori medesimi» (193).

Il socio lavoratore rimane, in ultima istanza, una figura complessa e peculiare (194), che necessita di una disciplina *ad hoc*, in grado di va-

(191) Si tratta del citato Accordo 31 maggio 2007 relativo al «Tavolo di concertazione. Sistema di tutele, mercato del lavoro e previdenza. Proposte comuni di Agci, Confcooperative, Legacoop, Cgil, Cisl, Uil in materia di cooperative “spurie”, appalti e *dumping* contrattuale».

(192) Vedi, in proposito, M. Mura, *Cooperative: scopo mutualistico e fornitura di lavoro*, in *Dir. prat. lav.*, n. 45/2007, p. 2713, nonché la nota del Ministero del lavoro e della previdenza sociale (Direzione generale per l'attività ispettiva) del 12 ottobre 2007, n. 13075.

(193) In questi termini Dario Vedani, in F. Scarpelli (a cura di), *Cooperative vere e cooperative non genuine...*, *op. cit.*, p. 75.

(194) L. Nogler, M. Tremolada, C. Zoli, *Note introduttive*, *op. cit.*, p. 339, parlano della compresenza nel socio lavoratore di due anime distinte, cioè: «quella di compartecipe della posizione dell'imprenditore e quella di prestatore di lavoro nell'impresa gestita dalla società». Cfr., al riguardo, le affermazioni di Pietro Ichino, in D. Vedani, *Intervista a Pietro Ichino*, in *Gest. coop.*, n. 7/2006, pp. 1 ss. In particolare, Ichino, pur

lorizzarne adeguatamente i tratti distintivi e di coniugare – come sostanzialmente avveniva nella legge n. 142 nella sua originaria formulazione – alcune tutele inderogabili e un’equa partecipazione al rischio d’impresa.

Si tratta, quindi, di riconoscere al socio lavoratore la stessa specificità che la riforma del Diritto societario e, prima ancora, la Carta costituzionale riconoscono alle società cooperative e alla cooperazione in generale, vale a dire un modo di fare impresa particolare e diverso sia dall’impresa pubblica che da quella privata (195), caratterizzato da un sistema di gestione diretta, decentrata e democratica (196).

La peculiarità dell’impresa cooperativa si sostanzia, infatti, «in un meccanismo di gestione delicatissimo e preziosissimo: la partecipazione alle decisioni attraverso sistemi democratici di designazione dei dirigenti (cosa che non può avvenire nell’impresa capitalistica) e di

sostenendo che la legge n. 142/2001 – mutando il modello tradizionale di lavoro nelle cooperative – sembra, «in sostanza, ridurre lo spazio per la scommessa comune sul progetto, sul futuro», conclude ricordando che «ciò non toglie che, se la volontà politico-sindacale c’è, nel settore cooperativo più che in qualsiasi altro il modello della scommessa comune possa tuttora essere sperimentato».

(195) G. Sapelli, *Coop. Il futuro...*, *op. cit.*, pp. 59-60, parla, al riguardo, di «alterità distintiva dell’impresa cooperativa. Alterità rispetto all’impresa capitalistica: la cooperativa è società di persone, non di capitali; la cooperativa risponde ai fallimenti sia del mercato sia dell’impresa capitalistica, perseguendo in forma associata il raggiungimento di beni (lavoro, consumi, crediti, assistenza) che non sarebbero raggiungibili in forma individualistica e crea organizzazioni in grado di rispondere alle sfide del futuro in forma irreversibile e straordinariamente longeva, come dimostra l’esperienza storica universale. Alterità rispetto all’impresa pubblica: la cooperativa è espressione della proprietà collettiva di gruppi più o meno vasti e non il frutto di una decisione della sovranità politica, come nel caso delle diversificate forme dell’impresa pubblica fondate sull’imposta».

(196) Vedi, in proposito, A. Nigro, *Art. 45, op. cit.*, pp. 36-39, che rileva come l’effettivo problema della cooperazione sia quello «di tradurre in termini concreti quel coordinamento tra efficienza delle entità produttive, diffusione del potere e della libertà e giustizia nella distribuzione delle ricchezze che in tale istituzione la Costituzione ha voluto vedere; e non come programma, ma come realtà operante». Cfr., in giurisprudenza, Corte Cost., 18 luglio 1989, n. 408, in *Foro it.*, 1989, I, c. 2962, secondo cui la protezione costituzionale della cooperazione «è comunemente rinvenuta nella più stretta inerenza che la “funzione sociale” presenta nell’organizzazione cooperativistica rispetto a quella che la detta funzione riveste nelle altre forme di organizzazione produttiva. Funzione sociale che qui viene individuata nella congiunta realizzazione del decentramento democratico del potere di organizzazione e gestione della produzione e della maggiore diffusione e più equa distribuzione del risultato utile della produzione stessa (cfr., per particolari aspetti, gli artt. 43, 44, 46 e 47, ma, su un piano più generale, gli artt. 1, 2, 3 e 4 Cost.)».

controllo meritocratico e tecnocratico della loro gestione da parte dei proprietari collettivi di gruppo: i soci» (197).

In proposito, sembra utile ricordare le parole di un illustre dirigente della cooperazione che – alla metà degli anni settanta del secolo scorso – sottolineava la necessità che la partecipazione dei soci alla direzione «non resti confinata solo alla origine della impresa cooperativa e al principio egualitario e solidaristico che essa mira a incarnare; ma si prolunghi e si concretizzi in ogni momento o fase dell'impresa stessa, prendendo la forma di un'attiva, continua e organizzata partecipazione dei soci (lavoratori o utenti) alla conduzione dell'impresa. Solo per tale via, come è evidente, è possibile evitare il pericoloso distacco tra direzione tecnica e amministrativa, da un lato, e assemblea dei soci, dall'altro: un distacco a cui è per lo più imputabile la tendenza, che talora si manifesta, a deviare dall'aspirazione originaria per assumere "modelli" estranei, di tipo capitalistico o peggio ispirati alla ricerca di rendite e privilegi corporativi» (198).

Quindi, il tema – particolarmente delicato con riferimento alla posizione del socio lavoratore – degli strumenti di effettiva partecipazione al governo societario non è certo un'acquisizione recente e rappresenta per lo stesso movimento cooperativo un aspetto centrale della ricerca dell'equilibrio tra «fini economici e pratiche democratiche di gestione» (199).

La questione della partecipazione è poi naturalmente legata al tema, di derivazione prevalentemente comunitaria, della *corporate social responsibility* (Csr), cui le cooperative hanno mostrato di essere particolarmente sensibili.

La tematica della responsabilità sociale d'impresa assume, del resto, un'importanza peculiare per un'impresa quale quella cooperativa che si propone di realizzare la difficile coesistenza tra mutualità (*id est* obiettivi sociali di solidarietà e democraticità) e mercato (200).

(197) Così G. Sapelli, *La cooperazione tra economia...*, *op. cit.*, p. 8.

(198) V. Galetti, *Impresa cooperativa e sistema produttivo*, *op. cit.*, pp. 355-358.

(199) L'espressione è ancora di G. Sapelli, *La cooperazione come impresa...*, *op. cit.*, p. 268. Cfr. G. Bonfante, *La legislazione cooperativistica...*, *op. cit.*, pp. 251-252, ove si parla del difficile equilibrio tra il momento economico e il momento sociale; E. Cusa, *Il procedimento assembleare...*, *op. cit.*, p. 847, secondo il quale «la funzione sociale della cooperativa è necessariamente formata da due componenti: (i) una strutturale, corrispondente alla democrazia cooperativa; (ii) l'altra causale, corrispondente allo scopo prevalentemente mutualistico e all'eventuale scopo limitatamente lucrativo».

(200) Per vari interventi sul punto vedi M. P. Salani (a cura di), *L'impresa giusta. Responsabilità e rendicontazione sociale nella cooperazione*, numero monografico della ri-

Basti pensare, a questo proposito, all'intervento diretto e su base paritaria dei soci nella *governance* aziendale, ai temi della mutualità interna ed esterna, alle stringenti relazioni delle cooperative con l'ambiente sociale nel quale agiscono, come pure alla logica intergenerazionale che presiede al funzionamento delle cooperative tramite gli strumenti delle riserve indivisibili e dei fondi mutualistici per la promozione della cooperazione. Tali profili si intrecciano poi, in taluni casi, con aspetti più direttamente legati ai rapporti di lavoro e, nello specifico, a quella categoria di *stakeholders* rappresentati dai lavoratori e dai collaboratori.

Più in generale, la cooperazione, stante la ricordata natura anfibia di impresa e movimento sociale che la contraddistingue, è sempre stata tenuta – anche in assenza degli attuali strumenti di rendicontazione sociale – a conciliare economia e responsabilità sociale (201) per non venir meno ai suoi stessi principi ispiratori. La nascita della cooperazione è, del resto, legata proprio alla necessità di soddisfare bisogni primari della comunità – quali il lavoro, il consumo, l'abitazione, il credito o l'assistenza – attraverso una peculiare forma di impresa collettiva in cui il profitto non è il fine, ma lo strumento che consente la continuità aziendale e la costante realizzazione di quei bisogni. La stessa funzione sociale assegnata dalla Costituzione impone alla cooperazione di perseguire obiettivi compatibili con la responsabilità sociale e del tutto diversi dai «fini di speculazione privata».

Si tratta, quindi, di adeguare costantemente la struttura e il funzionamento della cooperazione alle mutate condizioni sociali e di contesto e di mantenere lo stretto legame strutturale tra mutualità e responsabilità sociale: è una questione che riguarda sia i rapporti con l'interno – nel nostro caso specifico il coinvolgimento diretto e la partecipazione dei soci lavoratori, allo stesso tempo *shareholders* e *stakeholders* (202) – che con l'esterno.

vista *Il Ponte*, nn. 10-11/2003 (con scritti di Guido Bonfante, Elio Borgonovi, Luigino Bruni, Antonio Chelli, Guglielmo Epifani, Marco Frey, Luciano Hinna, Gian Carlo Marchesini, Antonio Maticena, Mario Mazzoleni, Marisa Parmigiani, Giuliano Poletti, Mario P. Salani, Lorenzo Sacconi, Franco Tumino, Francesco Vermiglio, Marco Vitale, Marco Viviani, Stefano Zamagni).

(201) Cfr. G. Sapelli, *La cooperazione tra economia...*, op. cit., pp. 7-10.

(202) M. P. Salani, *Responsabilità, mutualità, rendicontazione sociale nelle cooperative*, in Idem (a cura di), *L'impresa giusta...*, op. cit., p. 14.

In ultima istanza è un problema di difficile ma necessario e incessante aggiornamento (203), a tutti i livelli, della peculiare identità cooperativa, che per essere tale deve conciliare impresa ed efficienza economica, da un lato, e democrazia e fini sociali, dall'altro (204).

(203) Cfr. G. Sapelli, *La cooperazione come impresa...*, op. cit., p. 276, nonché Idem, *Coop. Il futuro...*, op. cit., p. 23, secondo cui «l'impresa cooperativa è un'impresa di proprietà collettiva a scopo mutualistico e solidale a direzione manageriale elettiva. Ed è questa sua essenza fondativa distintiva che occorre rinnovare nel cambiamento».

(204) Tale necessità è stata, per la verità, da sempre avvertita dal movimento cooperativo. Vedi, in proposito, l'opera di due operatori di inizio Novecento, B. Riguzzi, R. Porcari, *La cooperazione operaia in Italia*, II ed. riveduta e ampliata, La Fiaccola, Milano, 1946, p. 17, ove si osserva – come già nella prima edizione stampata nel 1925 per i tipi di Gobetti, Torino – che «la cooperazione ha una funzione economica e una funzione sociale che sono inscindibili. Può essere considerata come istituto economico in quanto offre un modo speciale, una forma per organizzare un'impresa; è istituto sociale perché l'elemento uomo prevale in essa sull'altro elemento: il capitale».

RECENSIONE

Mario Napoli (*)

**Guido Trioni, *Il contratto di Agenzia* (artt. 1742-1753),
Bologna, Zanichelli, 2007**

Da qualche anno si discute del tradizionale mancato inserimento del lavoro autonomo nell'orizzonte del Diritto del lavoro. Questo dibattito risulta essere sterile fino a quando gli studiosi giuslavoristi non si mettano a studiare con le categorie proprie del Diritto del lavoro le varie forme di lavoro autonomo. A dire il vero il contratto di agenzia è ormai da tempo acquisito nel patrimonio del Diritto del lavoro. Dopo la monografia di Giorgio Ghezzi, che è del 1970, vede ora la luce, nel medesimo *Commentario del codice civile* diretto da Francesco Galgano, *Il contratto di Agenzia* (artt. 1742-1753) di Guido Trioni (Bologna, Zanichelli, 2007). Non è senza significato che la sezione del *Commentario* dedicata al lavoro sia diretta da Marcello Pedrazzoli, uno degli studiosi che più spinge verso lo studio del lavoro autonomo a opera dei giuslavoristi.

L'opera di Trioni, pur mantenendo l'impianto del *Commentario*, ha il piglio della monografia. La caratteristica principale dell'opera è riposta nella circostanza dell'impiego del metodo lavorista classico, incentrato innanzi tutto sulla dialettica con il Diritto civile e, in secondo luogo, sulla capacità dello studio di un tema particolare di suggerire soluzioni di carattere generale o comunque aperture verso altri settori della disciplina. Tale metodo s'imponesse proprio per le profonde trasformazioni delle norme che, pur restando nella sede codicistica originaria, hanno subito profonde trasformazioni a opera dell'intervento comunitario. Già questo profilo sarebbe sufficiente per una comprensione lavorista del contratto di agenzia.

Prima dell'analisi articolo per articolo Trioni premette una bella introduzione, che spiega l'origine storica della figura fino alla codificazione del 1942 e con ampio riferimento all'esperienza francese e tedesca. Sin dall'*incipit* si coglie la cifra interpretativa dell'analisi lavorista: «Sotto il profilo della funzione economica tipica l'attività dell'agente rientra nell'ampio fenomeno della distribuzione e più specificamente in quello dell'intermediazione; è diretta, cioè, a favorire l'incontro tra l'offerta di beni e servizi, provenienti da chi

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

li produce o ne fa commercio, e la domanda, provenga questa da altre imprese ovvero dall'utilizzazione finale; e tale attività consiste, in estrema sintesi, nel procacciare affari», p. 1. Si capisce subito il perché, dopo l'*excursus* storico, l'Autore immetta il lettore nella modernità, mediante l'analisi puntuale della normativa comunitaria come fonte di disciplina della materia. Un costante raffronto con la disciplina comunitaria è un guadagno metodologico estensibile ad altre analisi. Il taglio tipicamente lavorista, sempre nella trattazione delle fonti, si ha nell'analisi della figura degli Accordi economici collettivi: «Senonché la costante tendenza della disciplina collettiva a migliorare, anche se non per tutti gli istituti, il trattamento degli agenti ha fatto sì che gli accordi privatistici, beninteso entro il loro ambito soggettivo di applicazione, prevalessero su quelli efficaci *erga omnes*. Rispetto alle fonti propriamente autoritative, invece, gli accordi a efficacia soggettiva limitata spiegano l'effetto proprio di qualsiasi atto di autonomia privata, attraverso il loro inserimento automatico nei contratti individuali. E possono, quindi, apportare valide deroghe alla norma legale, naturalmente a condizione che questa sia interamente dispositiva», p. 27.

L'analisi dallo spessore teorico più rilevante è quella relativa all'art. 1742 sulla nozione del contratto di agenzia: la norma per così dire parallela all'art. 2094 per il lavoro subordinato. Su questa norma non sono riscontrabili le lacerazioni della dottrina lavorista a proposito del lavoro subordinato anche perché il contratto di agenzia è collocato nel libro sulle obbligazioni. L'Autore nota subito che la figura giuridica dell'agente non tocca soltanto la promozione della compravendita e, con sensibilità lavorista, si sofferma sulle figure sociali del raccomandatario marittimo, dell'informatore scientifico e del promotore finanziario: figure per le quali nella prassi giurisprudenziale si pone spesso l'alternativa in termini di subordinazione. Secondo l'Autore dall'agente va distinto il propagandista, poiché «l'opera di propaganda e di persuasione non è svolta in questi casi nei confronti dei potenziali acquirenti, ma nei confronti di soggetti (medici, docenti) che possono influire in modo determinante sugli acquisti degli altri soggetti», p. 42. A proposito della stabilità dell'incarico («è questo l'elemento che fa dell'agenzia un tipico contratto di durata», p. 45), l'Autore si sofferma sulla differenza con la mediazione e con il procacciamento d'affari. Attraverso l'individuazione degli elementi della fattispecie, Trioni, pur non perdendo mai di vista l'agenzia, getta lo sguardo anche sugli altri rapporti di lavoro. Oltre alle figure già ricordate, particolarmente rilevante è la trattazione della differenza con i profili del mandato, della commissione, del lavoro autonomo (sarebbe meglio dire con il contratto d'opera), della somministrazione e dell'appalto, con l'impiego di una metodologia che era stata adoperata da Barassi nel Contratto di lavoro per differenziare e isolare il contratto di lavoro subordinato. La specificità è riposta «nell'agire per conto».

Circa l'onerosità (è significativo l'impiego della parola retribuzione) l'Autore sottolinea che essa è un elemento essenziale, come nel lavoro subordinato, con la conseguenza che le norme del codice non sono applicabili all'agenzia a titolo gratuito.

La trattazione più rilevante è quella concernente il requisito dell'autonomia, che permette all'Autore di affrontare la differenza con il viaggiatore di commercio e col piazzista: figure sociali colte attraverso l'evoluzione della contrattazione collettiva e i rapporti sindacali.

A integrare la definizione concorre infine la zona determinata.

Quanto alla firma dell'atto, anche per il contratto di agenzia come per il contratto di lavoro ammette una dissociazione tra la pattuizione e il successivo documento informativo: perciò la forma scritta è richiesta *ad probationem*.

Una puntuale trattazione tocca il profilo soggettivo dell'agente. L'Autore distingue l'agente imprenditore, piccolo imprenditore, lavoratore autonomo, seguendo il punto di vista prevalente nel Diritto commerciale sulla possibile distinzione tra piccolo imprenditore e lavoratore autonomo. Ma il Diritto del lavoro farebbe bene a contestare questa distinzione, intravedendo sempre nel lavoratore un piccolo imprenditore, specialmente se ha lavoratori subordinati alla sua dipendenza. Ampio spazio è dedicato all'agente come lavoratore parasubordinato e al piccolo agente.

Un aspetto lavorista particolarmente rilevante è la configurazione dell'agente come professionista e l'iscrizione all'apposito ruolo. Si tratta, dunque, di una professione regolata da norme di Diritto amministrativo, non più sanzionate penalmente. L'Autore si sofferma sul problema della validità del contratto di agenzia per la mancata iscrizione al ruolo, con il conseguente problema dell'applicabilità dell'art. 2126 cod. civ.

Nell'analisi dell'art. 1723 la concorrenza irrompe nella disciplina del rapporto come nel rapporto di lavoro subordinato nell'art. 2105. Secondo l'Autore, «la relazione concorrenziale prescinde dalle caratteristiche e dall'intrinseca somiglianza dei beni o servizi offerti e assume, invece, a criterio dirimente la loro destinazione, ossia la loro idoneità a soddisfare gli stessi bisogni o bisogni analoghi», p. 103. Dopo aver analizzato l'esclusiva in capo all'agente e al proponente, l'Autore affronta il problema della derogabilità convenzionale al regime di esclusiva: un tema di rilevanza generale anche per il Diritto del lavoro.

L'art. 1743 disciplina il problema della rappresentanza, che può essere conferita o meno all'agente. Il conferimento della rappresentanza non trasforma il contratto di agenzia, ma consente all'agente la stipulazione diretta dei contratti.

L'art. 1745, comma 1, disciplina gli obblighi dell'agente e svolge le funzioni equivalenti, per il contratto di lavoro subordinato, all'art. 2104.

L'Autore giustamente nota che il linguaggio usato dal legislatore è condizionato dalle Direttive europee. Osserva l'Autore che «il riferimento agli interessi del preponente e quello alle clausole generali di lealtà e buona fede sono tra loro strettamente connessi; e si tratta anzi di un'interdipendenza, poiché a loro volta gli interessi del preponente costituiscono inevitabilmente il referente finalistico esclusivo del criterio di buona fede, col risultato non solo di fornire una regola per i casi non previsti, ma anche di ampliare o restringere letteralmente gli obblighi assunti con il contratto», p. 127. L'Autore detta una corretta definizione di clausola generale, molto utile per il Diritto del lavoro, che ricorre a questa figura anche in presenza di una precisa fattispecie legislativa (ad es. giustificato motivo di licenziamento): «La regola di buona fede, come ogni clausola generale, implica un rinvio dell'ordinamento giuridico a valutazioni morali o sociali, il cui specifico contenuto col riguardo al caso concreto deve essere individuato dal giudice...», p. 128.

La norma prevede poi l'obbligo di conformazione della prestazione dell'agente alle istruzioni ricevute. L'Autore, giustamente, nota la differenza con l'art. 2104, e perciò non sembra accettare l'idea, che ormai circola tra i lavoratori, che un certo potere direttivo è compatibile con la prestazione di lavoro autonomo. Costituisce, invece, obbligo autonomo quello relativo alle informazioni rese dall'agente al preponente. Secondo l'Autore l'obbligo dell'agente va ben oltre la registrazione e la trasmissione delle notizie passivamente apprese e comporta un'attività finalizzata ad assumere, e a fornire al preponente «un'informazione utile e quindi il più possibile esatta e completa», p. 139. Poiché si tratta di un obbligo autonomo rispetto alla prestazione principale, ne deriva che «la violazione dell'obbligo informativo costituisce in ogni caso, per definizione, un inadempimento, dal quale può scaturire una responsabilità risarcitoria», p. 139. Sono, infine, richiamati gli obblighi del commissario.

Il comma 2 disciplina un istituto tipico del contratto di agenzia, il patto dello star del credere, profondamente trasformato, a cominciare dalla denominazione, rispetto al passato: «Il legislatore del 1999 ammette il patto di responsabilità, prima collegato dalla disciplina collettiva all'insolvenza del terzo, ossia all'impossibilità di una fruttuosa esecuzione forzata nei suoi confronti, anche per il caso di mero inadempimento», p. 146.

Sono quindi tratteggiati i requisiti di validità del patto e il corrispettivo.

L'art. 1747 prevede l'obbligo di avviso in capo all'agente in caso di impossibilità di eseguire l'incarico affidatogli, pena il risarcimento del danno. Nota giustamente l'Autore, citando Luigi Mengoni, che «la norma sembra espressione di un principio, vigente per tutti i rapporti obbligatori, che impone al debitore l'obbligo di dare immediata notizia della sopravvenuta impossibilità della prestazione», p. 152, sostenendo l'inutilità della norma specifica.

L'art. 1748, sotto la rubrica «diritti dell'agente», disciplina l'obbligo corrispettivo principale del preponente, che è quello di pagare la provvigione: forma retributiva ammessa anche nel rapporto di lavoro subordinato. L'Autore distingue la provvigione diretta di acquisto dalla provvigione indiretta e da quella postuma. E tratta il problema dell'esigibilità del credito «sot-toposta a un termine, non a una condizione», p. 163.

L'art. 1749 prevede gli altri obblighi del preponente. Come il rapporto di lavoro anche il contratto di agenzia fa sorgere una pluralità di rapporti obbligatori.

La norma pone innanzi tutto anche sul proponente gli obblighi di lealtà e di buona fede, con una perfetta simmetria tra le parti. È posto poi l'obbligo strumentale di promozione, di mettere a disposizione dell'agente le informazioni relative ai beni e servizi e quelle che attengono all'esecuzione del contratto. Come avviene anche nel rapporto di lavoro, la disciplina collettiva specifica ulteriormente gli obblighi. La norma disciplina poi gli obblighi strumentali alla retribuzione. Come sempre anche nel rapporto di lavoro con l'obbligo del prospettato paga, nel contratto di agenzia la normativa è dettagliata poiché deve disciplinare non solo tempi e modalità della retribuzione, ma soprattutto la possibilità di controllo sull'esattezza del calcolo. Osserva giustamente l'Autore che «sotto questo profilo assume importanza decisiva il diritto dell'agente all'esibizione dell'estratto dei libri contabili», p. 183. L'Autore giustamente insiste sulla natura sostanziale, non assimilabile ai poteri istruttori del giudice del lavoro, del diritto.

L'art. 1750 disciplina la durata e il recesso dal contratto. Colpisce, innanzi tutto, la regola della trasformazione del contratto a tempo indeterminato, nel caso in cui il contratto a termine prosegua oltre la scadenza del termine. Era questa la regola del contratto di lavoro, prima che il legislatore circondasse la scadenza del termine di cautele. Nessuno ha niente da dire per questa regola del contratto di agenzia.

Secondo l'Autore «deve trattarsi di un comportamento univoco e bilaterale», p. 188.

Quanto al rapporto a tempo indeterminato, la previsione legale è quella che trova nell'art. 2118 il prototipo della disciplina. Su questo tema il giuslavorista trova l'occasione per trattare temi classici quali i rapporti tra recesso e risoluzione, tra recesso e impossibilità sopravvenuta oltre ai temi del preavviso e del recesso in prova.

L'art. 1751 disciplina l'indennità in caso di cessazione del rapporto. Anche su questo argomento vi sono punti di contatto e di differenza con la disciplina del rapporto di lavoro. Ma nel caso del contratto di agenzia più marcato è l'intreccio tra legge e autonomia collettiva. Molto opportunamente l'Autore ripercorre le varie tappe della normativa. Circa gli elementi costi-

tutivi del diritto all'indennità, l'Autore sottolinea che «il diritto all'indennità in questione sorge in presenza di due presupposti positivi cumulativi e in assenza di due presupposti negativi», p. 217, secondo le Direttive comunitarie. L'Autore affronta poi il problema controverso della determinazione della misura dell'indennità che vede divisi gli interpreti, anche per la diversa formulazione del diritto interno rispetto al Diritto comunitario. L'Autore sottolinea che «il nostro ordinamento conosce norme che, pur assumendo l'equità a unico criterio di quantificazione di determinati istituti in difetto di altre fonti (si pensi agli artt. 2110 e 2118), hanno trovato piena e pacifica applicazione anche nei rapporti non regolati dalla disciplina collettiva», p. 225. Circa la decadenza del diritto all'indennità, l'Autore osserva che «all'agente decaduto dall'indennità legale non è preclusa l'azione diretta a ottenere le indennità contrattuale», p. 231. Al rapporto tra normativa legale e disciplina collettiva l'Autore dedica dense ed equilibrate pagine.

L'art. 1751-*bis* disciplina, in analogia con l'art. 2125 cod. civ. per il contratto di lavoro, il patto di non concorrenza. Secondo l'Autore «la volontà del legislatore è quella di vietare patti di non concorrenza che eccedano l'ambito dell'incarico anche dal punto di vista del contenuto, cosicché, quando fra i compiti dell'agente vi siano non solo quello tipico della promozione di affari, ma anche attività connesse e consequenziali, non si vede ragione per escludere la validità di un patto che inibisca anche tali attività, beninteso nell'ambito territoriale, soggettivo e merceologico segnato dalla zona», p. 244.

L'art. 1752 disciplina l'agente con rappresentanza. L'Autore già nell'introduzione aveva notato l'unicità della disciplina, in presenza o in assenza del conferimento della rappresentanza.

Una disposizione di analogo tenore è contenuta nell'art. 1753 a proposito degli agenti di assicurazione, protagonisti di un'autonoma attività di negoziazione collettiva, molto opportunamente esaminata dall'Autore.

Il volume è corredato da opportune appendici di normazione europea e di disposizioni contenute negli Accordi economici collettivi.

La lettura del volume smentisce il luogo comune, ormai da tempo superato, dell'estraneità del lavoro autonomo dalla cornice d'interesse del Diritto del lavoro. Solo il Diritto del lavoro è in grado di superare la visione meramente civilistica di un contratto, per cogliere le figure sociali descritte dalle norme. Ciò è valso soprattutto per il contratto di agenzia per la stretta vicinanza, come si è cercato di dimostrare, con la disciplina del lavoro subordinato. Piuttosto che lamentarsi per i più o meno larghi confini, il Diritto del lavoro dovrà proseguire nella ricerca, su temi classici e su temi nuovi, con il rigore di metodo, la solidità dell'impianto, la freschezza espositiva, come ha fatto Guido Trioni da vero giuslavorista nel suo commentario-monografia, semplicemente parlando di agenzia.