

RIVISTA GIURIDICA DEL LAVORO E DELLA PREVIDENZA SOCIALE

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

ANNO LXV - 2014 - N. 3

*Trimestrale
luglio-settembre 2014*

DIRETTA DA

Bruno Veneziani

COMITATO DIRETTIVO

*Piergiovanni Alleva, Amos Andreoni, Vittorio Angiolini, Bruno Balletti, Marzia Barbera,
Marco Barbieri, Vincenzo Bavaro, Alessandro Bellavista, Franca Borgogelli, Giuseppe Bronzini,
Umberto Carabelli, Gaetano D'Auria, Antonio Di Stasi, Francesco Fabbri, Fausta Guarriello,
Daniela Izzi, Carmen La Macchia, Andrea Lassandari, Gianni Loy, Sergio Mattoni,
Luigi Menghini, Luca Nogler, Massimo Pallini, Adalberto Perulli, Franco Scarpelli,
Stefania Scarponi, Antonino Sgroi, Valerio Speciale, Sergio Vacirca, Lorenzo Zoppoli*

REDAZIONE

*Andrea Allamprese (caporedattore), Guido Canestri, Carlo de Marchis,
Madia D'Onghia, Lorenzo Fassina, Ginevra Galli, Alessandra Raffi, Lucia Valente*

COMITATO SCIENTIFICO

*Gianni Arrigo, Gian Guido Balandi, Maria Vittoria Ballestrero, Lauralba Bellardi,
Paolo Boer, Olivia Bonardi, Piero Capurso, Franco Carinci, Maria Teresa Carinci,
Bruno Caruso, Pasquale Chieco, Maurizio Cinelli, Franco Coccia, Adolfo Di Majo,
Vincenzo Ferrante, Giuseppe Ferraro, Franco Focareta, Fabio Fonzo, Alessandro Garilli,
Stefano Giubboni, Enrico Gragnoli, Raffaele Guariniello, Mariorosario Lamberti,
Luigi La Peccerella, Alberto Lepore, Franco Liso, Salvatore Mazzamuto,
Giovanni Naccari, Mario Napoli, Roberta Nunin, Angelo Pandolfo,
Alberto Piccinini, Andrea Proto Pisani, Federico Maria Putaturo Donati,
Carlo Smuraglia, Tiziano Treu, Patrizia Tullini, Roberto Voza*

SEGRETERIA DI REDAZIONE

Rossella Basile

I SAGGI PUBBLICATI NELLA PARTE I - DOTTRINA NON DEVONO SUPERARE LE 25 PAGINE NEL FORMATO DELLA RIVISTA E SONO SOTTOPOSTI ALLA VALUTAZIONE DI REFEREEES ANONIMI. QUESTI ULTIMI COMPRENDONO I MEMBRI DEL COMITATO SCIENTIFICO, DEL COMITATO DIRETTIVO E ALTRI.

I MATERIALI PER LA PUBBLICAZIONE VANNO INVIATI PER POSTA ELETTRONICA ALLA SEGRETERIA DI REDAZIONE E DEVONO UNIFORMARSI AI CRITERI REDAZIONALI DELLA RIVISTA (CHE POSSONO ESSERE RICHIESTI ALLA STES- SA SEGRETERIA).

LA RIVISTA GIURIDICA DEL LAVORO E DELLA PREVIDENZA SOCIALE PARTECIPA ALLA INTERNATIONAL ASSOCIATION OF LABOUR LAW JOURNALS (WWW.LABOURLAWJOURNALS.COM).

Proprietario ed editore

Ediesse s.r.l.

Viale di Porta Tiburtina 36 – 00185 Roma

Tel. 06/44870325 - Fax 06/44870335

www.ediesseonline.it

E-mail: ediesse@cgil.it

Autorizzazione del Tribunale di Roma n. 3848/1954

Sito web della rivista

www.ediesseonline.it/riviste/rgl

Segreteria di redazione

Viale di Porta Tiburtina 36 – 00185 Roma

Tel. 06/44870323 - Fax 06/44870335

E-mail: rgl@ediesseonline.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

FINITO DI STAMPARE NEL MESE DI OTTOBRE 2014

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

- Edoardo Ghera*
Sull'ingiustificatezza aggravata del licenziamento 425
Regarding the aggravated unjustified dismissal
- Valerio Speciale*
La riforma del licenziamento individuale tra *law and economics*
e giurisprudenza (Parte II) 447
The individual dismissals reform: a critical approach
- William Chiaromonte, Stefano Giubboni*
I regolamenti europei di sicurezza sociale
nella recente giurisprudenza della Corte di Giustizia 481
*The european regulations on coordination of social security systems:
recent case law of the european Court of Justice*
- Stella Laforgia*
L'Accordo interconfederale del 10 gennaio 2014 e le «nuove» Rsu 513
*The national multi-industry Agreement of 10 january 2014
and the «new» unitary union representative bodies*
- Alberto Lepore*
Non discriminazione, licenziamento discriminatorio
ed effettività delle tutele 531
*Non discrimination law, discriminatory dismissal
and protections effectivity*

Marco Lozito

Tendenze della contrattazione nazionale in materia di contratto a termine,
part-time e apprendistato professionalizzante (Parte I) 565
Fixed-term, part-time and professional apprenticeship contracts
in the collective bargaining

Enrico Raimondi

Il lavoro intermittente nelle recenti riforme del mercato del lavoro 601
Job on call in recent labour market reforms

OPINIONI A CONFRONTO

Il Testo Unico sulla rappresentanza sindacale

Antonio Di Stasi

Il Testo Unico sulla rappresentanza del 10 gennaio 2014
stipulato tra Confindustria e Cgil, Cisl e Uil.
Una riflessione critica 631

Francesco Liso

Alcune osservazioni a proposito dell'Accordo del 10 gennaio 2014 641

Franco Scarpelli

Dissensi e consensi sul Testo Unico sulla rappresentanza:
un bilancio tra politica e diritto 651

NOTE E COMMENTI

Roberto Rivero

Il diritto alla vita appeso al ramo e la svolta risarcitoria 663

PARTE II GIURISPRUDENZA

OSSERVATORIO «LEGGE FORNERO»

Domenico Dalfino

Il rito Fornero nella giurisprudenza: le questioni ancora aperte 397

OSSERVATORIO DELLA CORTE COSTITUZIONALE	
Rapporto di lavoro	407
Sicurezza sociale	419
<i>A cura di Lorenzo Fassina e Massimo Pallini</i>	

RAPPORTO DI LAVORO

<i>Massimo Pallini</i>	
La rilevanza del consenso del lavoratore nelle operazioni di esternalizzazione (<i>Corte di Giustizia Ue, 6 marzo 2014, causa C-458/12, Sez. IX Cassazione, 9 maggio 2014, n. 10128, Sez. lav. Cassazione, 15 aprile 2014, n. 8756, Sez. lav.</i>)	425

<i>Angela Gambardella</i>	
La frode alla legge nel trasferimento di ramo di azienda (<i>Cassazione, 22 aprile 2014, n. 9090, Sez. lav.</i>)	438

<i>Marianna Russo</i>	
Abuso dei permessi per assistenza disabili e controlli occulti (<i>Cassazione, 4 marzo 2014, n. 4984, Sez. lav.</i>)	444

<i>Federico Siotto</i>	
Lavoro temporaneo, frode alla legge e prevenzione degli abusi (<i>Cassazione, 6 febbraio 2014, n. 2763, Sez. lav. Cassazione, 8 gennaio 2014, n. 161, Sez. lav. Tribunale Napoli, 5 marzo 2014, Sez. lav.</i>)	449

<i>Alberto Mattei</i>	
Trattamento dei dati personali del lavoratore ed esercizio del diritto alla difesa del datore (<i>Cassazione, 1° agosto 2013, n. 18443, Sez. civ. Cassazione, 11 luglio 2013, n. 17204, Sez. civ.</i>)	465

DIRITTO SINDACALE

<i>Venera Protopapa</i>	
Libertà sindacale e libertà religiosa. Il (non) bilanciamento della Grande Camera (<i>Corte Edu, 9 luglio 2013, ricorso n. 2330/099, Grande Camera</i>)	471

Giuseppe Cannati

Condotta antisindacale e accordi individuali. Un difficile compromesso

(*Tribunale Prato, 28 gennaio 2014*)

487

CONTROVERSIE DI LAVORO

Giuseppe Trisorio Liuzzi

Sul contrasto nella Sezione lavoro in tema di limiti
al ricorso per cassazione per violazione di norma collettiva

(*Cassazione, 11 ottobre 2013, n. 23174, Sez. lav.*

Cassazione, 7 maggio 2013, n. 10559, Sez. lav., sent.)

493

SICUREZZA SOCIALE

Vincenzo Ferrante

Prestazioni assistenziali ai cittadini extraeuropei

e tutela dei diritti individuali

(*Corte Edu, 8 aprile 2014*

Tribunale Bergamo, 30 marzo 2014)

507

Giuliana Cavalcanti

L'Atp in materia previdenziale al vaglio della Cassazione

(*Cassazione, 17 marzo 2014, n. 6085, Sez. VI civ.*)

520

PARTE I
DOTTRINA

Edoardo Ghera (*)

SULL'INGIUSTIFICATEZZA AGGRAVATA DEL LICENZIAMENTO (**)

SOMMARIO. 1. Il nuovo catalogo delle sanzioni contro il licenziamento illegittimo. — 2. L'alternativa tra reintegrazione e indennità: alla ricerca dei presupposti. — 3. Il licenziamento disciplinare e la cd. insussistenza del fatto. — 4. *Segue*: l'inosservanza dei contratti collettivi e del codice disciplinare. — 5. Il licenziamento per motivo oggettivo (o cd. economico): la distinzione tra fatti attinenti alla persona del lavoratore e fatti cd. gestionali. — 6. *Segue*: l'irrelevanza gestionale del motivo addotto come presupposto della reintegrazione. — 7. Conclusioni: la rivincita della discrezionalità del giudice.

1. — *Il nuovo catalogo delle sanzioni contro il licenziamento illegittimo*
— A due anni dalla sua approvazione, la riforma del lavoro voluta dal governo Monti con la cd. legge Fornero (legge 28 giugno 2012, n. 92) continua a fare discutere. L'emanazione della nuova legge non ha interrotto il dibattito politico e giuridico, che nel corso della sua – invero travagliata – elaborazione si era concentrato sull'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, sicuramente il punto più controverso della riforma, a causa di quella che è stata chiamata la rottura del cd. *tabù della reintegrazione*, a sua volta considerata garanzia indefettibile della stabilità del posto di lavoro. Con la nuova legge è stata infatti cancellata la correlazione automatica tra l'illecito – il licenziamento ingiustificato (e, in genere, illegittimo) – e la sanzione, costituita dalla reintegrazione nel posto di lavoro. Emblematico, in tal senso, è il mutamento della rubrica del nuovo art. 18: non più «Reintegrazione nel posto di lavoro» ma «Tutela del lavoratore in caso di licenziamento illegittimo».

Detto questo, il primo interrogativo da porsi è se il nuovo art. 18 abbia aggiunto o tolto qualcosa alla previsione del giustificato motivo contenuta nell'art. 3 della legge 15 luglio 1966, n. 604, oppure alla previsione della giusta causa enunciata nell'art. 2119 cod. civ., che lo stesso art. 3 richiama.

(*) Professore emerito presso la «Sapienza» Università di Roma.

(**) Il presente contributo è destinato agli *Studi in memoria di Mario Giovanni Garofalo*.

La risposta è negativa perché la nuova norma (come, del resto, il precedente art. 18) non incide né sulla tipologia delle invalidità del negozio di recesso datoriale, né, tanto meno, sulle fattispecie che giustificano il licenziamento e in assenza delle quali, inversamente, il licenziamento è ingiustificato. Come dire che – in quanto fattispecie produttive della legittimità o illegittimità del recesso – le nozioni della giusta causa e del giustificato motivo, previste rispettivamente nell'art. 2119 cod. civ. e nell'art. 3 della legge n. 604, sono rimaste invariate.

Dunque – e non è cosa da passare sotto silenzio – il diritto del lavoratore alla conservazione del posto e quindi alla stabilità nel rapporto a tempo indeterminato resta inalterato, anche per ciò che riguarda la garanzia costituzionale (1). E nemmeno il legislatore è intervenuto per modificare il campo di applicazione della cd. tutela reale, che resta invariato nei suoi elementi di fattispecie sia oggettivi che soggettivi (cfr. art. 18, comma 8, nel testo sostituito dall'art. 1, comma 42, lett. *b*, legge n. 92).

Nulla (o quasi) cambia quindi per i piccoli datori di lavoro e i loro dipendenti ai quali continua ad applicarsi – entro i limiti stabiliti dalla legge n. 108/1990 (art. 2) – la tutela cd. obbligatoria offerta dalla alternativa tra riassunzione (obbligatoria ma non coercibile) e indennità risarcitoria (cd. penale: cfr. art. 8 della legge n. 604). Fa eccezione il licenziamento discriminatorio e, in genere, nullo, ormai sanzionato sempre con la reintegrazione, quale che sia la dimensione dell'azienda o la qualifica (ad esempio, dirigente) del lavoratore: cfr. art. 18, comma 1. Viene così a mancare lo spazio per la cd. reintegra di diritto comune – la declaratoria della continuità del rapporto risolto illegittimamente accompagnata dal risarcimento del danno commisurato alle retribuzioni perdute dal lavoratore – che la giurisprudenza aveva ricavato dai principi generali in tema di nullità del contratto e quindi (arg. art. 1324 cod. civ.) degli atti unilaterali.

Innovative – e fortemente – sono invece le disposizioni contenute nei commi 4 ss. del nuovo art. 18 – anche questi sostituiti dall'art. 1, comma 42, lett. *b*, della legge n. 92/2012 –, le quali stabiliscono che, nelle organizzazioni e unità produttive di maggiori dimensioni, la sanzione del licenziamento ingiustificato sia di natura risarcitoria, con l'eccezione di tre ipotesi tipizzate dal legislatore – che possono definirsi di *ingiustificatezza aggravata* del licenziamento, essendo *qualificate* dalla manifesta infondatezza

(1) Lo riconosce anche la parte della dottrina più sensibile ai dubbi di costituzionalità e critica nei confronti del «cammino a ritroso» segnato dalla riforma: da ultimo, vd. M. De Luca, *La disciplina dei licenziamenti fra tradizione e innovazione: per una lettura conforme a Costituzione*, in *Arg. dir. lav.*, 2013, I, pp. 1345 ss.

della motivazione addotta (e, in sostanza, dalla gravità della violazione dell'obbligo di giustificazione del recesso datoriale: cfr. art. 1, legge n. 604/1966) –, per le quali è invece prevista l'*applicazione* della tutela cd. reale (o reintegratoria).

Il nuovo impianto legislativo vede così, nell'area della tutela reale, un sistema sanzionatorio bipartito tra reintegrazione e risarcimento e perciò un inevitabile ridimensionamento della reintegrazione, finora senza alternativa.

Ma non basta. Anche nell'ambito delle due forme alternative di tutela sono state introdotte delle distinzioni. Il nuovo art. 18 distingue tra *reintegrazione piena* (comma 1: licenziamento discriminatorio o altrimenti nullo; motivo illecito), e cioè la reintegrazione accompagnata dall'indennità risarcitoria commisurata al periodo di estromissione del lavoratore, detratto l'*aliunde perceptum*: comma 2 del nuovo art. 18, e la *reintegrazione attenuata* (meglio: con effetti economici attenuati) – e cioè la reintegrazione accompagnata da una indennità massima di 12 mensilità, detratto l'*aliunde* sia *perceptum* che *percipiendum* per il periodo di interruzione del rapporto – a sanzione del licenziamento ingiustificato qualificato dalla insussistenza oppure dalla manifesta insussistenza del (fatto costitutivo del) motivo addotto dal datore di lavoro; tra *indennità risarcitoria in misura piena* (comma 5: licenziamento ingiustificato ma non qualificato) e *indennità risarcitoria in misura ridotta* [comma 6: licenziamento invalido o inefficace per vizio di forma o di procedimento del (negozio di) recesso unilaterale, eccetto però il caso del licenziamento intimato in forma orale, sanzionato con la reintegrazione piena, in quanto affetto da nullità].

Il risultato è stato un sistema a piramide, affetto da un evidente sovraccarico di fattispecie e di rimedi interferenti tra loro.

La tutela reale cd. piena si colloca al vertice della piramide ma può dirsi l'eccezione, essendo prevista come sanzione unica soltanto per il licenziamento discriminatorio oppure determinato da motivo illecito (art. 1345 cod. civ.), nonché per il licenziamento intimato in forma orale, per altro definito espressamente inefficace, e, in generale, per il licenziamento affetto da nullità conseguente alla violazione di norme imperative poste, in particolare, a protezione del lavoratore. Invece la reintegrazione cd. attenuata occupa la parte mediana della piramide: la sua applicazione, essendo prevista come sanzione per il licenziamento ingiustificato cd. qualificato e dunque in pratica per i casi di licenziamento illegittimo di maggiore gravità, non può dirsi eccezionale ma, insieme alla indennità risarcitoria cd. piena prevista per il licenziamento ingiustificato non qualificato, costituisce la normalità.

Alla base della piramide si colloca la tutela obbligatoria, nella forma risarcitoria cd. attenuata (indennità da 6 a 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto), che è la sola sanzione prevista per il licenziamento inefficace (comma 6) perché viziato nella forma (ma solo per quanto attiene alla comunicazione e specificazione dei motivi: cfr. l'art. 2, comma 2, legge n. 604/1966, come novellato dal comma 37, art. 1, legge n. 92) o nel procedimento [si tratta delle procedure previste, rispettivamente, dall'art. 7, legge n. 300/1970, per il licenziamento disciplinare, e dal novellato (comma 40, art. 1, legge n. 92) art. 7, legge n. 604, per il licenziamento per g.m.o.]. In entrambe le ipotesi la qualificazione di inefficacia del licenziamento non deve essere intesa come inefficacia definitiva e assoluta (e quindi equivalente alla nullità) come nel precedente testo dell'art. 18, ma come inefficacia semplice, sanabile dall'autore dell'atto e quindi temporanea, o *inopponibilità* dell'atto di recesso (secondo il disposto dell'art. 2, comma 3, legge n. 604) tra le parti (2).

Si deve pertanto concludere che la corresponsione dell'indennità cd. attenuata ha una funzione sanzionatoria dell'inosservanza delle regole formali e, soprattutto, procedurali (ad esempio, il diritto alla difesa nel licenziamento disciplinare: cfr. art. 7, legge n. 300/1970) e non semplicemente risarcitoria della illegittima risoluzione del rapporto.

Infine, vale la pena di notare che la nuova legge (art. 1, commi 44, 45 e 46), seguendo criteri analoghi, è intervenuta – riscrivendo l'art. 5, legge n. 223/1991 – sull'apparato sanzionatorio per i licenziamenti collettivi per riduzione di personale: anche qui la reintegrazione in forma piena è prevista per il difetto della forma scritta, mentre la reintegrazione in forma attenuata sanziona la violazione dei criteri di scelta; infine, a ogni specie di violazione delle norme procedurali trova applicazione l'indennità in misura ridotta.

2. — *L'alternativa tra reintegrazione e indennità: alla ricerca dei presupposti* — Dal quadro normativo ora delineato emerge con chiarezza come il «cuore» della riforma sia l'alternativa tra reintegrazione e indennità.

Il licenziamento illegittimo perché privo di giusta causa ai sensi dell'art. 2119 cod. civ. o di giustificato motivo (cfr. art. 1, legge n. 604) continua a

(2) L'uso della categoria dell'inefficacia si «spiega – già nell'art. 2, comma 3, legge 15 luglio 1966, n. 604 – con l'esigenza, avvertita dal legislatore, di consentire la rinnovazione del licenziamento affetto da vizio soltanto formale. Di ciò non tiene conto chi, tra i commentatori, taccia di contraddizione l'enunciazione contenuta nell'art. 18, comma 6, ora vigente»: C. Cester, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, I, pp. 547 ss.

essere annullabile e dunque solo temporaneamente (cfr. art. 6, legge n. 604) efficace. Ma va incontro a un regime sanzionatorio duplice nel quale la tutela obbligatoria e la tutela reale si mescolano. Precisamente: al difetto di giustificazione si applica la tutela obbligatoria nella forma risarcitoria cd. piena (indennità da 12 a 24 mensilità), prevista dal comma 5 dell'art. 18, oppure – ma soltanto nei casi ritenuti più gravi, qualificati dalla *insussistenza del fatto* addotto a giustificazione e indicato in motivazione – la tutela reale nella forma cd. attenuata.

Da ciò la necessità – per il giudice – di una apposita indagine per scegliere, nel caso di licenziamento ingiustificato, tra rimedio ripristinatorio e rimedio risarcitorio.

Certo, la soluzione più semplice (e trasparente) sarebbe stata un'altra. Rimettere al giudice la scelta tra i due rimedi, obiettivamente molto diversi, a causa del differente impatto sui contrapposti interessi delle parti. È quanto succede nel sistema tedesco, nel quale la reintegrazione è prevista ma il giudice ha la facoltà di valutare se la stessa sia concretamente possibile e, soprattutto, se la collaborazione possa essere utilmente ripristinata e quindi non contrasti con la situazione effettiva – e la stessa convenienza – delle parti (3). Da noi si è invece ritenuto preferibile diffidare di una troppo ampia discrezionalità del giudice e si è preferito optare per una soluzione di tipo vincolistico. Il legislatore ha tentato di indirizzare il potere del giudice nella scelta tra reintegrazione e indennità risarcitoria vincolando tale scelta – almeno nella intenzione – alla valutazione e quindi all'accertamento dei fatti che sono all'origine del recesso del datore di lavoro.

In questo modo però le cose si sono complicate, introducendo nell'art. 18 una nuova criticità che, dall'area dei rimedi contro il licenziamento illegittimo, si trasmette, di rimbalzo ma inevitabilmente, nell'area del difetto di giustificazione e quindi delle fattispecie causali della illegittimità del licenziamento. E infatti l'alternativa tra reintegrazione e indennità non dipende dalla natura disciplinare oppure economica del licenziamento né dipende dalla tipologia dei fatti che sono all'origine del licenziamento; piuttosto è collegata alla motivazione (4) che – come dispone l'art. 2, comma

(3) Si vedano le condivisibili osservazioni di T. Treu, *Flessibilità e tutele nella riforma del lavoro*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 155/2012.

(4) Deve trattarsi, ovviamente, del contenuto effettivo della motivazione, da verificarsi in contraddittorio col lavoratore che ha impugnato il licenziamento e fermo restando a carico del datore l'onere della prova dei motivi addotti: per tutti cfr. V. Speciale, *Il licenziamento per giusta causa e giustificato motivo*, in P. Chieco (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92*, Cacucci, Bari, 2013, pp. 305 ss., qui p. 324.

2, legge n. 604/1966 (modificato, da ultimo, dall'art. 1, comma 37, legge n. 92) – deve a pena di nullità accompagnare la comunicazione (in forma scritta) del licenziamento.

La prima e più evidente conseguenza è che – come è stato notato da più commentatori (5) – la sanzione in concreto applicabile non è mai determinabile *ex ante* ma dipenderà dalla valutazione del giudice chiamato a pronunciarsi, in caso di difetto di giustificazione, intorno alla natura e alla rilevanza del fatto o dei fatti addotti dal datore di lavoro a giustificazione della risoluzione del rapporto. Ma vi è una seconda e più grave conseguenza: l'ingresso, nel procedimento logico-giuridico rivolto alla qualificazione dei fatti addotti a giustificazione del licenziamento, di un *giudizio sulla sussistenza del fatto addotto a motivazione del licenziamento*. Per valutarne l'impatto è bene ricordare che, in generale, al giudice compete di verificare se i motivi indicati nella comunicazione indirizzata al lavoratore non solo siano formalmente corretti – e cioè *specifici* e completi e quindi tali da consentire al lavoratore e poi al giudice l'identificazione dei fatti che ne costituiscono la motivazione –, ma altresì se i fatti stessi siano sufficienti a giustificare la risoluzione del rapporto. Occorre quindi verificare non solo la verità materiale dei fatti addotti in motivazione, ma anche la loro corrispondenza in concreto alle fattispecie previste nell'art. 3 oppure nell'art. 2119 cod. civ. e, in buona sostanza, vagliare le ragioni addotte per giustificare il licenziamento con o senza preavviso. Questo senza dimenticare che le stesse fattispecie legali sono *norme elastiche* (dette anche, ma impropriamente, *clausole generali*) e quindi definizioni non analitiche ma inevitabilmente generiche dei motivi (in realtà: presupposti causali) del licenziamento.

Nell'ambito di questo procedimento – sulle cui caratteristiche, elaborate dalla dottrina e dalla giurisprudenza e ben conosciute, non è qui necessario soffermarsi – si colloca anche l'accertamento della (*in*)*sussistenza semplice* (per il g.m.s.) oppure *manifesta* (per il g.m.o.) del fatto costitutivo del suddetto presupposto causale. In proposito occorre distinguere tra il licenziamento disciplinare, e cioè il difetto del g.m.s., e il licenziamento economico, e quindi il difetto del g.m.o.

3. — *Il licenziamento disciplinare e la cd. insussistenza del fatto* — Per il licenziamento disciplinare il nuovo art. 18 distingue, già sul piano testuale, l'ipotesi della semplice assenza o difetto di giustificazione del licenzia-

(5) Per tutti cfr. P. Albi, *Il campo di applicazione della nuova disciplina dei licenziamenti: diversificazione del sistema rimediabile ed effetti sulle garanzie dei diritti*, in P. Chieco (a cura di), *op. ult. cit.*, pp. 381 ss., qui p. 385.

mento (comma 5) da quella (comma 4) in cui tale assenza è qualificata – si dovrebbe dire *aggravata* – dalla insussistenza del fatto contestato (evidentemente, secondo le regole poste nell'art. 7, legge n. 300/1970) al lavoratore, per la quale soltanto è prevista la reintegrazione.

L'analogia verbale con la formula assolutoria prevista dall'art. 530 cod. proc. pen. non deve trarre in inganno. Nel nostro caso il fatto non sussiste quando non è accaduto o non è stato commesso dal lavoratore incolpato; ma anche quando non sia qualificabile come inadempimento contrattuale (cfr. art. 1218 cod. civ.) e perciò configuri una violazione o notevole inadempimento (art. 3, legge n. 604) degli obblighi contrattuali del prestatore di lavoro (con la connessa responsabilità disciplinare: art. 2106 cod. civ.) oppure una giusta causa (art. 2119 cod. civ.) di recesso.

Se così è, la condotta del lavoratore deve essere valutata non solo sul piano della materialità del fatto (azione od omissione) ma anche – anzi, prima di tutto – dal punto di vista disciplinare e dell'adempimento contrattuale e, in particolare, sul piano della idoneità a ledere in concreto l'interesse del datore alla prestazione diligente e fedele (cfr. artt. 2104-2105 cod. civ.). Si pensi al caso del lavoratore che si presenti con un abbigliamento o un aspetto (ad esempio, i capelli ossigenati) ritenuti sconvenienti oppure a qualsiasi altro comportamento extralavorativo e perciò, eccetto casi particolari, ininfluenza sull'esatto adempimento delle obbligazioni del lavoratore.

Ancora si pensi al caso di un ritardo di pochi minuti. Non vi è dubbio che, astrattamente considerata, sia una condotta inosservante dell'orario di lavoro e quindi un fatto rilevante sul piano dell'esatto adempimento dell'obbligazione e perciò della responsabilità disciplinare. Ma la sua sussistenza dovrà essere valutata, appunto, in concreto e cioè, come recita l'art. 2104, comma 1, cod. civ., in relazione alla natura della prestazione e al tipo di mansioni e dell'organizzazione del lavoro, al *danno* (eventuale) arrecato all'attività produttiva.

Se poi si viene al primo caso noto in giurisprudenza – la sentenza (Trib. Bologna 15 ottobre 2012) (6) che, a quanto consta, è stata anche la prima ad affrontare la questione della sussistenza del fatto addebitato al lavoratore –, la decisione è stata corretta. Il giudice ha, infatti, impostato e risolto la questione affermando che il fatto contestato in sede disciplinare è – e non può non essere altro che – il fatto giuridicamente rilevante (il cd. *fatto giuridico*). Anche la successiva giurisprudenza (7) non si è allontanata da

(6) In *Arg. dir. lav.*, 2012, II, pp. 907 ss.

(7) Ad esempio, Trib. Milano 22 gennaio 2013, in *www.giuslavoristiitaliani.it*. Una raccolta completa è curata da A. de Salvia, *Appendice* a M. Barbieri, D.

questo orientamento: e a ragione. Infatti, considerato che nel nostro ordinamento il licenziamento è – eccetto alcune ipotesi marginali – vincolato al principio della giustificazione (giustificato motivo o giusta causa: cfr. art. 1, legge n. 604) del recesso dell'imprenditore, ciò che si deve accertare in giudizio, oggi come ieri (e cioè prima della riforma Monti-Fornero), è l'esistenza non solo materiale ma giuridicamente qualificata del fatto previsto dalla legge (art. 3) come presupposto (o cd. causa) idoneo a giustificare l'esercizio del diritto di recesso dell'imprenditore.

L'opposta teoria del cd. fatto materiale, sostenuta da una parte della dottrina (8), solo in apparenza trova appiglio nelle parole adoperate dal legislatore; ma avrebbe la conseguenza – in radicale contrasto con i principi che governano la responsabilità contrattuale anche del lavoratore – di scindere il fatto materiale, costituito dalla condotta addebitata al lavoratore, dalla sua rilevanza come illecito disciplinare. In realtà essa non tiene in conto che *il fatto contestato* non può non essere qualificato dalla sua natura disciplinare e, a monte, dalla sua rilevanza come inadempimento contrattuale. Da ciò, la pioggia di obiezioni alla costituzionalità della norma, così interpretata, per la sua manifesta irrazionalità e dunque contrasto con l'art. 3 Cost.

In realtà per criticare la teoria del fatto materiale non è nemmeno necessario il ricorso a una interpretazione costituzionalmente orientata del nuovo art. 18. È sufficiente una corretta applicazione dei principi e delle norme di natura civilistica che collegano il licenziamento – che, non si dimentichi, è il rimedio concesso al datore di lavoro per reagire alle vicende a lui sfavorevoli sopravvenute nel corso del rapporto – alla natura sinallagmatica del contratto. Piuttosto si può immaginare che la nuova disciplina rimetterà in gioco alcuni classici parametri (fiducia, diligenza, fedeltà) di valutazione della responsabilità del debitore nell'obbligazione di lavoro, con le relative problematiche e al fine di individuare i comportamenti che, attenendo anche indirettamente ma effettivamente alla prestazione e agli altri obblighi del lavoratore, configurino un inadempimento contrattuale (cfr. art. 1218 cod. civ.) e quindi valutarne la sussistenza e cioè, in definitiva, la rilevanza disciplinare del fatto.

In conclusione, almeno a una prima lettura, si può stabilire una equivalenza tra insussistenza e irrilevanza disciplinare della condotta del lavora-

Dalfino, *Il licenziamento individuale nell'interpretazione della legge Fornero*, Cacucci, Bari, 2013, pp. 107 ss.

(8) È questa l'opinione accolta, tra gli altri, da M. Persiani, *Il fatto rilevante per la reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, I, pp. 1 ss.: ivi una rassegna ragionata delle diverse opinioni.

tore. Il giudizio sulla sussistenza non è un giudizio di realtà riconducibile – come è stato pure detto (9) – all'elementare distinzione tra l'essere e il non essere del fatto materiale, ma un giudizio di valore e cioè di qualificazione del fatto e che, da un punto di vista sistematico, deve essere ricondotto all'applicazione delle regole civilistiche in tema di inadempimento delle obbligazioni, inclusa quella lavorativa, prima, e, poi, dell'art. 3, legge n. 604, e quindi alla nozione di *notevole inadempimento* ivi stabilita per la definizione del giustificato motivo soggettivo.

Determinante al fine dell'alternativa tra indennità e reintegrazione resta quindi l'accertamento – in fatto – del comportamento addebitato e la sua qualificazione come inadempimento notevole ai sensi dell'art. 3 oppure come giusta causa ai sensi dell'art. 2119 cod. civ. Nel caso che tale accertamento sia affermativo, il fatto-inadempimento *sussiste* e il giudice, rigettando l'impugnazione proposta dal lavoratore, dichiara legittimo il licenziamento. Se invece l'accertamento è negativo, il fatto-inadempimento non sussiste e il giudice, accogliendo l'impugnazione, dichiara illegittimo il licenziamento; ma resta da decidere se il licenziamento ingiustificato sia meritevole di essere sanzionato con la reintegrazione oppure con l'indennità.

Anche in questo successivo (e diverso) giudizio (10) si ha una valutazione, un giudizio di valore. Ma non sull'esistenza dell'inadempimento, bensì sul difetto di giustificazione, o, se si vuole, in merito alla entità (gravità) del *fatto contestato ma non accertato dal giudice* e quindi a torto imputato al lavoratore. Tale giudizio può essere accostato – come paradigma logico-giuridico – al giudizio di *proporzionalità* (11) della sanzione (in questo caso il licenziamento) alla gravità dell'infrazione commessa dal lavoratore.

Nell'ipotesi «classica» dell'esercizio del potere disciplinare, si tratterà di valutare la mancanza commessa dal lavoratore nel suo contenuto oggettivo (le circostanze, i motivi, gli effetti: il danno) e nella sua portata soggettiva (la colpevolezza e cioè l'intensità della colpa o del dolo): elementi e circostanze (della fattispecie concreta), questi, ben noti e utilizzati dalla nostra giurisprudenza (12) non solo al fine della qualificazione dei fatti addebita-

(9) Così invece A. Maresca, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, pp. 415 ss.

(10) Come si vede, la duplicazione (o cd. sdoppiamento) del giudizio si presenta in termini radicalmente diversi da quella proposta da A. Maresca, *op. ult. cit.*, pp. 435 ss.

(11) Tra le sentenze più recenti si leggano Cass. n. 1788/2011; Cass. n. 22170/2010.

(12) Le citazioni possono avere solo valore esemplificativo. La S.C. sottolinea come gli elementi oggettivi e soggettivi devono confluire in un giudizio complessivo sul-

ti al lavoratore come giusta causa oppure giustificato motivo – e perciò da vagliare al fine della incidenza sull'elemento della fiducia che il datore deve riporre nel prestatore di lavoro, ma anche da considerare al fine di verificare – come prescrive appunto l'art. 2106 cod. civ. – la necessaria proporzione tra la sanzione massima, come è il licenziamento, e l'infrazione (il fatto contestato e accertato a carico del lavoratore).

Diversamente, nel nuovo art. 18 detti elementi vengono in considerazione non per valutare se l'inadempimento è *notevole*, così da giustificare – ai sensi dell'art. 3, legge n. 604/1966, e alla stregua dei parametri normali della diligenza richiesta dalla natura della prestazione – la risoluzione del rapporto, ma per scegliere – una volta stabilita l'illegittimità del licenziamento e, a monte, il difetto di giustificazione dello stesso – tra tutela ripristinatoria e tutela indennitaria del diritto del lavoratore alla stabilità del rapporto. Pertanto, se il fatto-inadempimento ingiustamente contestato al lavoratore è carente in tutti i suoi elementi oggettivi e soggettivi, «il fatto non sussiste» e il giudice dispone la reintegrazione. Se invece tali elementi sono presenti in misura attenuata (ad esempio: la negligenza nell'adempimento vi è stata, ma non ha arrecato danno o questo è stato lieve; ancora, la colpevolezza è attenuata: la mancanza è dovuta a colpa lieve) ma tuttavia insufficiente a giustificare il licenziamento, il giudice dispone l'indennità. È evidente, per altro, che si è di fronte a ipotesi, se non eccezionali, limitate nella pratica, nelle quali – ferma restando l'illegittimità del licenziamento – può entrare in gioco il criterio della proporzionalità tra il fatto contestato e la sanzione reintegratoria e che, d'altra parte, potrebbero anche ricadere nell'area delle sanzioni conservative senza tuttavia che tale ricaduta sia certa (nel qual caso la reintegrazione sarebbe automatica: vd. *infra*, n. 4). In definitiva la discrezionalità del giudice sarà molto ampia.

È questa dunque la novità introdotta dal nuovo art. 18: l'applicazione della indennità risarcitoria in misura piena in luogo della reintegrazione è possibile ma soltanto nei casi in cui il fatto contestato, pur non configurando un inadempimento idoneo a giustificare il licenziamento, è tuttavia connotato dalla presenza di taluni elementi o circostanze che, se da un lato possono introdurre elementi di giudizio sfavorevoli sulla condotta del lavoratore, dall'altro possono attenuare la responsabilità del datore per il recesso illecito (che, non va dimenticato, costituisce a sua volta una violazione del diritto del lavoratore alla stabilità del rapporto di lavoro). In simili ipotesi il giudice è chiamato a optare tra l'indennità e la reintegrazione va-

la condotta del lavoratore: sulla decisiva rilevanza dell'elemento psicologico vd., ad esempio, Cass. n. 17092/2011; Cass. n. 20601/2006.

lutando il comportamento di entrambe le parti e anche, indirettamente, la possibilità concreta della continuazione del rapporto, in relazione alle caratteristiche oggettive e soggettive della contestazione all'origine del licenziamento illegittimo.

In conclusione, a seguito della riscrittura dell'art. 18, il principio di proporzionalità diventa funzionale non più alla graduazione della sanzione alla gravità dell'infrazione – che non sussiste –, ma alla graduazione della sanzione in rapporto all'infondatezza della contestazione e quindi alla gravità del difetto del g.m.s.; e, correlativamente, alla gravità della violazione del diritto del lavoratore alla conservazione del rapporto (indirettamente anche alla buona o mala fede del datore nell'esercizio del diritto di recesso). Se questo è vero, l'opzione tra reintegrazione e indennità risarcitoria non può essere arbitraria ma, dovendo seguire un percorso analogo al giudizio di proporzionalità tra la sanzione e l'infrazione, dovrebbe condurre a un ragionevole equilibrio: conservando il ruolo centrale della reintegrazione nel licenziamento disciplinare ma, nello stesso tempo, applicando l'indennità nei casi – come, ad esempio, lo scarso rendimento – in cui si riscontri un effettivo grado di negligenza nell'adempimento degli obblighi del lavoratore.

4. — Segue: *l'inosservanza dei contratti collettivi e del codice disciplinare* — L'interpretazione prospettata trova significativa conferma nella previsione, anch'essa contemplata nell'art. 18, comma 4, dell'altra ipotesi di ingiustificata (o aggravata) del licenziamento disciplinare: quella in cui il fatto contestato «rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili». Anche in questo caso il legislatore ha collegato l'alternativa tra le tutele al principio di proporzionalità della sanzione all'infrazione; ma lo ha fatto direttamente (si potrebbe dire in modo automatico) subordinando la tutela reale alla violazione delle previsioni contrattuali: queste, disponendo una sanzione conservativa, hanno ritenuto l'illecito – pur sussistente – inidoneo a giustificare il licenziamento. Come dire che il principio della proporzionalità è stato ritenuto implicito nel rinvio alle determinazioni dell'autonomia collettiva e alla volontà delle parti sociali di non rompere la continuità del rapporto.

Del resto è vero che le clausole in materia disciplinare hanno lo scopo di graduare le sanzioni in proporzione alla gravità delle infrazioni secondo il principio enunciato dall'art. 2106 cod. civ. Si spiega così anche la tecnica della contrattazione (e la scelta delle parti sociali) di individuare le infrazioni per tipi di condotta più o meno definiti (ad esempio: rissa; furto; in-

subordinazione) e, in tale ambito, di ripartire le sanzioni in funzione della maggiore o minore gravità della mancanza imputata al lavoratore. E si spiega altresì l'orientamento seguito dalla giurisprudenza (13) che, mentre esclude l'analogia, ammette un'interpretazione (ragionevolmente, aggiunto) estensiva per i contratti collettivi e quindi anche per le clausole in materia disciplinare: tanto più che il contenuto di tali clausole è molto spesso esemplificativo delle infrazioni previste e del livello di gravità delle stesse.

Correttamente interpretata, la nuova norma dovrebbe avere l'effetto di vincolare il giudice in misura ben maggiore che nel passato alle previsioni dei contratti collettivi di categoria (14) e del codice disciplinare aziendale che, di regola, riproduce il contratto o comunque ne rispecchia le previsioni. Nella sostanza, l'accertamento della gravità dell'infrazione e, a monte, della sua rilevanza o irrilevanza disciplinare dovrebbe avvenire alla stregua delle tipizzazioni contenute nelle fonti collettive in via diretta oppure – attraverso la recezione dal contratto collettivo nel codice disciplinare aziendale – in via indiretta. D'altronde, l'obbligo del giudice di tenere conto «delle tipizzazioni di giusta causa e di giustificato motivo» presenti nei contratti collettivi stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi è già previsto dall'art. 30, comma 3, legge 4 novembre 2010, n. 183.

Da quanto detto, viene in luce che il giudice – dopo avere accertato anzitutto l'esistenza e la rilevanza disciplinare del motivo addotto a giustificazione del licenziamento (vd. *supra*, n. 3) – sarà tenuto a individuare la sanzione – espulsiva oppure conservativa – prevista dal contratto collettivo in concreto applicabile. E qualora accerti che il fatto sia riconducibile a una delle condotte punite da una sanzione conservativa dovrà dichiarare illegittimo il licenziamento condannando alla reintegrazione cd. attenuata. Insomma la valutazione *ex ante* dell'autonomia collettiva è ritenuta dal legislatore di per sé tale da determinare l'aggravamento del difetto di giustificazione e quindi della responsabilità del datore nell'esercizio del recesso.

(13) Cass. n. 18294/2002; Cass. n. 7763/1995.

(14) Se in generale è vero che le definizioni legali della giusta causa e del giustificato motivo, essendo vincolanti per l'interprete, prevalgono sulle previsioni disciplinari del contratto collettivo così che il giudice può discostarsi dalle tipizzazioni ivi contenute (anche *in peius*) per valutare in concreto la gravità dell'inadempimento imputato al lavoratore (Cass. n. 15334/2007), è altrettanto vero che la giurisprudenza – anche prima della legge n. 92/2012 – ha ritenuto che, in presenza di fattispecie punite con sanzioni conservative, sia preclusa al giudice una valutazione dell'illecito disciplinare diversa e più grave di quella effettuata dall'autonomia collettiva (così, tra le più recenti, Cass. n. 6621/2007; Cass. n. 19053/2005).

Nel nuovo art. 18 il rinvio (mobile) alla contrattazione pone all'interprete alcuni problemi. In primo luogo la valutazione della rilevanza del fatto addebitato come notevole inadempimento è sottratta al giudice, essendo stata rimessa all'autonomia collettiva. Non è più possibile – a quanto pare – che il giudice si distacchi da quella valutazione, facendo valere le nozioni legali di giusta causa e di giustificato motivo: se non – forse – eccezionalmente in casi di particolare gravità e motivando adeguatamente per giustificare il licenziamento (ad esempio, accertando che, nonostante sia prevista la sanzione conservativa, la condotta in concreto tenuta dal lavoratore ha menomato irrimediabilmente il vincolo fiduciario).

Ma questo non vuol dire che il ruolo del giudice sia ridotto a una meccanica applicazione delle clausole collettive. Al giudice spetta sempre il compito di accertare non solo la verità materiale del fatto contestato, ma anche la sua qualificazione: e cioè che lo stesso sia riconducibile, anche attraverso una enunciazione di carattere generale oppure esemplificativa, alle condotte previste come illecite dal contratto collettivo e dal codice disciplinare.

Non vi è quindi spazio – diversamente da quanto avviene nel caso della insussistenza del fatto – per il cd. sdoppiamento (o duplicazione) del giudizio tra valutazione della rilevanza disciplinare e valutazione della gravità dell'addebito in funzione della proporzionalità della sanzione espulsiva all'infrazione. Qui l'apprezzamento del giudice è vincolato alla valutazione dell'autonomia collettiva (e del codice aziendale) così per la rilevanza disciplinare come per la gravità dell'infrazione in rapporto alla sanzione. Oltre a semplificare radicalmente il compito del giudice ciò elimina o quasi l'alea dell'incertezza – a carico del datore che adotta il provvedimento – circa la sussistenza o rilevanza disciplinare dei fatti addebitati al lavoratore. Infatti la previsione dell'autonomia collettiva esclude di per sé la possibilità del licenziamento e, per converso, ne rende manifesto (aggravato) il difetto di giustificazione.

5. — *Il licenziamento per motivo oggettivo (o cd. economico): la distinzione tra fatti attinenti alla persona del lavoratore e fatti cd. gestionali* — Ben maggiori difficoltà propone all'interprete il rapporto tra tutela ripristinatoria e tutela risarcitoria nell'ipotesi di licenziamento disposto per giustificato motivo cd. oggettivo. Occorre, infatti, misurarsi con le molteplici questioni poste dalla norma del comma 7 del novellato art. 18, il quale, richiamando testualmente il precedente comma 4, dispone che il giudice «può applicare la predetta disciplina» e cioè la sanzione della reintegrazione cd. attenuata «nell'ipotesi in cui accerti la manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo»; mentre

«nelle altre ipotesi in cui accerta che non ricorrono gli estremi del predetto giustificato motivo [...] applica la disciplina di cui al comma 5», e cioè condanna al pagamento dell'indennità risarcitoria onnicomprensiva tra 12 e 24 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto.

Il punto critico della nuova disciplina (senza nemmeno qui accennare ai problemi relativi alla determinazione dell'indennità, a cominciare dalla corretta determinazione della base di calcolo) è sicuramente nell'alternativa (e nella scelta) tra reintegrazione e risarcimento e quindi anzitutto nella individuazione dei criteri qualificatori della (fattispecie della) manifesta insussistenza del g.m.o. (che, a sua volta, l'art. 3, legge n. 604, riporta a «ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa»).

Si è detto, dai primi commentatori (15), che l'espressione «manifesta insussistenza» sarebbe incongrua perché il fatto, per definizione, è o non è. Tuttavia, anche se le parole adoperate dal legislatore sono criticabili, al di là di esse si può cogliere l'intenzione del legislatore.

È molto probabile che, usando l'espressione *manifesta insussistenza*, il legislatore abbia voluto enfatizzare l'intenzione di ridurre al massimo l'applicazione della tutela reale ritenuta – e, credo, ragionevolmente – inadatta al licenziamento cd. *economico* (16). Come non è casuale avere scritto nel comma 7 che per il g.m.o. il giudice «può applicare» (a sua discrezione, si direbbe) la tutela reale, mentre nelle altre (tutte) ipotesi di ingiustificatezza qualificata il giudice «applica» necessariamente tale tutela. Non si tratta di semplici sfumature del linguaggio del legislatore ma delle tracce – rimaste nel testo della legge – della sua originaria intenzione, che prevedeva per il licenziamento cd. *economico* soltanto la tutela indennitaria.

Detto questo, ancora una volta l'interprete si trova di fronte a un giudizio di valore non riducibile all'alternativa dell'essere o non essere. Anche il g.m.o. non è riducibile a semplice fatto materiale, ma questo deve essere giuridicamente rilevante a stregua dell'art. 3, legge n. 604/1966, in quanto attinente (17) all'attività produttiva e all'organizzazione del lavoro (e, in de-

(15) Cfr. ancora A. Maresca, *op. ult. cit.*, pp. 436 ss.; V. Speciale, *Il licenziamento per giusta causa e giustificato motivo*, in P. Chieco (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92*, Cacucci, Bari, 2013, pp. 341 ss. (quest'ultimo con ampi richiami di dottrina).

(16) Così F. Carinci, *Complimenti dottor Frankenstein: il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro*, in *Lav. giur.*, 2012, n. 6, pp. 529 ss., qui p. 548.

(17) Per ravvisare come fattispecie astratta il g.m.o. occorre una specifica evenienza aziendale (cd. causale) che – nella valutazione *ex ante* dell'imprenditore – esiga una

finitiva, rilevante per l'economia e l'interesse dell'impresa). In effetti, non ogni scelta o decisione adottata dall'imprenditore può legittimare il licenziamento, ma occorre valutare se la posizione occupata dal lavoratore sia in concreto ostativa all'efficienza organizzativa e all'utilità economica della produzione: rilievo pregiudiziale avrà quindi l'individuazione dei criteri di normalità tecnico-produttiva e, in genere, di razionalità economica alla cui stregua valutare le ragioni della scelta imprenditoriale prima, e poi la consistenza del *nesso di causalità* tra la stessa e il disposto licenziamento (18).

Detto questo, va aggiunto che il g.m.o. può essere, in astratto, ricondotto a due classi o tipologie di fattispecie. Una attinente alla persona del lavoratore (inidoneità sopravvenuta fisica o professionale; superamento del periodo di comporta di malattia; detenzione del lavoratore); l'altra di tipo gestionale e cioè attinente all'impresa (cessazione oppure riduzione o ancora modificazioni dell'attività produttiva e/o del lavoro). Nell'una e nell'altra ipotesi il giudice è tenuto prima a verificare la corrispondenza tra il *fatto posto a base* del licenziamento e la previsione legale del g.m.o.; e poi ad accertare il *nesso di causalità* tra quel fatto (se provato) e il licenziamento di *quel* determinato lavoratore.

Ma vi sono delle differenze. Nella prima ipotesi la *sussistenza* (o meno) del fatto e il suo rapporto causale col licenziamento passa attraverso l'accertamento di vicende o situazioni personali del lavoratore, riconducibili all'impossibilità definitiva o anche, oltre certi limiti, temporanea della prestazione (cfr. art. 1256 cod. civ.) e quindi tali da collocarsi al di fuori del regime protettivo della sospensione del rapporto: al giudice compete quindi l'accertamento di situazioni di incapacità temporanea a rendere la prestazione previste a tutela del lavoratore (del suo interesse alla conservazione del posto) e, salvo casi eccezionali, agevolmente verificabili. Questo spiega perché nella prima parte del comma 7 è stabilito che se il licenziamento è intimato per un g.m.o. riferibile a una inidoneità fisica o psichica del lavoratore (anche nel caso dei lavoratori disabili protetti dalla legge 12 marzo 1999, n. 68: si vd. art. 4, comma 4, e art. 10, comma 3), oppure se il licenziamento è determinato dal superamento del comporta di malattia (cfr. art. 2110 cod. civ.) il difetto di giustificazione è sanzionato unicamen-

modificazione o trasformazione dell'attività produttiva e/o dell'organizzazione del lavoro tale da giustificare il licenziamento di un determinato lavoratore.

(18) La giurisprudenza prevalente (tra le più recenti Cass. n. 11356/2011; Cass. n. 23222/2010; Cass. n. 6559/2010) ritiene che il g.m.o. comprende, in astratto, qualsiasi modifica strutturale finalizzata a una più economica gestione dell'impresa, riservandone la valutazione all'imprenditore e senza che il giudice possa sindacarne la scelta, spettandogli invece il controllo sulla coerenza tra essa e il singolo recesso.

te con la reintegrazione. Come dire che la tutela reale è – e deve restare – la regola, necessaria quando il licenziamento è disposto in violazione di norme che tutelano il lavoratore come persona e non solo come parte di un rapporto obbligatorio.

L'alternativa tra tutela reale oppure obbligatoria è invece sempre possibile nella seconda ipotesi di g.m.o.: il fatto di natura gestionale. In questa ipotesi – nella quale confluisce una grande varietà di fattispecie riconducibili a vicende organizzative e produttive la cui incidenza sull'andamento economico dell'azienda è per altro diversa caso per caso – il fatto è sempre *qualificato* dall'interesse dell'impresa alla risoluzione del rapporto (tale interesse è anzi dalla legge riconosciuto come prevalente sull'opposto interesse del lavoratore). Ma tale prevalenza, come si sa, non è incondizionata bensì – nella previsione dell'art. 3 – è subordinata all'esistenza, la cui prova è a carico del datore (cfr. art. 5, legge n. 604/1966), di fatti (vicende produttive o modificazioni organizzative) tali da rendere necessaria la soppressione di un posto di lavoro. Si badi che questa necessità non è mai oggettiva in senso naturalistico ma finalizzata all'interesse dell'impresa: normalmente trae origine dalla libera valutazione (previsione) economica del datore di lavoro che, specificandosi in una decisione puntuale, in concreto costituisce il *presupposto causale* della soppressione di un (del) posto di lavoro (19).

Tale presupposto (o *ragione*, secondo il dettato dell'art. 3) fa parte di un processo decisionale che il legislatore della riforma Monti-Fornero si è sforzato di rendere trasparente: il g.m.o. deve infatti essere indicato e specificato nella comunicazione datoriale (cfr. art. 2, comma 1, legge n. 604/1966, come riformulato dal comma 37, art. 1, della stessa legge n. 92/12) e tale specificazione, si noti, è imm modificabile già nel corso della procedura di conciliazione preventiva in sede amministrativa prevista dal novellato (*ex* art. 1, comma 40, legge n. 92/2012) art. 7, comma 2, legge n. 604/1966 (per inciso, questo tentativo obbligatorio di conciliazione davanti alla Dtl costituisce un utile strumento di avvicinamento tra le parti in causa).

6. — *Segue: l'irrelevanza gestionale del motivo addotto come presupposto della reintegrazione* — Dunque l'accertamento giudiziale avrà a ogget-

(19) Tra le tante, vd. Cass. n. 9310/2001. Per l'accertamento del nesso di causalità non è sufficiente un generico ridimensionamento dell'attività, ma occorre dimostrare la *necessità* di procedere alla soppressione del posto cui è addetto il singolo lavoratore in base a effettive ragioni di carattere produttivo e organizzativo, nonché l'impossibilità di utilizzarlo in altre mansioni compatibili con la professionalità acquisita (cd. *répechage*): così, ad esempio, Cass. n. 21579/2009; Cass. n. 11678/2005.

to non la scelta economica in sé – la quale resta sottratta al controllo del giudice *in merito alle valutazioni tecniche, economiche e produttive che competono al datore di lavoro* (come esplicitato, da ultimo, dal legislatore a proposito delle norme di legge contenenti *clausole generali*: cfr. l'art. 30, comma 1, legge n. 183/2010, poi integrato dall'art. 1, comma 43, legge n. 92/2012) (20) –, ma il presupposto causale del licenziamento. Vale a dire il fatto gestionale, da considerare però non come accadimento materiale (come suggerirebbe, ancora una volta in modo equivoco, la parola *sussistenza*), ma nella sua utilità o rilevanza concreta nell'economia dell'azienda: come fattore di riorganizzazione del lavoro (eliminazione o diversa ripartizione di mansioni) oppure di miglioramento della gestione economica (riduzione di costi, innovazione tecnologica, migliore qualità del prodotto, incremento di produttività del lavoro, profittabilità dell'impresa), prima; e poi come mezzo a fine secondo un rapporto di causalità (causalità non naturalistica, si badi, ma *finale* e cioè funzionalmente orientata all'interesse dell'impresa) tra il fatto gestionale addotto dall'imprenditore quale motivo (o cd. causale) della soppressione del posto e il licenziamento di un determinato lavoratore.

Si pensi al caso in cui il motivo addotto sia una contrazione dell'attività produttiva determinata dalla difficoltà di mercato di un tipo di prodotto (anche se, in ipotesi, altre produzioni sono in crescita): in una simile situazione l'imprenditore è tenuto a dimostrare: a) che la difficoltà si è verificata effettivamente e non è meramente transitoria; b) che la stessa ha reso improduttiva (inutile o meno utile) – tra gli n... posti di lavoro esistenti nell'azienda o in un reparto – la posizione occupata dal lavoratore XY le cui mansioni sono soppresse oppure redistribuite tra i restanti addetti; c) che la crescita riscontrabile nelle altre produzioni anche se arriva a compensare la riduzione dell'attività complessiva non richiede lavoratori di professionalità equivalente; d) che, in ogni caso, nell'organizzazione aziendale non vi è alcuna possibilità di ricollocamento utile per XY (è il cd. recupero o *répechage* che resta quindi elemento necessario, per quanto non esplicitato nell'art. 3, legge n. 604, della fattispecie del g.m.o.).

In pratica il giudice sarà chiamato ad accertare il nesso di causalità tra la ragione aziendale (meglio: il presupposto causale di natura economica) e

(20) Quest'ultima disposizione ha previsto che l'inosservanza del principio generale così stabilito – in verità, nonostante l'enfasi dell'enunciazione, ben poco innovativo – costituisce motivo di impugnazione in Cassazione per violazione di legge (cfr. art. 360, n. 3, cod. proc. civ.).

la soppressione del posto di lavoro e, all'esito dell'accertamento, a dichiarare la legittimità oppure la illegittimità del licenziamento con le conseguenze di legge.

Se l'accertamento è positivo *nulla quaestio*: il licenziamento sarà giustificato. Se, invece, l'accertamento è negativo, il licenziamento sarà ingiustificato e il giudice, al fine della scelta tra tutela risarcitoria e tutela reale (reintegrazione cd. attenuata: meglio con effetti economici attenuati), sarà tenuto a valutare se il motivo addotto, oltre che insufficiente a giustificare la soppressione del posto, sia qualificato (meglio: aggravato) dalla manifesta insussistenza; ipotesi, quest'ultima, che impone la reintegrazione e si verifica quando il fatto o presupposto gestionale non soltanto non è causalmente collegato al licenziamento di un determinato lavoratore, ma non ha rilevanza concreta nell'economia dell'azienda (o, a maggior ragione, quando tale fatto, pur materialmente esistente o concretamente rilevante, non sia nemmeno ipoteticamente collegabile al licenziamento).

Tornando all'esempio della contrazione dell'attività produttiva, la reintegrazione sarà possibile quando: a) non sia dimostrata (dalla parte datoriale) come effettiva la difficoltà di vendita di una determinata produzione o singolo prodotto, ma la difficoltà sia invece apparente o solo transitoria; oppure b) non sia dimostrato il rapporto di causalità tra la stessa difficoltà e la soppressione o redistribuzione di una tipologia di attività o mansioni che, a loro volta, giustificano la soppressione del posto e quindi il licenziamento.

Si spiega così che per la tutela risarcitoria l'indennità in misura piena (da 12 a 24 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto) – che in questa materia costituisce la regola – sarà sufficiente che manchi o sia comunque ritenuto non provato il nesso di causalità immediata tra il fatto indicato come motivo e il licenziamento di un determinato lavoratore. Diversamente per la tutela reale: per disporre la reintegrazione, il fatto o presupposto gestionale deve essere escluso e dunque accertato negativamente non solo nel nesso di causalità ma anche, a monte, nella sua rilevanza concreta nell'economia aziendale. Come dire che in virtù della modificazione organizzativa decisa dall'imprenditore, pur utile alla gestione aziendale, l'attività produttiva non subisce alcun pregiudizio (tanto meno, un danno) per effetto della conservazione di un determinato posto di lavoro.

Sembra quindi potersi concludere che nel giudizio di accertamento del g.m.o. la manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento alluda a qualcosa di più della assenza del nesso di causalità tra il fatto gestionale addotto come giustificazione e la soppressione del posto di lavoro.

7. — *Conclusioni: la rivincita della discrezionalità del giudice* — Concludendo, è importante notare come l'impatto dell'intervento restrittivo della reintegrazione, mentre è poco significativo per il licenziamento disciplinare, sia nella sostanza concentrato sul licenziamento cd. economico.

In effetti, con l'accoglimento della dottrina della *extrema ratio* il cd. diritto vivente ha allargato – e di molto – la gamma delle fattispecie riconducibili al difetto del g.m.o. Giurisprudenza e dottrina sono state infatti concordi nell'affermare che la soppressione del posto può giustificare il licenziamento soltanto quando non vi siano alternative praticabili per il reimpiego del lavoratore nella stessa organizzazione produttiva, anche attraverso l'adibizione a mansioni inferiori e, ove necessario, il ricorso a operazioni di riqualificazione professionale. La prova della impossibilità di tali alternative grava sul datore di lavoro, anche se la giurisprudenza segnala un onere di allegazione delle eventuali possibilità a cura del lavoratore.

La regola della *extrema ratio* con il connesso obbligo del *répechage* si giustifica come diretta espressione del bilanciamento tra i valori sottesi rispettivamente all'art. 4 e all'art. 41 Cost. dai quali trae fondamento il principio di stabilità dell'occupazione (21). Tuttavia, l'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 3, legge n. 604/1966, non rende costituzionalmente obbligata la tutela reale e quindi non è di ostacolo all'opinione (22) di chi – pur ammettendo, giustamente, che la riscrittura dell'art. 18 non ha eliminato il requisito della *extrema ratio* dalla fattispecie del g.m.o. – ritiene che l'inadempimento dell'obbligo del *répechage* comporti soltanto la sanzione indennitaria. E invero, la regola dell'*extrema ratio* è una componente ulteriore del nesso di causalità tra il licenziamento e il fatto gestionale che costituisce il presupposto causale del licenziamento. La sua inosservanza e cioè l'inadempimento dell'obbligo del *répechage*, pur determinando il difetto di giustificazione del licenziamento, non cancella l'esistenza del suo presupposto causale né la sua connessione finalistica con la soppressione del posto di lavoro. Pertanto il licenziamento sarà illegittimo ma la sanzione applicabile è l'indennità risarcitoria in misura piena e non la reintegrazione (23).

(21) Da ultimo, cfr. L. Nogler, *La disciplina dei licenziamenti individuali*, in *Dir. lav. rel. ind.*, pp. 593 ss., e ivi pp. 602 ss.

(22) Accolta dalla maggior parte della dottrina: cfr. C. Cester, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, I, p. 628; T. Treu, *Flessibilità e tutele nella riforma del lavoro*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona»*.IT, n. 155/2012; M. Marazza, *L'art. 18 nuovo testo dello Statuto dei lavoratori*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, pp. 612 ss.

(23) In senso opposto V. Speciale, *Il licenziamento per giusta causa e giustificato motivo*, in P. Chieco (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92*, Cacucci, Bari, 2013, pp. 344-345.

In conclusione, mentre per il licenziamento disciplinare la reintegrazione sembra essere tuttora la regola, il contrario è per il licenziamento cd. economico. Qui la tutela ripristinatoria dovrebbe essere l'eccezione: l'assenza o irrilevanza del motivo oggettivo in sé considerato; laddove l'assenza o mancato accertamento del rapporto di causalità tra il motivo stesso (la ragione addotta) e la soppressione di una determinata posizione di lavoro non lascia alternative e il giudice disporrà l'indennità risarcitoria, dichiarando la risoluzione del rapporto.

Il distacco dal precedente sistema sanzionatorio è pertanto notevole. Resta da dire (24) che il nuovo art. 18 configura la cd. *insussistenza del fatto* (o difetto aggravato di giustificazione) come una fattispecie (negoziale) di recesso doppiamente illecito, in quanto lesivo non solo del diritto soggettivo del lavoratore alla stabilità del rapporto a tempo indeterminato ma anche dell'obbligo di correttezza (cfr. art. 1175 cod. civ.) o – meglio ancora – del dovere di solidarietà imposto (artt. 2 e 4 Cost.) nell'esercizio del potere di recesso a ogni datore di lavoro. Questo, tanto più se l'imprenditore e quindi titolare della libertà di iniziativa economica (art. 41 Cost.), con i limiti che vi afferiscono, è obbligato a proteggere l'interesse alla conservazione del posto e a rispettare il diritto al lavoro come *diritto sociale*: funzionale non solo alla tutela della dignità del lavoratore come persona, ma anche alla tutela del bene o interesse collettivo dei lavoratori all'occupazione. Si comprende allora come, attraverso l'ordine di reintegrazione, il giudice tutela il posto di lavoro in forma specifica soltanto nei casi in cui il difetto di giustificazione del licenziamento presenta maggiore gravità perché l'esercizio del potere di recesso lascia trasparire un intento, se non discriminatorio, lesivo della dignità del lavoratore e, al di là di questa, in contrasto con il principio dell'*utilità sociale* che impone all'impresa di favorire, nei limiti massimi possibili, l'occupazione.

Insomma il difetto di giustificazione aggravato dalla insussistenza del fatto avvicina, e di molto, il licenziamento ingiustificato alle ipotesi (art. 18, comma 1) di licenziamento nullo, anche esse sanzionate con la reintegrazione.

La ricostruzione proposta, al di là degli argomenti letterali e sistematici che la sorreggono, non basta però a risolvere le non poche ambiguità presenti in una norma la cui origine e la cui redazione sono state chiaramente compromissorie: distinguere tra difetto di giustificazione semplice oppure aggravato rimanda, inevitabilmente, a un giudizio di valore e quindi,

(24) Rinvio al mio *Il contratto di lavoro oggi: flessibilità e crisi economica*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2013, pp. 687 ss., spec. pp. 701 ss.

nella sostanza, alla discrezionalità del giudice. Ancora una volta sarà la giurisprudenza a decidere del successo o dell'insuccesso del nuovo art. 18.

ABSTRACT

Dopo una breve esposizione del sistema delle sanzioni avverso il licenziamento illegittimo nel nuovo art. 18 e messo in luce come detto sistema non abbia modificato le nozioni di giusta causa e di giustificato motivo (né, di conseguenza, alterato il principio costituzionale della giustificazione necessaria del licenziamento), l'indagine si concentra sull'alternativa tra indennità e reintegrazione. Vengono quindi analizzati i presupposti della scelta tra i due tipi di sanzione differenziando le due ipotesi del licenziamento disciplinare e del licenziamento economico. Di fronte all'ambiguità del criterio – indicato testualmente dalla norma – della sussistenza vs insussistenza del fatto addotto a giustificazione del licenziamento, si esclude che tale formulazione sia da riferire al cd. fatto materiale per riportarla alla (nuova) nozione del difetto di giustificazione aggravato dalla infondatezza totale della motivazione. Ciò ha ricadute differenziate secondo il tipo disciplinare oppure economico del licenziamento. Per il primo, si ritiene prevalente la regola, salvo limitate eccezioni, della reintegrazione; mentre, al contrario, l'alternativa risarcitoria (indennità in misura piena) si presenta come la regola per il secondo. La conclusione è tuttavia problematica e «aperta», avendo il legislatore lasciato spazio all'interpretazione-applicazione del giudice.

REGARDING THE AGGRAVATED UNJUSTIFIED DISMISSAL IN THE NEW ART. 18 OF THE STATUTE OF WORKERS

After a brief presentation of the system of sanctions against unfair dismissal in the new art. 18 and having shed light on how such a system has not changed the notions of just cause and legitimate reason (nor consequently altered the constitutional principle of justification required for the dismissal), the research/study focuses on the alternative between compensation and reinstatement.

Therefore the premises of choice between the two types of sanctions are examined by differentiating the two cases of disciplinary dismissal and redundancy. In the face of judgment ambiguity – as indicated textually by law – of the existence vs the non-existence of the alleged fact in justification of the dismissal, it is excluded that such a formulation refers to the so called material fact in order to bring it back to the (new) notion of the lack of justification compounded by the total groundlessness of motivation. This has differentiated effects depending on if it is a disciplinary action or dismissal. In the first hypothesis, the prevailing rule, with limited exceptions, is the reinstatement; while, on the contrary, the alternative for damages (full measure compensation) is the rule for the second. The conclusion is nevertheless problematic and «open», due to the fact that the legislator has been left room for interpretation and application of the judge.

Valerio Speziale (*)

LA RIFORMA DEL LICENZIAMENTO INDIVIDUALE
TRA *LAW AND ECONOMICS* E GIURISPRUDENZA
(PARTE II) (**)

SOMMARIO, PARTE I: 1. Riforma dei licenziamenti, «tirannia dei valori economici» e crisi dello statuto epistemologico del Diritto del lavoro. — 2. Rigidità/flessibilità delle regole in tema di recesso ed efficienza economica. — 3. La nuova disciplina dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori alla luce della giurisprudenza. L'ambito dell'indagine. — 4. La tesi della parziale identificazione tra licenziamento ingiustificato e licenziamento discriminatorio. — 5. Il «fatto materiale» o il «fatto giuridico» nel licenziamento disciplinare. — 6. Il licenziamento disciplinare.

SOMMARIO, PARTE II: 7. Il licenziamento economico. — 8. I vizi formali e di procedura nel licenziamento disciplinare. — 9. Le violazioni procedurali nel licenziamento economico. — 10. Il lavoro pubblico. — 11. Conclusioni.

7. — *Il licenziamento economico* — La nuova formulazione dell'art. 18 introduce un sistema «binario» anche per il giustificato motivo oggettivo (d'ora in poi g.m.o.) connesso a ragioni economiche e organizzative. Se il giudice accerta la «manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento» può ordinare la reintegrazione nel posto di lavoro. Invece, «nelle altre ipotesi», condanna solo al risarcimento del danno (art. 18, comma 7, secondo periodo).

Ho già analizzato i problemi legati a queste disposizioni, che hanno animato un dibattito molto esteso e approfondito (151). Le principali que-

(*) Professore ordinario di Diritto del lavoro presso l'Università «G. D'Annunzio» di Chieti-Pescara.

(**) Il testo è la rielaborazione, con l'aggiunta delle note, della relazione tenuta a Roma il 3 maggio 2013 nel convegno organizzato dalla Accademia dei Lincei dal titolo «La riforma del diritto del lavoro». La Parte I dello studio è stata pubblicata in *q. Riv.*, 2014, I, p. 345.

(151) V. Speziale, *La riforma del licenziamento tra diritto ed economia*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, pp. 558 ss.; V. Speziale, *Il licenziamento per giusta causa e giustificato motivo*, in P. Chieco (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro – Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92*, Cacucci, Bari, 2013, pp. 341 ss. (a cui rinvio per le indicazioni bibliografiche). Si vedano, anche, R. Del Punta, *I problemi del nuovo art. 18*, in M. Pedrazzoli (a cura di), *Le discipline dei licenziamenti in Europa. Ricognizioni e confron-*

stioni interpretative sono quelle relative alla individuazione del «fatto posto a base del licenziamento», al significato della «manifesta insussistenza» e delle «altre ipotesi», al carattere facoltativo della reintegrazione. Non intendo qui ripercorrere le opinioni espresse in materia e mi limiterò ad alcune osservazioni strettamente connesse alle prime pronunce della giurisprudenza.

Va subito osservato che le ordinanze in materia di licenziamenti individuali per g.m.o. sono ancora poche e in numero più ridotto rispetto a quelle relative al recesso disciplinare. La esiguità delle decisioni è strana, anche perché inserita in un contesto economico assai negativo che, nell'anno e mezzo successivo all'entrata in vigore della riforma, avrebbe dovuto sollecitare molti licenziamenti economici con il correlativo contenzioso. Questo limitato numero di controversie sollecita due riflessioni. La prima è che probabilmente il tentativo obbligatorio di conciliazione sta producendo effetti deflattivi. A luglio 2013, su 16.000 procedure attivate, il 40% si è concluso con esito positivo (152). D'altra parte, anche nei casi di conciliazione con esito negativo, l'incontro tra il datore di lavoro e il dipendente e la discussione sulle stesse ragioni economiche e organizzative a fondamento del recesso può aver dissuaso molti lavoratori (magari su consiglio dei propri legali) sull'opportunità di attivare azioni giudiziarie dall'esito incerto.

ti, F. Angeli, Milano, 2013, pp. 28 ss.; M. Barbieri, *La nuova disciplina del licenziamento individuale: profili sostanziali e questioni controverse*, in M. Barbieri, D. Dalfino, *Il licenziamento individuale nell'interpretazione della legge Fornero*, Cacucci, Bari, 2013, pp. 40 ss.; M. Persiani, *Il fatto rilevante per la reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato*, in *Arg. dir. lav.*, 2013, I, pp. 17 ss.; V. Nuzzo, *La norma oltre la legge. Causali e forma del licenziamento nell'interpretazione del giudice*, Satura, Napoli, 2012, pp. 93 ss.; S. Brun, *Il licenziamento economico tra esigenze dell'impresa e interesse alla stabilità*, Cedam, Padova, 2012, pp. 6 ss.; C. Ponterio, *Il licenziamento per motivi economici*, in F. Amato, R. Sanlorenzo (a cura di), *Riforma Fornero: un'analisi ragionata (legge n. 92/2012)*, e-book, Altalex Editore, 2013, pp. 143 ss.; Id., *Il licenziamento per motivi economici*, in *Arg. dir. lav.*, 2013, parte I, pp. 73 ss.; G. Santoro Passarelli, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo e l'ambito della tutela risarcitoria*, in *Arg. dir. lav.*, I, 2013, pp. 231 ss.; O. Mazzotta, *I molti nodi irrisolti del nuovo art. 18 Stat. lav.*, in M. Cinelli, G. Ferraro, O. Mazzotta (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Utet, Torino, 2013, pp. 251 ss.; P. Albi, *Il licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo*, in M. Cinelli, G. Ferraro, O. Mazzotta (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro dalla riforma Fornero alla legge di stabilità*, Utet, Torino, 2013, pp. 260 ss.; A. Topo, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, in C. Cester (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, Cedam, Padova, 2013, pp. 153 ss.

(152) Vd. *retro*, nota 85 della prima parte di questo saggio, in *q. Riv.*, 2014, I, p. 365.

È possibile anche una seconda interpretazione del numero limitato di ordinanze. La riforma, a una prima lettura, ha squilibrato le tutele. Infatti, il licenziamento economico, con il requisito della insussistenza «manifesta» e della semplice facoltatività della reintegra, sembra garantire alle imprese una maggiore libertà nel licenziamento per g.m.o. rispetto a quello disciplinare. Questa prima impressione, a mio giudizio, non è corretta (153). Tuttavia il nuovo art. 18 poteva essere interpretato in questo modo sollecitando le imprese a seguire la via più facile del recesso economico anche quando vi erano ragioni per un licenziamento disciplinare. Le poche ordinanze disponibili sembrerebbero dire che questo effetto moltiplicatore del g.m.o. in verità non si è verificato. Probabilmente la combinazione tra i due elementi – tentativo obbligatorio di conciliazione e interpretazioni dottrinarie che hanno fornito una lettura meno permissiva dalla nuova disciplina – può spiegare l'esiguità del contenzioso sino a oggi esistente.

Nel momento in cui si scrive, una delle poche decisioni che si sono occupate della nozione di «manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento» è quella del Tribunale di Reggio Calabria del 3 giugno 2013 (154). Il giudice ritiene, in primo luogo, che nel g.m.o. «la nozione di “fatto” non [è] distinguibile dalla valutazione e connotazione giuridica del fatto stesso, anche ai fini dell'applicazione della novella dell'art. 18, legge n. 300/70, approvata dalla legge n. 92 del 2012» (p. 8). Avevo sostenuto questa tesi (155), che è stata argomentata anche da altri Autori (156). In veri-

(153) V. Speciale, *La riforma del licenziamento tra diritto ed economia*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, pp. 558 ss.; V. Speciale *Il licenziamento per giusta causa e giustificato motivo*, in P. Chieco (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro – Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92*, Cacucci, Bari, 2013, pp. 341 ss.

(154) Giudice Patrizia Morabito – r.g. n. 767/2013.

(155) V. Speciale, *La riforma del licenziamento tra diritto ed economia*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, pp. 560 ss.; V. Speciale, *Il licenziamento per giusta causa e giustificato motivo*, in P. Chieco (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro – Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92*, Cacucci, Bari, 2013, pp. 331 ss.

(156) Rinvio a V. Speciale, *op. ult. cit.*, p. 331 per le indicazioni bibliografiche, a cui adde C. Cester, *La riforma della disciplina dei licenziamenti: principi generali e tecniche normative*, in C. Cester (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge 92 del 2012*, Cedam, Padova, 2013, p. 33; R. Del Punta, *op. ult. cit.*, p. 28; M. Barbieri, *op. ult. cit.*, p. 31; M. Persiani, *op. ult. cit.*, pp. 17 ss.; O. Mazzotta, *op. ult. cit.*, p. 252; P. Albi, *op. ult. cit.*, p. 275; F. Carinci, *Ripensando il «nuovo» art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *Arg. dir. lav.*, I, 2013, p. 503; T. Topo, *op. ult. cit.*, p. 169. Per una critica alla formulazione utilizzata dal legislatore e alla impossibilità di darne spiegazione sia in termini di «fatto materiale» sia quale ragione giuridica del recesso vd. C. Ponterio, *op. ult. cit.*, pp. 74 ss. Ritengono, al contrario, che il «fatto» vada qui inteso in senso «materiale» M. Persiani, *op. ult. cit.*, p. 18; S. Brun, *op. ult. cit.*, pp. 192-193.

tà, come avevo già avuto modo di notare, il fatto economico e la sua qualificazione giuridica sono indissolubilmente intrecciati e non distinguibili (157).

Il Tribunale afferma poi che il datore di lavoro non ha fornito la prova della soppressione del posto di lavoro, e, per tale ragione, conferma la insussistenza del g.m.o. Il magistrato, tuttavia, sostiene che il «concetto di insussistenza “manifesta” impone all’interprete di cogliere con criteri soggettivi e temporali il senso della disposizione, che evidentemente intende sanzionare con maggior rigore un comportamento datoriale non solo illegittimo, ma particolarmente grave, che per questo lo obbliga al ripristino del rapporto e non solo al pagamento dell’indennità risarcitoria. Se questo è il senso della disposizione, la “evidenza” della illegittimità del recesso non può che rapportarsi alla posizione e al punto di vista nonché alle conoscenze datoriali, quali erano all’atto del licenziamento (in tal senso si vuole qui proporre il criterio “soggettivo e temporale”» (p. 13).

A mio giudizio, la mancata dimostrazione della soppressione del posto di lavoro è un sicuro indice dell’assenza di un g.m.o. e configura un’ipotesi di «manifesta insussistenza» a cui consegue la reintegra (158), con una tesi che è stata espressa anche da altri Autori (159). Tuttavia il giudice, alla luce di alcune suggestioni della dottrina (160), ha considerato che la reintegrazione presuppone una situazione di insussistenza «evidente», con una valutazione *ex ante* da effettuarsi al momento del licenziamento, e caratterizzata da particolare gravità (161).

(157) Infatti, ad esempio, «la “mancanza di commesse” (che si traduce in una riduzione di attività che rende necessaria la soppressione del posto di lavoro) è sia un “fatto materiale” (accertabile nella sua concretezza esistenza) sia la “ragione inerent[e] all’attività produttiva, all’organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa” (art. 3, legge n. 604/1966). I due aspetti, scindibili sul piano concettuale, sono difficilmente separabili sul piano giuridico» (V. Speciale, *op. ult. cit.*, p. 331).

(158) V. Speciale, *op. ult. cit.*, pp. 344 ss.

(159) Rinvio, per le indicazioni bibliografiche, a V. Speciale, *op. ult. cit.*, pp. 344 ss., a cui *adde* gli Autori citati nella successiva nota 169.

(160) A. Vallebona, *op. ult. cit.*, p. 58; V. Speciale, *La riforma del licenziamento tra diritto ed economia*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, p. 561; Id., *Il licenziamento per giusta causa e giustificato motivo*, in P. Chieco (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro – Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92*, Cacucci, Bari, 2013, p. 341; L. Nogler, *La nuova disciplina dei licenziamenti ingiustificati alla prova del diritto comparato*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2012, p. 690.

(161) Il magistrato aderisce alla tesi, espressa in dottrina, della «inescusabilità» della condotta datoriale (p. 13). La interpretazione della disposizione quale espressione di una insussistenza evidente e di una certa gravità è sostenuta anche da O. Mazzotta, *I molti nodi irrisolti del nuovo art. 18 Stat. lav.*, in M. Cinelli, G. Ferraro, O. Mazzotta

In verità ritengo che l'aggettivo «manifesta» è «ridondante ed enfatico» (162). Il termine vuole soltanto indicare che la ragione economico-organizzativa deve essere chiaramente insussistente sia sotto il profilo della evidenza probatoria, sia per quanto riguarda la sua intrinseca idoneità a giustificare il licenziamento (163). Mi sembra, dunque, che la gravità del «fatto economico» sia indubbiamente un elemento da prendere in considerazione ai fini della scelta della sanzione applicabile. Tuttavia il rilievo e l'importanza del fatto posto a base del licenziamento, che distingue la sanzione ripristinatoria da quella indennitaria, devono essere valutati in relazione a elementi oggettivi e non in considerazione della percezione che il datore di lavoro ne può avere al momento in cui decide di procedere al licenziamento. Il Tribunale di Reggio Calabria, al contrario, ha seguito questa linea interpretativa. Anche se l'analisi del caso concreto sottoposto a giudizio dimostra che il giudice ritiene come le evidenze processuali sottolineassero *comunque* la mancanza della soppressione del posto e, quindi, del g.m.o. Vi è quindi una valutazione che lega la «insussistenza manifesta» a una situazione di seria carenza delle giustificazioni addotte dal datore di lavoro.

La distinzione tra ipotesi di licenziamento economico illegittimo che comportano la reintegra e quelle che invece implicano solo il risarcimento del danno è uno degli aspetti più delicati della riforma. Mi sembra che le tesi che vedono nella reintegrazione un «caso estremo» da applicare solo in un numero assai limitato di situazioni non siano fondate (164). Infatti, i

(a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Utet, Torino, 2013, p. 252; G. Santoro Passarelli, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo e l'ambito della tutela risarcitoria*, in *Arg. dir. lav.*, I, 2013, p. 238.

(162) V. Speziale, *op. ult. cit.*, p. 341, riprendendo la tesi di A. Maresca, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche all'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, p. 443, confermata anche da T. Treu, *Riequilibrio delle tutele e flexicurity*, in M. Magnani, M. Tiraboschi (a cura di), *La nuova riforma del lavoro – Commentario alla legge 18 giugno 2012, n. 92*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 34; Id., *Flessibilità e tutele nella riforma del lavoro*, in *www.csdlle.it*, n. 155/2012, p. 53; M. Barbieri, *La nuova disciplina del licenziamento individuale: profili sostanziali e questioni controverse*, in M. Barbieri, D. Dalfino, *Il licenziamento individuale nell'interpretazione della legge Fornero*, Cacucci, Bari, 2013, p. 40.

(163) Si è sostenuto che l'insussistenza «manifesta» opererebbe solo sul piano probatorio. Per tale ragione l'applicazione della reintegra o del risarcimento del danno andrebbe effettuata «nei termini graduati di maggiore o minore soddisfazione della prova richiesta» (F. Carinci, *Ripensando il «nuovo» art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *Arg. dir. lav.*, I, 2013, p. 503). In verità ritengo che, pur nell'imprecisione terminologica, la «manifesta insussistenza» deve essere valutata anche sotto un profilo sostanziale (V. Speziale, *op. ult. cit.*, pp. 341 ss.).

(164) P. Ichino, *La riforma dei licenziamenti e i diritti fondamentali dei lavoratori*, relazione al convegno nazionale del Centro studi «Domenico Napoletano» tenutosi a

principi costituzionali impongono un contemperamento tra ragioni economiche e tutela del lavoro e richiedono un'interpretazione costituzionalmente orientata della nuova disciplina che non può coincidere, come da alcuni ipotizzato, con la completa «marginalizzazione» della sanzione più incisiva o con la eliminazione del principio di *extrema ratio* (165). Questo spiega perché, come nel licenziamento disciplinare, occorre «graduare» il sistema sanzionatorio, applicando la reintegrazione per le ipotesi più gravi di illegittimità del licenziamento economico e il risarcimento per quelle meno importanti (166).

Pertanto il ripristino del rapporto dovrà essere statuito quando il datore di lavoro giustifichi il recesso in presenza di una situazione di crisi inesi-

Pescara l'11 e 12 maggio 2012, dal titolo «Il licenziamento individuale tra diritti fondamentali e flessibilità del lavoro», in <http://www.pietroichino.it>, 2012, pp. 16 ss.; A. Maresca, *op. ult. cit.*, p. 443; P. Alleva, *Proposta di emendamenti al d.d.l. sul mercato del lavoro, in particolare in tema di flessibilità in uscita*, in *www.dirittisocialiecittadinanza*, 17 aprile 2012, p. 7; A. Vallebona, *op. ult. cit.*, p. 59; T. Treu, *Riequilibrio delle tutele e flexicurity*, in M. Magnani, M. Tiraboschi (a cura di), *La nuova riforma del lavoro – Commentario alla legge 18 giugno 2012, n. 92*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 34; Id., *Flessibilità e tutele nella riforma del lavoro*, in *www.csdle.it*, n. 155/2012, p. 53; M.L. Galantino, *La riforma del regime sanzionatorio dei licenziamenti individuali: le modifiche all'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in G. Pellacani (a cura di), *Riforma del lavoro. Tutte le novità introdotte dalla legge 28 giugno 2012, n. 92*, Giuffrè, Milano, pp. 247-248; O. Mazzotta, *op. ult. cit.*, p. 252; M. Persiani, *Il fatto rilevante per la reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato*, in *Arg. dir. lav.*, I, 2013, pp. 18-19; S. Brun, *Il licenziamento economico tra esigenze dell'impresa e interesse alla stabilità*, Cedam, Padova, 2012, p. 193 (questi due ultimi Autori in base al presupposto che la reintegra opera solo in assenza della mancanza del fatto materiale posto a base del recesso).

(165) F. Carinci, *Complimenti dottor Frankenstein: il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro*, in *Lav. giur.*, 2012, n. 6, p. 548.

(166) In senso analogo P. Albi, *Il licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo*, in M. Cinelli, G. Ferraro, O. Mazzotta (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro dalla riforma Fornero alla legge di stabilità*, Utet, Torino, 2013, p. 276; A. Topo, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, in C. Cester (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, Cedam, Padova, 2013, pp. 161 ss. Una citazione a parte merita la tesi di A. Perulli (*Fatto e valutazione giuridica del fatto nella nuova disciplina dell'art. 18 Stat. lav. Ratio e aporie dei contratti normativi*, in *Arg. dir. lav.*, I, 2012, pp. 795 ss.), secondo il quale l'impossibilità di distinguere, nel g.m.o., fatti materiali e qualificazione giuridica comporta sempre la necessaria applicazione della reintegra. La tesi, sicuramente condivisibile nei suoi presupposti, è stata peraltro da me criticata perché comporterebbe lo «svuotamento» della riforma nella parte in cui prevede la sanzione risarcitoria per il licenziamento economico ingiustificato [V. Speciale, *Il licenziamento per giusta causa e giustificato motivo*, in P. Chieco (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro – Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92*, Cacucci, Bari, 2013, pp. 342-343].

stente (167) o di scarsissima consistenza (168). La reintegrazione sarà inoltre inevitabile nel caso di affermazione della soppressione di un posto di lavoro che in realtà non è stato eliminato (169) e in altri casi (170). Il risarcimento, al contrario, opererà quando la crisi ha solo carattere congiunturale e non strutturale (171), oppure ha determinato una contrazione di at-

(167) T. Treu, *op. ult. cit.*, p. 54; M.L. Galantino, *op. ult. cit.*, p. 248; O. Mazzotta, *op. ult. cit.*, p. 252.

(168) Ad esempio, l'impresa non ha diminuito le commesse [M. Ferraresi, *Il licenziamento per motivi oggettivi*, in M. Magnani, M. Tiraboschi (a cura di), *La nuova riforma del lavoro – Commentario alla legge 18 giugno 2012, n. 92*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 265; P. Ichino, *op. ult. cit.*, p. 16] – o le ha ridotte in modo non significativo –, realizza utili (o ha perdite molto contenute), usa in modo intensivo lo straordinario, ha assunto molti lavoratori ecc. Nei casi di licenziamento motivato da innovazione tecnologica, il g.m.o. non sussisterà quando il processo innovativo è solo fittizio (perché non sono state introdotte tecnologie *labour saving*, ma quelle che lasciano immutate le esigenze di lavoro) o quando, pur esistendo, non ha comportato la soppressione del posto (e, quindi, in questo caso il giudizio attiene alla veridicità o consistenza del fatto organizzativo e al suo nesso causale con il posto soppresso).

(169) T. Treu, *op. ult. cit.*, p. 54; M.L. Galantino, *op. ult. cit.*, p. 248; M. Ferraresi, *op. ult. cit.*, p. 265; G. Santoro Passarelli, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo e l'ambito della tutela risarcitoria*, in *Arg. dir. lav.*, I, 2013, pp. 236-237 (anche se questo Autore, in realtà, afferma poi che, quando la «insussistenza» non è «manifesta», anche nell'ipotesi di soppressione del posto – o in altri casi – dovrebbe applicarsi solo la sanzione risarcitoria). Questa situazione, ad esempio, si verificherà quando è stato assunto un altro lavoratore che svolge i medesimi compiti (anche se meno costoso) (così anche S. Brun, *op. ult. cit.*, p. 195, nt. 169), nell'ipotesi di attribuzione della stessa attività professionale a un altro dipendente, nell'assenza dell'effettiva esternalizzazione delle mansioni sopresse, o se esse non sono state realmente distribuite tra altri lavoratori.

(170) Si immagini, ad esempio, l'ipotesi in cui la crisi economica esista e non sia congiunturale ma non ha nesso causale con il posto eliminato [M.L. Galantino, *op. ult. cit.*, p. 248; R. Del Punta, *I problemi del nuovo art. 18*, in M. Pedrazzoli (a cura di), *Le discipline dei licenziamenti in Europa. Ricognizioni e confronti*, F. Angeli, Milano, 2013, p. 29; G. Santoro Passarelli, *op. ult. cit.*, p. 237, ma con la precisazione specificata nella nota precedente. In senso contrario O. Mazzotta, *I molti nodi irrisolti del nuovo art. 18 Stat. lav.*, in M. Cinelli, G. Ferraro, O. Mazzotta (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Utet, Torino, 2013, p. 252]. Si è sostenuto, tuttavia, che la presenza di una crisi «non transeunte o non contingente della situazione aziendale» imporrebbe la tutela economica (R. Del Punta, *op. ult. cit.*, p. 31). In realtà se la difficoltà economica dell'impresa è strutturale il licenziamento – purché sussistano tutti gli elementi ulteriori (soppressione del posto, nesso di causalità, impossibilità del *repechage*) – è giustificato. Altrimenti, se la crisi non ha questi caratteri ed è inesistente o di scarso rilievo, opererà la reintegra. Mentre se la difficoltà è solo congiunturale vi sarà la tutela indennitaria (vd. *infra*, nel testo).

(171) M. Ferraresi, *op. ult. cit.*, p. 265.

tività ma non ha inciso sulla redditività dell'impresa (172) o se il licenziamento, in assenza di una condizione di difficoltà economica, ha solo la finalità di aumentare i profitti o ridurre i costi (173). Infine, la sanzione risarcitoria dovrà essere applicata nelle ipotesi in cui in base alla situazione patrimoniale, al volume di affari, ai dati di bilancio, la difficoltà economica dell'impresa non ha quel livello di gravità tale da giustificare la piena legittimità del licenziamento. Le fattispecie descritte sono tutte accomunate dall'essere ragioni economiche che, alla luce del «diritto vivente» in materia di g.m.o., si collocano in una posizione intermedia tra quelle che legittimano il licenziamento (quando la crisi ha quei requisiti di gravità e strutturale a cui fa riferimento la giurisprudenza) e quelle che invece escludono il giustificato motivo e impongono la reintegrazione (174).

Nonostante il Tribunale di Reggio Calabria abbia adottato una motivazione che si presta alle critiche in precedenza fatte, in base alla interpretazione sopra descritta ritengo sia apprezzabile che il giudice leghi la reintegrazione alla «particolare gravità» del comportamento del datore di lavoro e alla carenza di prova sulla «esistenza di alcuna effettiva crisi strutturale...» (p. 16). L'ordinanza, dunque, ribadisce che il g.m.o. richiede una ragione economica e organizzativa di una certa importanza (secondo l'interpretazione da me proposta).

La mancanza del giustificato motivo è stata rinvenuta anche dal Tribunale di Milano dell'11 marzo 2013, in una ipotesi di licenziamento economico «per riduzione dell'attività giustificata da una contrazione del sistema produttivo dovuto a provvedimenti di carattere generale straordinario e alla conseguente riduzione dell'attività» (175). La società è rimasta

(172) In questo caso, ad esempio, potrebbe essere utilizzato, come parametro di valutazione, il margine operativo lordo, che è uno dei principali indici di redditività. Esso, infatti, mette in evidenza il reddito di un'azienda basato sulla sua gestione e al lordo di interessi (gestione finanziaria), imposte (gestione fiscale) e deprezzamento di beni e ammortamenti.

(173) M. Ferraresi, *op. ult. cit.*, pp. 258 e 265; R. Del Punta, *op. ult. cit.*, p. 31; O. Mazzotta, *op. ult. cit.*, p. 252. F. Carinci (*Ripensando il «nuovo» art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *Arg. dir. lav.*, I, 2013, p. 505) ritiene che la riforma dell'art. 18 dovrebbe rimettere in discussione la stessa nozione di g.m.o. rendendo irrilevante la distinzione «fra scelte dettate dalla necessità di contenere le perdite [...] e scelte effettuate per l'opportunità di realizzare profitti». A mio giudizio, al contrario, tale distinzione si adatta perfettamente alla graduazione del sistema sanzionatorio proposta nel testo.

(174) Per l'analisi più approfondita delle varie situazioni descritte nel testo rinvio a V. Speciale, *Il licenziamento per giusta causa e giustificato motivo*, in P. Chieco (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro – Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92*, Cacucci, Bari, 2013, pp. 345-346 (anche per ulteriori indicazioni bibliografiche).

(175) Giudice Perillo – r.g. n. 1049/2013.

contumace nel processo e il giudice ha quindi disposto la reintegrazione. In questo caso, dunque, sembrerebbe che il magistrato abbia utilizzato la nozione di «manifesta insussistenza» in rapporto alla «chiara evidenza» probatoria dell'assenza di una giustificazione del recesso, perché il datore di lavoro non ha dimostrato le ragioni del licenziamento. Il Tribunale ha quindi adottato uno dei due significati (di carattere probatorio e sostanziale) che questa formulazione può avere (176). Ad analoghe conclusioni giunge il Tribunale di Latina del 29 gennaio 2013 (177) in un caso di recesso economico per crisi di attività e «sensibile calo delle vendite». L'ordinanza rileva che, a fronte delle contestazioni del lavoratore, «nessun elemento consta agli atti a supporto del motivo di licenziamento indicato – peraltro in maniera estremamente generica – nella lettera di risoluzione del rapporto. Alla luce della suddetta carenza totale di risultanze circa gli eventi giustificativi di una riduzione di personale, il licenziamento deve ritenersi manifestamente insussistente», con conseguente reintegrazione. La mancanza di prove, dunque, rende «manifesto» (*rectius*, evidente) che manca il g.m.o.

Il Tribunale di Foggia dell'11 settembre 2013 (178) afferma che la carenza del g.m.o. è rinvenibile in un caso in cui si è dedotta una ragione economica non reale, perché, a seguito di un trasferimento di azienda, «l'attività economica in cui era inserito [il lavoratore] si è semplicemente trasferita a un nuovo soggetto che è subentrato in ogni rapporto di lavoro precedentemente previsto». Il giudice quindi ha disposto la reintegra perché si trattava di una ipotesi di «manifesta insussistenza», in coerenza con quanto qui sostenuto.

Il Tribunale di Reggio Calabria (179), inoltre, prende posizione anche sul carattere facoltativo della reintegrazione, ritenendo che, in mancanza di criteri legali che orientino l'interprete, la soluzione del problema deve essere trovata «nell'ambito dei principi dettati dall'ordinamento...». In tale contesto, «il ristoro del recesso illegittimo non è altro che il risarcimento per inadempimento contrattuale, e alla luce della giurisprudenza di legittimità deve ritenersi che il ristoro del diritto leso debba avvenire – ove pos-

(176) In tal senso anche M. Biasi, *Il nuovo articolo 18 dopo un anno di applicazione giurisprudenziale: un bilancio provvisorio*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 181/2013, *csdle.lex.unict.it*, 2013, p. 37.

(177) Giudice Papetti. La sentenza è integralmente pubblicata in M. Barbieri, D. Dalfino, *Il licenziamento individuale nell'interpretazione della legge Fornero*, Cacucci, Bari, 2013, pp. 157 ss.

(178) Giudice Mancini, in M. Barbieri, D. Dalfino, *op. ult. cit.*, tramite accesso al sito www.cacuccieditore.it/pronounce.php.

(179) 3 giugno 2013 – giudice Patrizia Morabito –, r.g. n. 767/2013.

sibile e non eccessivamente oneroso per il debitore – in forma specifica, per la regola generale dettata in materia dall'art. 2058 cod. civ.; regola che per il diritto del prestatore di lavoro è stata ribadita da Cass., Ss.Uu., n. 141 del 2006 [che ha sanzionato la sostanziale espropriazione dei diritti ove il ristoro per la violazione si riducesse in via di regola a una somma]...». Tale principio «può applicarsi nel pur mutato contesto dell'art. 42, legge n. 92/2012, almeno là dove la legge conservi la possibilità ai giudici di scegliere tra tutela reintegratoria e indennitaria» (pp. 15-16).

L'importanza della reintegrazione nel nostro sistema era stata da me particolarmente sottolineata proprio con riferimento alla sentenza delle Sezioni Unite n. 141/2006 (confermata dalla giurisprudenza successiva) (180) e anche in relazione ad alcuni principi costituzionali (181). La decisione analizzata sembra dunque accogliere questa impostazione (la centralità, in generale e con particolare riferimento al rapporto di lavoro, della tutela in forma specifica). Tuttavia avevo sostenuto come il nuovo art. 18, consentendo soltanto la reintegrazione facoltativa, si esponesse a evidenti profili di incostituzionalità (182). La mia tesi è stata accolta da parte della dottrina, che ha proposto una «interpretazione correttiva» costituzionalmente orientata: «il *può* si legge *deve*» e il giudice, quando sussistono le condizioni previste dalla disposizione, non può che condannare il datore di lavoro alla reintegrazione (183). Questa interpretazione è stata accolta dal

(180) Cass. 18 giugno 2012, n. 9965.

(181) V. Speciale, *La riforma del licenziamento tra diritto ed economia*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, pp. 531 ss.; Id., *Il licenziamento per giusta causa e giustificato motivo*, in P. Chieco (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro – Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92*, Cacucci, Bari, 2013, pp. 317 ss.

(182) V. Speciale, *La riforma del licenziamento tra diritto ed economia*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, pp. 558 ss.; Id., *Il licenziamento per giusta causa e giustificato motivo*, in P. Chieco (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro – Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92*, Cacucci, Bari, 2013, pp. 347 ss. Aderiscono alla mia tesi O. Mazzotta, *I molti nodi irrisolti del nuovo art. 18 Stat. lav.*, in M. Cinelli, G. Ferraro, O. Mazzotta (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Utet, Torino, 2013, p. 252; P. Albi, *Il licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo*, in M. Cinelli, G. Ferraro, O. Mazzotta (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro dalla riforma Fornero alla legge di stabilità*, Utet, Torino, 2013, p. 275 (che peraltro arriva a conclusioni diverse da quelle da me prospettate).

(183) A. Perulli, *Efficient breach, valori del mercato e tutela della stabilità. Il controllo del giudice nei licenziamenti economici in Italia, Francia e Spagna*, in *q. Riv.*, 2012, I, p. 792; R. Del Punta, *I problemi del nuovo art. 18*, in M. Pedrazzoli (a cura di), *Le discipline dei licenziamenti in Europa. Riconoscizioni e confronti*, F. Angeli, Milano, 2013, p. 33; O. Mazzotta, *op. ult. cit.*, p. 252; A. Maresca, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche all'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, p. 449; F. Carinci, *Ripensando il «nuovo» art. 18 del-*

Tribunale di Foggia dell'11 settembre 2013 in base a una pluralità di norme costituzionali (184).

Le questioni descritte non sono state esaminate dal Tribunale di Reggio Calabria, che, al contrario, giustifica la propria scelta per la reintegra sia in base alla importanza della tutela in forma specifica, sia in correlazione agli elementi messi in evidenza dal processo, che imponevano in qualche misura questa sanzione (185).

La giurisprudenza sta anche affrontando il problema del regime sanzionatorio applicabile nel caso di mancato assolvimento dell'onere probatorio in materia di *repechage*.

La ordinanza del 3 giugno 2013 di Reggio Calabria sostiene che «alla luce della migliore dottrina fino al momento espressa anche dalla novella della legge n. 92/2012, questo giudice ritiene che il *repechage* configuri “un attributo normativo sostanziale nella definizione dal giustificato motivo oggettivo”, ricostruzione che muove dalla – parimenti condivisibile – nozione di “fatto” non distinguibile dalla valutazione e connotazione giu-

lo *Statuto dei lavoratori*, in *Arg. dir. lav.*, I, 2013, p. 501; G. Santoro Passarelli, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo e l'ambito della tutela risarcitoria*, in *Arg. dir. lav.*, I, 2013, p. 238; P. Sordi, *Il nuovo art. 18 della legge n. 30 del 1970*, in L. Di Paola (a cura di), *La riforma del lavoro. Primi orientamenti giurisprudenziali dopo la legge Fornero*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 311. Una diversa opinione è invece espressa da chi ritiene che, per evitare i profili di incostituzionalità, il «può» deve essere riferito non all'applicazione facoltativa della sanzione ma all'accoglimento o meno della domanda sull'allegata insussistenza del fatto [T. Topo, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, in C. Cester (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, Cedam, Padova, 2013, p. 165]. Una tesi contraddetta dalla formulazione letterale della norma e che comunque renderebbe inutile il termine (perché l'accoglimento o reiezione della domanda da parte del giudice è un effetto naturale del processo e non richiederebbe una disposizione espressa).

(184) Il giudice ritiene che «la manifesta insussistenza» debba essere riletta alla luce del dettato costituzionale che pone il lavoro a fondamento della Repubblica e dell'effettiva partecipazione alla vita sociale dei cittadini ai sensi degli artt. 1, 2, 3, 4, 35, 36, 37, 38, 39, 40 e 51 Cost. Pertanto l'apparente discrezionalità del giudice, sottesa al predicato verbale utilizzato dalla normativa ordinaria “può”, non consente affatto al giudice di individuare un rimedio alternativo alla reintegrazione del lavoratore nel precedente posto di lavoro, trattandosi questa, infatti, della soluzione ideale a cui tende la Carta costituzionale e a cui, conseguentemente, deve essere vincolato il giudice in mancanza di chiare e precise indicazioni di segno opposto da parte del legislatore».

(185) Questi elementi sono individuati nella struttura societaria del datore di lavoro, nella mancata dimostrazione della esistenza di una crisi strutturale dell'impresa, nell'assenza della richiesta di fornire la prova della impossibilità del reimpiego del lavoratore nonostante egli avesse manifestato la sua disponibilità allo svolgimento di mansioni inferiori e al cambiamento della sede di lavoro.

ridica del fatto stesso...» (p. 8). Questa interpretazione è sostenibile ma per ragioni diverse.

Non va dimenticato, infatti, che «la possibilità di continuare a occupare il lavoratore non consente neppure di prospettare la riconducibilità delle ragioni di un eventuale licenziamento alle evenienze richiamate dall'art. 3, legge n. 604 del 1966» (186). Infatti, se il dipendente può ancora lavorare, la soppressione del posto non c'è, perché il soggetto interessato può essere ancora positivamente utilizzato nel contesto produttivo. D'altra parte, la stabilità dell'occupazione ha un suo fondamento costituzionale, quale espressione del bilanciamento tra iniziativa economica (di cui il licenziamento è una manifestazione) e il comma 2 dell'art. 41 Cost. (con il suo riferimento alla sicurezza, dignità e libertà umana), oltre che del temperamento con quanto previsto dal comma 1 dell'art. 4 della legge fondamentale (187). Si è giustamente osservato che «è corretto individuare il punto di bilanciamento tra gli artt. 41 e 4 Cost. nel principio dell'*extrema ratio* che, incidendo direttamente sulla portata dell'art. 3, legge n. 604 del 1966, contribuisce alla configurazione delle regole del *repechage* e dell'adeguatezza del licenziamento per inadempimento» (188). Il necessario temperamento dei valori costituzionali indicati, il coinvolgimento «della personalità umana nella vicenda del licenziamento», la tutela contro il recesso quale espressione della garanzia di non perdere il «sostrato esistenziale» costituito dall'attività lavorativa (189) spiegano anche il diritto vivente che si è formato in materia. La giurisprudenza, infatti, non richiede soltanto la prova della sussistenza di serie ragioni economiche che giustifichino il recesso, ma anche la dimostrazione della impossibilità di riadibire il lavoratore ad altre mansioni (190).

(186) L. Nogler, *La disciplina dei licenziamenti individuali*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2007, p. 648. In senso analogo A. Perulli, *Fatto e valutazione giuridica del fatto nella nuova disciplina dell'art. 18 Stat. lav. Ratio e aporie dei contratti normativi*, in *Arg. dir. lav.*, I, 2012, p. 801.

(187) L. Nogler, *op. ult. cit.*, pp. 602 ss., pp. 611 ss., a cui si rinvia per le ulteriori indicazioni bibliografiche; A. Perulli, *Efficient breach, valori del mercato e tutela della stabilità. Il controllo del giudice nei licenziamenti economici in Italia, Francia e Spagna*, in *q. Riv.*, 2012, I, pp. 580-581, pp. 570 ss.

(188) L. Nogler, *op. ult. cit.*, p. 613.

(189) L. Nogler, *op. ult. cit.*, pp. 602, 611 e 614.

(190) Tra le tante: Cass. 28 settembre 2011, n. 19616; Cass. 24 febbraio 2012, n. 2874; Cass. 11 marzo 2013, n. 5963; Cass. 12 settembre 2013, n. 20918. Le decisioni sono così numerose e distribuite nel tempo da costituire un vero e proprio «diritto vivente». Su tale concetto mi permetto di rinviare a V. Speciale, *La giurisprudenza del lavoro e il «diritto vivente» sulle regole interpretative*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2008, pp. 613 ss.

Non mi sembra che questo assetto di valori costituzionali sia mutato. Pertanto, il riconoscimento prioritario della stabilità dell'occupazione alla luce della Costituzione e la stessa impossibilità concettuale di concepire una soppressione del posto di lavoro nel caso in cui il dipendente possa essere utilizzato in altre mansioni impongono il *repechage* quale carattere costitutivo della esistenza del g.m.o. Se il datore di lavoro non riesce a provare l'assenza di altre attività a cui il lavoratore può essere adibito, vi è una ipotesi di «manifesta insussistenza» a cui deve conseguire la reintegrazione (191).

Altre ordinanze, peraltro, hanno ritenuto che la violazione dell'obbligo del *repechage* determini soltanto il risarcimento del danno, in coerenza con quanto previsto da una parte della dottrina (192). Il Tribunale di

(191) In tal senso anche P. Albi, *Il licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo*, in M. Cinelli, G. Ferraro, O. Mazzotta (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro dalla riforma Fornero alla legge di stabilità*, Utet, Torino, 2013, pp. 274-275; A. Perulli, *Fatto e valutazione giuridica del fatto nella nuova disciplina dell'art. 18 Stat. lav. Ratio e aporie dei contratti normativi*, in *Arg. dir. lav.*, I, 2012, pp. 800-801; F. Scarpelli, *Giustificato motivo di recesso e divieto di licenziamento per rifiuto della trasformazione del rapporto a tempo pieno*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, II, p. 284; P. Sordi, *Il nuovo art. 18 della legge n. 30 del 1970*, in L. Di Paola (a cura di), *La riforma del lavoro. Primi orientamenti giurisprudenziali dopo la legge Fornero*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 303; L. Zoppoli, *Flex-insecurity. La riforma Fornero (legge 28 giugno 2012, n. 92) prima, durante e dopo*, Esi, Napoli, 2012, pp. 137-138.

(192) Cfr. C. Cester, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, in *Arg. dir. lav.*, I, 2012, p. 628; T. Treu, *Flessibilità e tutele nella riforma del lavoro*, in *www.csdlle.it*, n. 155/2012, p. 54; M. Ferraresi, *Il licenziamento per motivi oggettivi*, in M. Magnani, M. Tiraboschi (a cura di), *La nuova riforma del lavoro – Commentario alla legge 18 giugno 2012, n. 92*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 265; M.L. Galantino, *La riforma del regime sanzionatorio dei licenziamenti individuali: le modifiche all'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in G. Pellacani (a cura di), *Riforma del lavoro. Tutte le novità introdotte dalla legge 28 giugno 2012, n. 92*, Giuffrè, Milano, pp. 249-250; M. Tatarelli, *Il licenziamento individuale e collettivo*, Cedam, Padova, 2012, p. 456; M. Marazza, *L'art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei lavoratori*, in *Arg. dir. lav.*, I, 2012, p. 629; R. Del Punta, *I problemi del nuovo art. 18*, in M. Pedrazzoli (a cura di), *Le discipline dei licenziamenti in Europa. Ricognizioni e confronti*, F. Angeli, Milano, 2013, p. 30; S. Brun, *Il licenziamento economico tra esigenze dell'impresa e interesse alla stabilità*, Cedam, Padova, 2012, pp. 272-273; F. Carinci, *Ripensando il «nuovo» art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *Arg. dir. lav.*, I, 2013, pp. 504-505; V. Nuzzo, *La norma oltre la legge. Causali e forma del licenziamento nell'interpretazione del giudice*, Satura, Napoli, 2012, p. 125; M. Persiani, *Il fatto rilevante per la reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato*, in *Arg. dir. lav.*, I, 2013, p. 18; G. Santoro Passarelli, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo e l'ambito della tutela risarcitoria*, in *Arg. dir. lav.*, I, 2013, pp. 236-237; T. Topo, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, in C. Cester (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, Cedam, Padova, 2013, p. 167.

Milano del 20 novembre 2012 (193), ad esempio, sostiene che la mancata prova della impossibilità di riadibire il dipendente ad altre mansioni «esula propriamente dal “fatto posto a fondamento del licenziamento”, costituendone, invero, una “conseguenza”, nel senso che il datore di lavoro – una volta venuta meno la posizione lavorativa – è tenuto, prima di recedere dal contratto, a verificare (secondo il principio di buona fede e correttezza nell’esecuzione del rapporto negoziale) se vi sia la possibilità di ricollocazione del dipendente all’interno dell’azienda» (p. 2). La tesi, in verità, è alquanto bizzarra. Il «fatto posto a base del licenziamento» economico, come si è visto, coincide con il g.m.o., perché profili materiali e giuridici sono indissolubilmente intrecciati. La nozione di g.m.o. non è mutata e il diritto vivente di origine giurisprudenziale ha «costruito» l’ipotesi del recesso quale *extrema ratio*, alla luce anche del quadro costituzionale e delle altre ragioni prima descritte. Non si comprende, dunque, come si possa affermare che il *repechage* è una «conseguenza del fatto» e non invece un elemento costitutivo della fattispecie che si basa su due caratteri fondamentali: la ragione economica e organizzativa e la impossibilità di riutilizzazione del lavoratore. Quest’ultimo elemento, tra l’altro, costituisce un sintomo della effettività della soppressione del posto (perché se vi è spazio per altre mansioni viene soppresso non *il* ma *un* posto di lavoro, in quanto rimangono altre possibilità di prestare le propria attività nell’impresa).

Ad analoghe conclusioni a quelle qui criticate giunge il Tribunale di Milano del 29 marzo 2013 (194), secondo il quale «la problematica del *repechage* è estranea al concetto di manifesta insussistenza di cui all’art. 18, comma 7, legge n. 300/1970», in quanto richiede «la effettività della ragione [...] posta a base del licenziamento» e «la possibilità – muovendo da una verifica successiva al fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, vale a dire “a valle” di detto “fatto” – di evitare la risoluzione del rapporto, ricollocando il dipendente in altra posizione lavorativa». L’ordinanza sembra accogliere la tesi di un’autorevole dottrina secondo la quale il *repechage* è una valutazione da effettuare dopo che sia stata accertata l’esistenza del g.m.o. (195). Tuttavia anche questa decisione opera una scissione inammissibile della fattispecie e non considera che l’impossibilità del *repechage* è funzionale a dimostrare l’esistenza «della effettività» della ragione economica e organizzativa.

(193) Giudice Casella – r.g. n. 11173/2012.

(194) Giudice Greco – r.g. n. 1612/2013.

(195) M. Persiani, *op. ult. cit.*, p. 18, nota 48.

Il Tribunale di Modena del 26 giugno 2013 (196) ritiene che la società aveva dimostrato la sussistenza di ragioni economiche che giustificavano il licenziamento, ma tuttavia non aveva fornito la prova «di una consona applicazione dei criteri di scelta del lavoratore da licenziare». Il giudice ribadisce che, in presenza di un recesso che riguarda più lavoratori con professionalità omogenee e fungibili, il datore di lavoro deve, in base ai principi di correttezza e buona fede, selezionare il dipendente interessato, con possibile applicazione dei «criteri che l'art. 5 della legge n. 223 del 1991 ha dettato per i licenziamenti collettivi [...]»; e così potrà farsi riferimento, in via analogica, ai criteri dei carichi di famiglia e dell'anzianità (mentre, per quanto riguarda le esigenze tecnico-produttive e organizzative esse perdono rilievo, data, come si è detto, la situazione di totale fungibilità tra dipendenti: cfr. Cass. n. 16441/2001)». La mancata dimostrazione delle ragioni che avevano portato alla selezione del dipendente licenziato configurava quindi un'assenza di g.m.o. Tuttavia il magistrato ha ritenuto di applicare la tutela esclusivamente risarcitoria prevista dall'art. 18, comma 5, della legge n. 300/1970.

Questa interpretazione a mio avviso non è corretta. Il Tribunale, infatti, ha ritenuto che la selezione dei lavoratori da licenziare debba avvenire con l'applicazione dei criteri previsti dalla legge n. 223/1991, in coerenza con un consolidato orientamento giurisprudenziale (197). Tuttavia, la riforma, in relazione ai licenziamenti collettivi, stabilisce che, «in caso di violazione dei criteri di scelta previsti dal comma 1, si applica il regime di cui al comma 4 dell'art. 18» (la reintegrazione «attenuata») (198). Mi sembra indiscutibile che l'applicazione analogica dei parametri selettivi previsti per la riduzione del personale debba necessariamente comportare i medesimi effetti. In sostanza, se, nel caso di violazione dell'art. 5, comma 3, della legge n. 223/1991, il legislatore ha previsto la «reintegra attenuata», non si vede come tale sanzione non si debba necessariamente estendere alla fattispecie analoga enucleata dalla giurisprudenza per il licenziamento individuale. Infatti, anche se in questo caso non si può parlare di una «manifesta insussistenza» (perché vi è la ragione economica, il nesso di causalità e la soppressione del posto), tuttavia non è possibile ne-

(196) Giudice Vaccari, in M. Barbieri, D. Dalfino, *Il licenziamento individuale nell'interpretazione della legge Fornero*, Cacucci, Bari, 2013, tramite accesso al sito www.cacuccieditore.it/pronunce.php.

(197) Cass. 28 marzo 2011, n. 7046; Cass. 11 giugno 2004, n. 11124; Cass. 21 dicembre 2001, n. 16144, e molte altre.

(198) Art. 1, comma 46, della legge n. 92/2012, modificativo dell'art. 5, comma 3, della legge n. 223/1991.

gare la precisa opzione effettuata dal legislatore in favore della sanzione ripristinatoria del rapporto di lavoro. Opzione che non può essere trascurata quando si voglia estendere al licenziamento individuale la stessa regola operante per quelli collettivi (199).

8. — *I vizi formali e di procedura nel licenziamento disciplinare* — Le violazioni procedurali del licenziamento sono sanzionate esclusivamente con la tutela indennitaria prevista dal comma 6 dell'art. 18, ricompresa tra un minimo di 6 sino a un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto. La nuova disciplina, a mio giudizio, pone problemi di costituzionalità. La tutela risarcitoria, sicuramente ammessa anche nell'ambito dei licenziamenti, deve peraltro rispettare il principio secondo cui l'indennizzo monetario, in coerenza con quanto stabilito dalla giurisprudenza europea in tema di licenziamenti collettivi e discriminatori oltre che di contratto a termine, deve essere «adeguato, effettivo e dissuasivo» (200), in modo da costituire «efficace deterrente per il datore e proporzionato risarcimento del danno sofferto dalla vittima» (201).

In questo contesto, mi sembra innanzitutto che la violazione dei principi di proporzionalità e ragionevolezza sia evidente per questa sanzione risarcitoria. La esiguità della indennità economica, oltre a non essere «ragionevole» (202), è tale da evitare qualsiasi effetto di deterrenza o dissuasivo e

(199) V. Speciale, *Il licenziamento per giusta causa e giustificato motivo*, in P. Chieco (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro – Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92*, Cacucci, Bari, 2013, p. 345. Il regime risarcitorio del comma 5 dell'art. 18 è invece ritenuto in questo caso applicabile da M. Ferraresi, *Il licenziamento per motivi oggettivi*, in M. Magnani, M. Tiraboschi (a cura di), *La nuova riforma del lavoro – Commentario alla legge 18 giugno 2012, n. 92*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 265; M. Tatarelli, *Il licenziamento individuale e collettivo*, Cedam, Padova, 2012, p. 456; M.L. Galantino, *La riforma del regime sanzionatorio dei licenziamenti individuali: le modifiche all'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in G. Pellacani (a cura di), *Riforma del lavoro. Tutte le novità introdotte dalla legge 28 giugno 2012, n. 92*, Giuffrè, Milano, p. 252; R. Del Punta, *I problemi del nuovo art. 18*, in M. Pedrazzoli (a cura di), *Le discipline dei licenziamenti in Europa. Riconoscizioni e confronti*, F. Angeli, Milano, 2013, p. 32; S. Brun, *Il licenziamento economico tra esigenze dell'impresa e interesse alla stabilità*, Cedam, Padova, 2012, p. 271 (secondo la quale il risarcimento per violazione dei criteri di scelta è estraneo all'art. 18 e deriva dalla mancata applicazione dei principi di correttezza e buona fede).

(200) G. Orlandini, *La tutela contro il licenziamento ingiustificato nell'ordinamento dell'Unione europea*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2012, p. 639.

(201) M.T. Carinci, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi*. Relazione al XVII congresso nazionale Aidlass, «Il diritto del lavoro al tempo della crisi», Pisa, 7-9 giugno 2012, p. 1059, p. 33.

(202) G. Orlandini, *op. ult. cit.*, p. 646.

anzi stimola comportamenti opportunistici. Questa valutazione si fonda sul valore determinante della procedura di licenziamento secondo la Convenzione Oil n. 158/1982 (203) e sull'importanza del contraddittorio e del diritto alla difesa «riconosciuto come principio fondamentale dall'art. 24 Cost. e destinato, in quanto espressione di "valori di civiltà giuridica", a operare sempre quando vengano in considerazione poteri punitivi riconosciuti dall'ordinamento» (204). In tale ambito, è la stessa scelta del legislatore – che reprime un vizio così importante con una somma pari alla metà di quanto previsto per l'illegittimità sostanziale del recesso – a rendere evidente la «sproporzione» tra sanzione e violazione. Infatti, il carattere fondamentale del diritto di difesa – certamente di importanza uguale rispetto all'assenza di giustificazione – avrebbe richiesto un'indennità risarcitoria di ammontare identico (o di poco ridotto) rispetto a quella dovuta nel caso recesso ingiustificato. Mentre, in questo modo, l'effetto dissuasivo è pressoché inesistente.

Infine, anche in relazione all'art. 24 Cost., la nuova disciplina pone un problema di costituzionalità (205), in considerazione del valore che, in base alle sentenze della Corte costituzionale n. 204/1982 e n. 427/1989, è attribuito alla contestazione dell'addebito e alla replica del lavoratore. La «monetizzazione» del vizio procedurale, che lascia al datore di lavoro la libertà di non consentire al lavoratore una possibile replica, rende... disponibile il diritto di difesa, in chiara violazione della norma costituzionale. In verità, il diritto al contraddittorio del lavoratore, per la sua importanza e al-

(203) L'articolo 7 prevede che «un lavoratore non dovrà essere licenziato per motivi legati alla sua condotta o al suo lavoro prima che gli sia stata offerta la possibilità di difendersi contro le accuse formulate...».

(204) M.T. Carinci, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi: modelli europei e flexicurity «all'italiana» a confronto*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2012, p. 559, a cui si rinvia per le indicazioni della giurisprudenza della Corte costituzionale ed europea. Si vedano le importanti osservazioni (con riferimenti anche alla giurisprudenza costituzionale) di L. Nogler, *La disciplina dei licenziamenti individuali*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2007, pp. 603 ss., spec. p. 607.

(205) P. Alleva, *Proposta di emendamenti al d.d.l. sul mercato del lavoro, in particolare in tema di flessibilità in uscita*, in *www.dirittisocialie cittadinanza*, 17 aprile 2012, p. 5; C. Cester, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, in *Arg. dir. lav.*, I, 2012, p. 581 (con riferimento alla giurisprudenza della Corte costituzionale a cui si è prima rinviato); G. Cannati, *Profili di incostituzionalità della riforma dei licenziamenti*, in *Riv. it. dir. lav.*, I, 2013, p. 303; L. Zoppoli, *Flex-insecurity. La riforma Fornero (legge 28 giugno 2012, n. 92) prima, durante e dopo*, Esi, Napoli, 2012, p. 144; M. Biasi, *Il nuovo articolo 18 dopo un anno di applicazione giurisprudenziale: un bilancio provvisorio*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 181/2013, *csdle.lex.unict.it*, 2013, p. 42.

la luce dell'art. 24 Cost., dovrebbe incidere sulla esistenza stessa del potere di recesso (così come accadeva nella disciplina precedente) (206). Questi profili di incostituzionalità sono estensibili anche al g.m.o. Infatti, il datore di lavoro, accollandosi il costo economico della mancata attivazione della procedura di conciliazione obbligatoria o dell'assenza della motivazione del recesso, può evitare di qualificare la causale del licenziamento e obbliga il lavoratore a impugnare il provvedimento «al buio» (207). In tal modo, quindi, viene violato non il diritto al contraddittorio nel procedimento di comminazione del licenziamento, ma il diritto di difesa nel processo, perché il lavoratore non può contestare compiutamente le ragioni di un atto unilaterale di cui non conosce... la motivazione (208). Senza dimenticare che, anche in relazione al licenziamento, sono valide le considerazioni prima fatte sulla esiguità dell'ammontare del risarcimento del danno.

Questi profili di incostituzionalità sono stati contestati o accolti con varie argomentazioni (209). Le obiezioni alla mia interpretazione richiederebbero un approfondimento che qui non è possibile effettuare. Si è proposta, alla luce delle possibili violazioni dei principi nazionali ed europei, una «interpretazione costituzionalmente orientata [...] che porti a escludere dall'ambito di applicazione della tutela indennitaria dimidiata quanto meno i casi di mancanza totale della motivazione, da ricondurre all'ipotesi di insussistenza del fatto – e dunque alla tutela reintegratoria attenuata» (210). Tuttavia questa strada non mi sembra percorribile. Infatti l'interpre-

(206) Anche M. Barbieri, *La nuova disciplina del licenziamento individuale: profili sostanziali e questioni controverse*, in M. Barbieri, D. Dalfino, *Il licenziamento individuale nell'interpretazione della legge Fornero*, Cacucci, Bari, 2013, p. 45, nota 163, aderisce a questa mia opinione.

(207) P. Alleva, *op. ult. cit.*, p. 3; V. Speciale, *Il licenziamento per giusta causa e giustificato motivo*, in P. Chieco (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro – Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92*, Cacucci, Bari, 2013, p. 313; R. Del Punta, *I problemi del nuovo art. 18*, in M. Pedrazzoli (a cura di), *Le discipline dei licenziamenti in Europa. Riconoscizioni e confronti*, F. Angeli, Milano, 2013, p. 34.

(208) V. Speciale, *La riforma del licenziamento tra diritto ed economia*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, pp. 539 ss.; Id., *Il licenziamento per giusta causa*, *cit.*, pp. 312-313. In tal senso anche M. Biasi, *op. ult. cit.*, p. 42.

(209) Per un riepilogo delle varie posizioni rinvio a M. Barbieri, *op. ult. cit.*, pp. 42 ss.; C. Pisani, *Le conseguenze dei vizi procedurali del licenziamento disciplinare dopo la legge n. 92 del 2012*, in *Arg. dir. lav.*, I, 2013, pp. 271 ss.; G. Cannati, *op. ult. cit.*, pp. 202 ss.; M. Tremolada, *Il licenziamento per giustificato motivo soggettivo o giusta causa*, in C. Cester (a cura di), *Il licenziamento dopo la legge n. 92 del 2012*, Cedam, Padova, 2013, pp. 130 ss.

(210) M. Barbieri, *op. ult. cit.*, p. 43. L'interpretazione correttiva è sostenuta da M. Marazza, *L'art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei lavoratori*, in *Arg. dir. lav.*, I, 2012,

tazione del dato normativo ai sensi della Costituzione è possibile soltanto quando dalla formulazione della legge sia possibile ricavare diverse letture tutte ugualmente plausibili (211). Questa tesi, tra l'altro, è stata ribadita anche recentemente dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 231/2013 sull'art. 19 dello Statuto dei lavoratori, che ha rifiutato l'interpretazione adeguatrice proposta dalla giurisprudenza «risultando effettivamente univoco e non suscettibile di una diversa lettura l'art. 19, tale, dunque, da non consentire l'applicazione di criteri estranei alla sua formulazione letterale» (212). Il nuovo art. 18, comma 6, non consente equivoci dal punto di vista del suo contenuto. Pertanto, se si ritiene che vi siano questioni di costituzionalità rilevanti, occorrerà sollecitare la Corte costituzionale a decidere sul punto (213).

La giurisprudenza sino a ora non ha rilevato alcun profilo di incostituzionalità (che peraltro non era stato sollevato).

La dottrina si è anche espressa in modo diverso in relazione ai casi in cui manchi la contestazione o essa sia così generica «da essere quasi inesi-

p. 633, da G. Cannati, *op. ult. cit.*, p. 204, e da altri Autori (rinvio, per le citazioni, a M. Barbieri, *op. ult. cit.*, p. 43, nota 150).

(211) F. Liso, *La Fiom e la rappresentanza in azienda*, in *Studi in onore di Mario Rusciano*, dattiloscritto, 2013, p. 1. «I giudici delle leggi hanno costantemente ribadito, in merito ai rapporti intercorrenti tra la facoltà di sollevare questione di legittimità costituzionale e i poteri interpretativi propri dei giudici comuni e della Corte costituzionale, la posizione espressa negli ultimi anni, in base alla quale, *di fronte a più possibili interpretazioni*, allorché su nessuna di esse si sia formato un diritto vivente, il giudice rimettente deve fare uso dei propri poteri interpretativi allo scopo di valutare, preventivamente, se esiste la possibilità di superare i dubbi di costituzionalità attraverso un'interpretazione adeguatrice della disposizione denunciata, che la renda conforme ai principi costituzionali» (corsivo mio), in Corte costituzionale, *Relazione sulla giurisprudenza costituzionale del 2008*, in *Servizio studi Corte costituzionale*, in www.cortecostituzionale.it, 2009, p. 48.

(212) Corte cost. 23 luglio 2013, n. 231, in archivio web www.dejure.it, p. 9.

(213) La contrarietà alla Costituzione è sostenuta anche da M. D'Onghia, *I vizi formali e procedurali del licenziamento*, in P. Chieco (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92*, Cacucci, Bari, 2013, p. 375; S. Brun, *Il licenziamento economico tra esigenze dell'impresa e interesse alla stabilità*, Cedam, Padova, 2012, p. 209; O. Mazzotta, *I molti nodi irrisolti del nuovo art. 18 Stat. lav.*, in M. Cinelli, G. Ferraro, O. Mazzotta (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Utet, Torino, 2013, p. 239. Anche M. Barbieri (*La nuova disciplina del licenziamento individuale: profili sostanziali e questioni controverse*, in M. Barbieri, D. Dalfino, *Il licenziamento individuale nell'interpretazione della legge Fornero*, Cacucci, Bari, 2013, p. 43) sembra propendere per la questione di costituzionalità nel caso sia di motivazione inesistente, sia di quella insufficiente.

stente o comunque tale da non consentire la identificazione materiale del fatto contestato» (214). Queste ipotesi configurerebbero una situazione di «insussistenza» che dovrebbe comportare l'applicazione della reintegrazione (215). Questa interpretazione è stata accolta dal Tribunale di Campobasso (216), in un caso di licenziamento senza alcuna motivazione. Il giudice ritiene che «l'assenza di qualunque contestazione nella lettera di licenziamento sia ipotesi da ricondursi all'insussistenza del fatto contestato di cui al comma 4 dell'art. 18...» con conseguente applicazione della «reintegra attenuata» (p. 1).

In senso contrario, si è ribadito che una simile conclusione è preclusa dalla previsione di un apposito regime sanzionatorio. Inoltre la reintegrazione presuppone l'accertamento nel processo della «insussistenza» del fatto e non può riguardare la sua mancata specificazione nella fase stragiudiziale precedente (217). Mi sembra che questa seconda opinione sia più corretta. La legge penalizza la violazione formale e procedurale con il risarcimento, e solo se nel procedimento giurisdizionale non si dimostrano i requisiti sostanziali di legittimità del recesso si applicheranno i diversi regimi sanzionatori previsti dai commi 4 e 5 dell'art. 18.

Non mi pare, invece, che la possibilità per il lavoratore di difendersi nel processo, dove il datore di lavoro «dovrebbe comunque scoprire le carte», sia tale da eliminare i profili di incostituzionalità da me sottolineati (218). Se tutto fosse risolvibile in questo modo, il diritto di difesa prima dell'accertamento giurisdizionale sarebbe privo di qualsiasi rilievo e non è questa l'opinione della Corte costituzionale, secondo la quale «principi di civiltà

(214) R. Romei, *La prima ordinanza sul nuovo art. 18 della legge n. 300/1970: tanto rumore per nulla?*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, II, p. 1079.

(215) R. Romei, *op. ult. cit.*, p. 1079; R. Del Punta, *I problemi del nuovo art. 18*, in M. Pedrazzoli (a cura di), *Le discipline dei licenziamenti in Europa. Riconoscizioni e confronti*, F. Angeli, Milano, 2013, pp. 34-35; F. Carinci, *Ripensando il «nuovo» art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *Arg. dir. lav.*, I, 2013, p. 481, a cui adde M. Marazza, *op. ult. cit.*, p. 633; M. Tatarelli, *Il licenziamento individuale e collettivo*, Cedam, Padova, 2012, p. 454; G. Cannati, *Profili di incostituzionalità della riforma dei licenziamenti*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, I, p. 204, e gli altri Autori citati da M. Biasi, *Il nuovo articolo 18 dopo un anno di applicazione giurisprudenziale: un bilancio provvisorio*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 181/2013, *csdle.lex.unict.it*, 2013, p. 43, nota 186.

(216) Giudice Scarlatelli – r.g. n. 14/2013.

(217) M. Tremolada, *Il licenziamento disciplinare nell'art. 18 Stat. lav.*, in F. Carinci, M. Miscione (a cura di), *Commentario alla riforma Fornero (legge n. 92/2012 e legge n. 134/2012)*, Ipsoa, Milano, 2012, p. 57.

(218) R. Del Punta, *op. ult. cit.*, p. 34, che aderisce alla tesi di C. Pisani, *Le conseguenze dei vizi procedurali del licenziamento disciplinare dopo la legge n. 92 del 2012*, in *Arg. dir. lav.*, I, 2013, pp. 271 ss. e 274-275.

giuridica e innegabili esigenze di assicurazione della parità di trattamento garantita dal precetto costituzionale (art. 3 della Costituzione) richiedono che a favore del lavoratore, colpito dalla più grave delle sanzioni disciplinari, quale è quella espulsiva, con perdita del posto di lavoro e lesione della dignità professionale e personale, siano assicurate le garanzie previste dall'art. 7 dello Statuto dei lavoratori specificamente a favore di colui al quale è stata inflitta una sanzione disciplinare» (219). D'altra parte, l'art. 24 Cost. implica anche il diritto a un accesso pieno alla tutela giurisdizionale, inteso come capacità di organizzare la propria difesa nel momento di proposizione delle proprie domande all'atto di instaurazione del processo e non solo durante il suo svolgimento.

Le prime decisioni in materia hanno ritenuto di applicare la tutela risarcitoria ridotta (tra 6 e 12 mensilità) nel caso di una comunicazione «stringata» e priva di una specifica motivazione (con conseguente violazione dell'art. 2, legge n. 604/1966) (220). Si è affermato che la violazione dei termini per l'espletamento della procedura di contestazione previsti dal Ccnl determina la medesima sanzione (221). Infine, il risarcimento è stato riconosciuto in un caso di contestazione generica (222). Le ordinanze, dunque, applicano alla lettera la nuova disposizione (223). In passato la giurisprudenza aveva già ritenuto che la motivazione insufficiente o priva di specificità doveva essere equiparata a quella mancante (224) e questo

(219) Corte cost. 25 luglio 1989, n. 4278, in archivio web www.dejure.it, p. 3. Infatti, continua la Corte, «il lavoratore deve essere posto in grado di conoscere l'infrazione contestata, la sanzione e i motivi; deve essere, inoltre, posto nella condizione di difendersi adeguatamente, di fare accertare l'effettiva sussistenza dell'addebito in contraddittorio con l'altra parte, cioè il datore di lavoro». E, per queste ragioni, secondo i giudici delle leggi, l'art. 7 si estende a tutti i lavoratori indipendentemente o meno dall'applicazione dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori. Non mi sembra, dunque che la sentenza della Corte possa essere letta come non fondativa di un diritto costituzionalmente garantito alla difesa stragiudiziale (C. Pisani, *op. ult. cit.*, p. 272). Si veda, peraltro, anche Corte cost. n. 204/1982.

(220) Trib. Milano 9 marzo 2013 – giudice Scarzella –, r.g. n. 31/2013, relativa a un licenziamento per superamento del periodo di comportamento senza alcun riferimento temporale alla durata delle assenze.

(221) Trib. Ancona 31 gennaio 2013 – giudice Sbano.

(222) Trib. Milano 22 gennaio 2013 – giudice Cuomo –, r.g. n. 14951/2012).

(223) Tra queste, anche Trib. Messina 25 marzo 2013 – giudice Di Bella –, r.g. n. 6182/2012, secondo la quale, «come si evince dalla lettura delle norme in commento, la violazione della procedura di cui all'art. 7 della legge n. 300/1970 comporta adesso unicamente la possibilità di applicare la tutela risarcitoria e non quella reintegratoria...» (p. 5).

(224) M. Barbieri, *La nuova disciplina del licenziamento individuale: profili sostanziali e questioni controverse*, in M. Barbieri, D. Dalfino, *Il licenziamento indivi-*

orientamento viene quindi confermato. Inoltre l'art. 18, comma 6, reprime le violazioni procedurali in generale. Si utilizza quindi una formulazione diretta a sanzionare il mancato rispetto di tutti i limiti – temporali e sostanziali – a garanzia del diritto di difesa o a tutela del lavoratore (come i termini di decadenza).

La giurisprudenza, infine, si è occupata anche della violazione del principio della immediatezza della contestazione e irrogazione del recesso, con le decisioni già analizzate (vd. *retro*, par. 6).

9. — *Le violazioni procedurali nel licenziamento economico* — L'articolo 7 della legge n. 604/1966, riformato in modo sostanziale dalla legge n. 92/2012 (225), ha introdotto un tentativo obbligatorio di conciliazione per il licenziamento per g.m.o. L'interpretazione della disposizione ha sollecitato diverse opinioni sull'ambito di applicazione della nuova legge. Infatti, alcuni Autori hanno ritenuto che la procedura dovrebbe essere esperita solo per i licenziamenti economici o, comunque, relativi a ragioni attinenti all'impresa (226). Altra parte della dottrina, invece, ha sostenuto che il tentativo di conciliazione andrebbe esteso anche al g.m.o. connesso alla persona del lavoratore (227).

A mio giudizio questa seconda interpretazione non è basata né sulla formulazione letterale della legge, né sulla stessa finalità perseguita dall'art. 7 della legge n. 604/1966. Per quanto attiene al primo aspetto, la disposizione riguarda il «licenziamento per giustificato motivo oggettivo di cui all'articolo 3, seconda parte, della presente legge» e quindi quello determinato «da ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del la-

duale nell'interpretazione della legge Fornero, Cacucci, Bari, 2013, 43; Cass. 11 febbraio 2013, n. 3175.

(225) Art. 1, comma 40, legge n. 92/2012.

(226) P. Tullini, *Riforma della disciplina dei licenziamenti e nuovo modello giudiziale di controllo*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, I, p. 157; G. Cannella, *I licenziamenti con vizi di forma e di procedura*, in F. Amato, R. Sanlorenzo (a cura di), *La legge n. 92 del 2012 (riforma Fornero): un'analisi ragionata*, in *www.magistraturademocratica.it*, 2012, p. 181.

(227) D. Borghesi, G. Pellacani, *La procedura preventiva in caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, in G. Pellacani (a cura di), *I licenziamenti individuali e collettivi*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 254; P. Sordi, *Le modifiche alla disciplina dei licenziamenti individuali*, in Id. (a cura di), *La riforma del lavoro. Primi orientamenti giurisprudenziali dopo la legge Fornero*, Giuffrè, Milano, 2013, pp. 235-236 (con esclusione, peraltro, del licenziamento per superamento del periodo di comporto); F. Scarpelli, *Il licenziamento individuale per motivi economici*, in M. Fezzi, F. Scarpelli (a cura di), *Guida alla riforma Fornero*, I Quaderni di Wikilabour, Milano, 2012, p. 85.

voro e al regolare funzionamento di essa». Non vi è dubbio che, in primo luogo, questa previsione non può riguardare il licenziamento per superamento del periodo di comporto. Anche prima della riforma, la dottrina (228) e la giurisprudenza (229) avevano ricostruito queste ipotesi di recesso come fattispecie autonome dal g.m.o. di cui all'articolo 3, legge n. 604/1966, con un orientamento oggi confermato dalla riforma. Infatti, anche se il recesso del lavoratore in malattia viene qualificato «per motivo oggettivo», tuttavia il comma 7 dell'articolo 18 lascia chiaramente intendere come si tratti di un'ipotesi di licenziamento completamente distinta da quello economico (regolato dal secondo periodo e da quelli successivi del medesimo comma). Questa conclusione, a maggior ragione, può essere estesa all'ipotesi del recesso per inidoneità fisica o psichica del lavoratore, che in passato era stato ricondotto dalla dottrina e dalla giurisprudenza nell'ambito del g.m.o. (230). Oggi, invece, la riforma ha introdotto una nuova fattispecie onnicomprensiva di g.m.o. per ragioni inerenti al lavoratore che si distingue nettamente dal licenziamento economico per eventi connessi alla sfera dell'impresa.

L'interpretazione letterale e sistematica dell'articolo 7 della legge n. 604/1966, dell'articolo 3 della medesima legge e del comma 7 del nuovo articolo 18 non possono dunque che condurre alla conclusione che la procedura conciliativa preventiva riguarda soltanto il g.m.o. «tradizionale» (crisi d'impresa, innovazione tecnologica ecc.). D'altra parte, tutto il dibattito antecedente alla riforma dimostra come il tentativo di conciliazione avesse la finalità di garantire una soluzione alternativa al recesso motivato da ragioni economiche. E questo obiettivo perseguito dalla legge trova conferma nella previsione dell'applicazione delle disposizioni in materia di Aspi e della possibilità di utilizzare un'Agenzia per il lavoro per favorire la ricollocazione professionale del soggetto interessato, in una dimensione, quindi, strettamente attinente alla necessità di fornire sostegno al reddito e all'occupazione per un lavoratore licenziato per soppressione del posto di lavoro.

(228) M. Salvalaio, *La procedura preventiva di conciliazione*, in C. Cester (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, Cedam, Padova, 2013, p. 240 (a cui si rinvia per le indicazioni bibliografiche).

(229) Tra le tante vd. Cass. 23 gennaio 2013, n. 1568; Cass. 20 maggio 2013, n. 12233.

(230) Si rinvia, per tutti, a L. Calcaterra, *La giustificazione oggettiva del licenziamento, tra impossibilità sopravvenuta ed eccessiva onerosità*, Editoriale scientifica, Napoli, 2009. In giurisprudenza, tra le tante, cfr. Cass. 29 marzo 2010, n. 7531; Cass. 29 luglio 2013, n. 18196.

La giurisprudenza, influenzata dalle diverse interpretazioni della dottrina, ha fornito risposte contrastanti (231). Il Tribunale di Milano del 22 marzo 2013 (232) e il Tribunale di Perugia del 14 marzo 2012 (233) – il primo riferito al superamento del periodo di comporta, il secondo al un recesso per inidoneità psicofisica – hanno ritenuto applicabile il tentativo di conciliazione. Il giudice perugino ha fondato la sua decisione sulla osservazione che, secondo quanto sostenuto dalla Cassazione, la inidoneità al lavoro costituisce una ipotesi di g.m.o. di licenziamento (p. 178). Il magistrato, come è evidente, non ha tenuto conto del nuovo assetto della materia dato dalla riforma, che ha distinto tipologie differenti di g.m.o., con diversi effetti e oneri procedurali. Una conclusione estensibile anche al superamento del periodo di comporta, che, tra l'altro, non è mai stato riconducibile al giustificato motivo.

In senso contrario si sono espressi il Tribunale di Milano del 5 marzo 2013 (234), il Tribunale di Teramo del 12 giugno 2013 (235) (in relazione all'art. 2110 cod. civ.) e il Tribunale di Taranto del 16 gennaio 2013 (236) (inidoneità fisica), con riferimento sia alla formulazione letterale della legge sia alla finalità dell'art. 7, legge n. 604/1966, secondo quanto da me esposto in precedenza (237). La decisione del giudice tarantino è stata fortemente criticata, ma con argomentazioni che fanno leva soprattutto sulla «giurisprudenza antecedente la legge Fornero» che «ha costantemente ricondotto al giustificato motivo oggettivo tali fattispecie» (238). Il nuovo art. 18, come si è detto, ha riformulato completamente l'intera materia. È vero poi che nel tentativo di conciliazione si potrebbe valutare la possibile ricollocazione dell'inidoneo al lavoro in altre mansioni e che vi sarebbe, quindi, una giustificazione alla estensione della procedura anche a questa

(231) Si rinvia, per l'analisi di alcune delle sentenze indicate nel testo, a M. Biasi, *Il nuovo articolo 18 dopo un anno di applicazione giurisprudenziale: un bilancio provvisorio*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 181/2013, *csdle.lex.unict.it*, 2013, pp. 45 ss.

(232) Giudice Atanasio – r.g. n. 1299/2013.

(233) Giudice Claudiani – r.g. n. 1843/2012 –, in M. Barbieri, D. Dalfino, *Il licenziamento individuale nell'interpretazione della legge Fornero*, Cacucci, Bari, 2013, pp. 178 ss.

(234) Giudice Casella – r.g. n. 96/2013.

(235) Giudice Marcheggiani – r.g. n. 636/2013.

(236) Giudice Sodo, in M. Barbieri, D. Dalfino, *op. ult. cit.*, pp. 215 ss.

(237) Il Tribunale di Milano del 5 marzo 2013, tra l'altro, sottolinea come la circolare del ministero del Lavoro n. 3 del 16 gennaio 2013 espressamente esclude che il licenziamento per superamento del periodo di comporta possa essere ricondotto al g.m.o.

(238) M. Barbieri, *La nuova disciplina del licenziamento individuale: profili sostanziali e questioni controverse*, in M. Barbieri, D. Dalfino, *Il licenziamento individuale nell'interpretazione della legge Fornero*, Cacucci, Bari, 2013, p. 47.

ipotesi di licenziamento (239). Tuttavia, le ragioni di ordine letterale, sistematico e le finalità della legge in precedenza descritte non mi pare consentano di giungere a questa conclusione.

Il Tribunale di Chieti del 9 gennaio 2013 (240) ha ritenuto che, in un licenziamento per g.m.o. connesso alla cessazione di un appalto, il mancato espletamento della procedura conciliativa rientra nell'ambito del comma 6 dell'art. 18 e ha condannato il datore di lavoro al pagamento di 7 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto.

Il legislatore, nell'estate 2013, ha modificato il comma 6 dell'articolo 7 della legge n. 604/1966 (241) e ha previsto che la procedura conciliativa «non trova applicazione in caso di licenziamento per superamento del periodo di comporta di cui all'articolo 2110 del codice civile, nonché per i licenziamenti e le interruzioni del rapporto di lavoro a tempo indeterminato di cui all'articolo 2, comma 34, della legge 28 giugno 2012, n. 92» (242). Se dunque oggi il problema può dirsi superato per quanto attiene il recesso per malattia, la questione rimane aperta in relazione al licenziamento per inidoneità fisica o psichica del lavoratore. Si potrebbe sostenere che si tratta di una mera dimenticanza della legge, vista l'identità di situazioni tra le due ipotesi di recesso entrambe connesse a vicende personali del lavoratore. Tuttavia, vi è oggi una disposizione che stabilisce tassativamente quali sono le ipotesi nelle quali il tentativo obbligatorio di conciliazione non deve essere applicato. Pertanto, non mi sembra che si possa giungere a questa conclusione, in palese contrasto con il canone fondamentale dell'interpretazione letterale della norma. Si deve quindi ritenere che la procedura conciliativa vada applicata anche in presenza di un licenziamento per sopravvenuta inidoneità, dove evidentemente l'incontro tra le parti è finalizzato a verificare altre possibilità di ricollocamento del medesimo lavoratore nella stessa azienda o in diverse realtà produttive (243).

(239) M. Biasi, *Il nuovo articolo 18 dopo un anno di applicazione giurisprudenziale: un bilancio provvisorio*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 181/2013, *csdle.lex.unict.it*, 2013, pp. 46 ss.; M. Barbieri, *op. ult. cit.*, pp. 46-47.

(240) Giudice Ciarcia, in M. Barbieri, D. Dalfino, *op. ult. cit.*, pp. 149 ss.

(241) Art. 7, comma 4, del d.l. 28 giugno 2013, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla legge 9 agosto 2013, n. 99.

(242) L'art. 2, comma 34, della legge n. 92/2013 riguarda i licenziamenti effettuati a seguito di un cambio di appalto con successiva assunzione presso il datore di lavoro subentrante in base a clausole collettive di garanzia occupazionale, nonché i recessi dai contratti di lavoro a tempo indeterminato nel settore delle costruzioni per il completamento delle attività e chiusura del cantiere.

(243) In tal senso M. Biasi, *op. ult. cit.*, p. 46, «anche in considerazione della presenza in ipotesi di uno specifico obbligo di *repechage ex lege*, assente in tutti gli altri casi, compreso quello di superamento del periodo di comporta».

La mancata presentazione di una o di entrambe le parti al tentativo di conciliazione è valutata dal giudice ai sensi dell'art. 116 cod. proc. civ. Questa innovazione consente quindi al magistrato di tenere in considerazione l'atteggiamento delle parti non solo per l'individuazione del *quantum* risarcitorio eventualmente dovuto (244), ma anche come «argomento di prova» sulla sussistenza della causale del recesso (245). Ovviamente la mancata comparizione non potrà *di per sé* giustificare l'illegittimità del licenziamento, ma costituirà un elemento di valutazione che si inserisce nel giudizio complessivo che il giudice è chiamato a effettuare.

Si può inoltre concordare con chi ha affermato che il mutamento di motivazione tra quella espressa nella procedura conciliativa e quella successivamente contenuta nella lettera di licenziamento costituirebbe un'ammissione della insussistenza del fatto economico posto a base del recesso, con il regime sanzionatorio della «reintegra attenuata» e non con il mero risarcimento del danno per violazione degli oneri procedurali (246).

10. — *Il lavoro pubblico* — Un problema estremamente delicato è quello dell'applicazione del nuovo art. 18 al lavoro pubblico. Tutto nasce dalla infelice e maldestra previsione dei commi 7 e 8 dell'articolo 1 della legge n. 92/2012 (247), che presentano delle «vistose illogicità» (248). In particolare la prima norma prevede che «le disposizioni della presente legge, per quanto da esse non espressamente previsto, costituiscono principi e criteri per la regolazione dei rapporti di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 mar-

(244) Il comma 8 dell'art. 7 stabilisce, infatti, che «il comportamento complessivo delle parti, desumibile anche dal verbale redatto in sede di commissione provinciale di conciliazione e dalla proposta conciliativa avanzata dalla stessa, è valutato dal giudice per la determinazione dell'indennità risarcitoria di cui all'articolo 18, comma 7, della legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni, e per l'applicazione degli articoli 91 e 92 del codice di procedura civile».

(245) M. Biasi, *op. ult. cit.*, pp. 47 ss.

(246) F. Rossi, B. De Mozzi, *I licenziamenti inefficaci*, in C. Cester (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, Cedam, Padova, 2013, p. 198; conf. M. Barbieri, *La nuova disciplina del licenziamento individuale: profili sostanziali e questioni controverse*, in M. Barbieri, D. Dalfino, *Il licenziamento individuale nell'interpretazione della legge Fornero*, Cacucci, Bari, 2013, p. 47.

(247) Le parole usate nel testo sono riferibili a F. Carinci, *Ripensando il «nuovo» art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *Arg. dir. lav.*, I, 2013, p. 470; C. Cester, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, in *Arg. dir. lav.*, I, 2012, p. 549.

(248) C. Romeo, *La legge «Fornero» e il rapporto di impiego pubblico*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2012, sez. I, pp. 720 ss.

zo 2001, n. 165, e successive modificazioni, in coerenza con quanto disposto dall'articolo 2, comma 2, del medesimo decreto legislativo...». Il successivo comma 8 stabilisce che «al fine dell'applicazione del comma 7 il ministro della Pubblica Amministrazione e la Semplificazione [...] individua e definisce, anche mediante iniziative normative, gli ambiti, le modalità e i tempi di armonizzazione della disciplina relativa ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche».

La formulazione ambigua della legge ha dato vita a un dibattito dottrinario intensissimo, con Autori che hanno affermato l'estensione al lavoro pubblico del nuovo articolo 18 e altri che lo hanno negato, ritenendo ancora in vigore il testo preesistente. Inoltre, si è anche detto che per il pubblico impiego non vi sarebbe più una disciplina specifica (249). La questione è così complessa da non poter certo essere esaminata in questa sede e mi limiterò a qualche osservazione.

Il comma 7 dell'art. 1, che è la disposizione chiave, contiene un inciso («Le disposizioni della presente legge, per quanto da esse non espressamente previsto, costituiscono principi e criteri...») che lascia spazio a diverse interpretazioni. Si è in primo luogo obiettato che «quel "per quanto" non può logicamente riferirsi a tutto quello che è regolato nel testo normativo, perché allora sarebbe da quel che non vi è regolato che si dovrebbe procedere a dedurre i detti "principi e criteri" per il pubblico impiego privatizzato» (250). In verità, l'espressione «per quanto da esse non» può essere letta come «salvo quanto da esse espressamente previsto» (251). Il che ci riporta alla obiezione sopra indicata: i «principi e criteri» dovrebbero essere desunti da... quanto non scritto nella legge (che è una conclusione evidentemente assurda) (252).

Inoltre, l'espressione «salvo quanto da esse non espressamente previsto», dal punto di vista linguistico, può avere un duplice significato. Il primo è quello secondo il quale tutte le norme della legge n. 92/2012 sono diretta-

(249) Nonostante il poco tempo trascorso dall'entrata in vigore della riforma, la bibliografia su questo specifico aspetto è sterminata. Rinvio, per l'esame di tutte le problematiche e per l'indicazione degli Autori, a M. Barbieri, *op. ult. cit.*, pp. 47 ss.; R. Del Punta, *I problemi del nuovo art. 18*, in M. Pedrazzoli (a cura di), *Le discipline dei licenziamenti in Europa. Riconoscizioni e confronti*, F. Angeli, Milano, 2013, pp. 35 ss.; A. Pilati, *Sull'inapplicabilità del nuovo art. 18 Stat. lav. al lavoro pubblico privatizzato*, *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 187/2013, pp. 2 ss.

(250) F. Carinci, *op. ult. cit.*, pp. 470-471.

(251) A conclusioni analoghe mi sembra giunga R. Del Punta (*op. ult. cit.*, p. 37), quando afferma che l'inciso va letto come se affermasse «fatte salve diverse disposizioni».

(252) Pertanto, anche la diversa lettura delle parole contenute nell'inciso non risolve la contraddizione insita nelle parole utilizzate.

mente applicabili al lavoro pubblico. Oppure queste parole possono voler dire che «le disposizioni della legge n. 92/2012, ove non siano da quest'ultima espressamente dichiarate applicabili (o non applicabili) anche ai rapporti di lavoro privatizzati di dipendenti delle pubbliche amministrazioni, costituiscono meri "principi e criteri per la regolazione" dei predetti rapporti» (253). Infatti, «l'espressa previsione» potrebbe essere intesa come necessità che la legge specifichi quando sia applicabile o quando invece non debba avere effetti regolativi nelle p.a. (254).

La polisemia semantica della disposizione impone di verificare se, in base al criterio di interpretazione sistematica, sia possibile trovare in altre norme degli elementi che consentano di propendere per l'una o l'altra lettura. In realtà, gli ulteriori riferimenti contenuti nella legge n. 92 non sono di grande aiuto. Ad esempio, l'articolo 1, comma 31, nel modificare l'articolo 3 del d.lgs. n. 276/2003, prevede che «il ricorso a prestazioni di lavoro accessorio da parte di un committente pubblico è consentito nel rispetto dei vincoli previsti dalla vigente disciplina in materia di contenimento delle spese di personale e, ove previsto, dal patto di stabilità interno». La disposizione può avere un senso per entrambi i significati prima descritti. Se l'inciso del comma 7 va inteso come applicazione diretta al lavoro pubblico di tutta la legge Fornero, la norma sul lavoro accessorio specifica che l'applicazione, già in precedenza espressa, è qui condizionata a determinati presupposti (vincoli di spesa), con la limitazione quindi della sua possibile efficacia regolativa. Se al contrario esso va letto come necessità di una dichiarazione espressa di applicazione anche alle pubbliche amministrazioni, la disposizione conferma che il lavoro accessorio può essere utilizzato, a certe condizioni, anche in tale ambito.

L'articolo 2, comma 2, della legge n. 92/2012 prevede che l'Aspi è esclusa per i dipendenti a tempo indeterminato delle pubbliche amministrazioni. Il comma 29 del medesimo articolo stabilisce poi che il contributo addizionale dell'1,4% per i contratti a tempo determinato non riguar-

(253) A. Pilati, *op. ult. cit.*, pp. 9-10, a cui si rinvia per l'indicazione di altri Autori che aderiscono a questa lettura.

(254) F. Carinci (*Ripensando il «nuovo» art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *Arg. dir. lav.*, I, 2013, p. 471) ritiene che le parole del comma 7 si riferiscono a quanto «previsto esplicitamente anche per il pubblico impiego privatizzato, che viene così direttamente e immediatamente disciplinato». In realtà questa interpretazione non giustificherebbe le disposizioni, contenute nella legge n. 92/2012, che invece escludono l'applicabilità della riforma al lavoro pubblico (vd. *infra*, nel testo) e che hanno un senso soltanto se la legge deve dire espressamente sia ciò che è esteso al lavoro pubblico, sia ciò che è escluso.

da i lavoratori delle p.a. Anche queste disposizioni sono coerenti con tutte e due le letture proposte del comma 7 dell'art. 1 della legge n. 92/2012. Esse, infatti, potrebbero o essere considerate come deroga alla regola generale di applicazione diretta di tutta la disciplina normativa della riforma Fornero, o come disposizioni che espressamente dichiarano non applicabili al lavoro pubblico alcune regole pensate per quello privato (255).

Non mi sembra, dunque, che la soluzione del problema possa essere trovata in queste disposizioni. Analoghe considerazioni possono essere fatte per quelle norme che estendono al lavoro pubblico tutte le regole proprie di quello privato (come l'articolo 2, comma 2, del d.lgs. n. 165/2001) o che sanciscono l'applicabilità dello Statuto dei lavoratori anche alle pubbliche amministrazioni (art. 51, comma 2, d.lgs. n. 165/2001). Queste disposizioni, effettivamente, introducono tecniche di «rinvio mobile» che consentono di estendere automaticamente alle p.a. le discipline del lavoro privato. Si tratta peraltro di norme di carattere generale che possono essere eventualmente derogate da disposizioni speciali riferite a un singolo *corpus* normativo. Ed è questo il valore che verrebbero ad assumere i commi 7 e 8 dell'articolo 1 della legge n. 92/2012, che introdurrebbero quindi regole particolari escludenti quelle di portata più ampia.

Forse l'unica soluzione al problema è quella di individuare la *ratio* di queste disposizioni, finalizzate evidentemente a escludere una diretta applicabilità di tutta la riforma Fornero al lavoro pubblico, con l'intento invece di favorire un processo di armonizzazione che ne avrebbe consentito un adattamento più graduale e razionale (256). D'altra parte: se l'inciso del comma 7 dovesse essere interpretato nel senso di prevedere che tutte le disposizioni della legge n. 92/2012 sono direttamente applicabili alle p.a., di fatto non si comprende cosa rimarrebbe della legge tale da poter costituire «principi e criteri per la regolazione dei rapporti di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni». Paradossalmente, solo quelle poche di-

(255) Non concordo, quindi, con quanto affermato da R. Del Punta, *op. ult. cit.*, p. 38, secondo il quale, soprattutto per l'esclusione dal contributo addizionale, «non si vede perché il legislatore avrebbe dovuto intervenire per sancire tale esenzione, se già tutto l'istituto del contratto a termine pubblico fosse stato esentato». Se l'inciso del comma 7, infatti, viene interpretato come necessità che la legge dichiarasse espressamente non solo l'applicabilità, ma anche l'inapplicabilità al lavoro pubblico di certe disposizioni contenute nella riforma del 2012, è evidente che la norma doveva necessariamente specificare che quel disposto normativo non poteva essere esteso anche alle pubbliche amministrazioni.

(256) Su questa finalità della riforma cfr. A. Pilati, *Sull'inapplicabilità del nuovo art. 18 Stat. lav. al lavoro pubblico privatizzato*, *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 187/2013, p. 9 (a cui si rinvia per ulteriori indicazioni bibliografiche).

sposizioni espressamente vietate per il lavoro pubblico verrebbero a costituire principi e criteri, mentre la stragrande maggioranza dei contenuti della riforma – pur nei limiti necessari di un giudizio di compatibilità – avrebbe un'immediata efficacia diretta per gli impiegati pubblici. Il che peraltro costituirebbe una palese violazione di un intento della legge che, nei commi 7 e 8, fa dell'armonizzazione il suo nucleo fondamentale (257).

Non a caso ho utilizzato, per la soluzione proposta, una formulazione dubitativa. Il legislatore si è mosso con espressioni linguistiche poco appropriate che sollecitano le soluzioni interpretative più disparate. Senza dimenticare l'incoerenza del mantenimento di due diverse versioni dell'articolo 18, una più «rigida» per il lavoro pubblico e una più «flessibile» per quello privato, con evidente frantumazione degli statuti normativi e messa in discussione della privatizzazione del pubblico impiego che ha costituito l'asse portante (pur con qualche ripensamento) delle riforme realizzate negli ultimi anni. Tuttavia mi sembra che l'unico modo per dare un senso a un vero e proprio «guazzabuglio» normativo sia quello indicato. Questa soluzione, comunque, è quella adottata dalla dottrina maggioritaria (258).

La giurisprudenza, al contrario, è orientata in misura assolutamente prevalente nel ritenere che il nuovo art. 18 sia applicabile anche al lavoro pubblico. Questa conclusione viene basata in primo luogo sull'art. 51 del d.lgs. n. 165/2001 (e sul rinvio mobile della disposizione a tutte le successive modifiche e integrazioni dello Statuto dei lavoratori) (259). In altre decisioni vi è il riferimento anche all'art. 2, comma 2, del d.lgs. n. 165/2001, che estende tutte le leggi in materia di lavoro privato al settore pubblico (260).

L'inciso contenuto nel comma 7 dell'art. 1 della legge n. 92/2012 («per quanto da esse non espressamente previsto») è stato letto come riferito alle norme direttamente previste dalla legge n. 92 che si applicano immediatamente al pubblico impiego (come, ad esempio, l'art. 1, comma 32, della legge n. 92/2012 che amplia il ricorso al lavoro accessorio). Mentre questa formulazione non riguarderebbe «le norme modificative della stessa legge

(257) Senza dimenticare l'assurdità di «principi e criteri» desunti da quanto «non scritto».

(258) Rinvio a A. Pilati, *op. ult. cit.*, p. 19, per le indicazioni bibliografiche.

(259) Trib. Bari 14 gennaio 2013 – giudice Vernia –, in M. Barbieri, D. Dalfino, *Il licenziamento individuale nell'interpretazione della legge Fornero*, Cacucci, Bari, 2013, pp. 118 ss.; Trib. S. Maria Capua Vetere 2 aprile 2013 – giudice Cervelli –, *ivi*, pp. 213 ss.; Trib. Terni 14 dicembre 2012 – giudice Piantadosi –, *ivi*, pp. 222 ss.; Trib. Ancona 31 marzo 2013 – giudice Sbrano –, Trib. Perugia 15 gennaio 2013 (in sede di reclamo – giudice Claudiani – e a conferma di Trib. Perugia 9 novembre 2012).

(260) Trib. Bari 14 gennaio 2013, cit., pp. 119-120.

che si estendono a tale settore quando vi sia una legge anteriore che abbia esplicitamente esteso alla p.a. gli istituti modificati» (261). Questa regola anteriore andrebbe rinvenuta nell'art. 51 del d.lgs. n. 165/2001.

Un'altra decisione ritiene che il comma 8 dell'art. 1 va interpretato nel senso che «esso si riferisca a quei *corpora* normativi (si pensi tra tutti al contratto di lavoro a tempo, per il quale l'art. 36, d.lgs. n. 165/2001, prevede una regolamentazione in parte difforme da quella di cui alla legge n. 368/2001) che ancora si presentavano (e si presentano) parzialmente divergenti tra il rapporto di lavoro pubblico e quello privato (tale non è l'ipotesi dell'art. 18 Stat. lav.) ed è stato dettato al precipuo fine di evitare che l'espressa qualificazione della novella del 2012 come principi e criteri regolatori del lavoro pubblico potesse essere interpretata come estensione e applicabilità *tout court* dei primi al secondo» (262).

Una ordinanza respinge la possibile coesistenza tra due diversi contenuti dell'art. 18 (per il lavoro privato e pubblico) (263), e un'altra sottolinea che questa interpretazione solleverebbe problemi di costituzionalità per una diversità così radicale del regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo in ciascun settore di riferimento (264).

In senso contrario si è espresso il Tribunale di Catanzaro del 14 maggio 2013 (265). Il giudice ha ritenuto che «le finalità della riforma del mercato del lavoro appaiono ritagliate a misura del lavoro privato, con l'evidente corollario che il [...] comma 7 dell'art. 1, seppure di infelice formulazione, non può che essere letto come presidio dei dichiarati obiettivi normativi, apparendo del tutto coerente l'esclusione del lavoro pubblico dall'ambito del nuovo complesso normativo» (p. 4). In questo contesto, le parole «per quanto da esse non espressamente previsto» vanno interpretate nel senso che l'estensione al lavoro pubblico delle regole della legge n. 92/2012 richiede disposizioni espresse. Poiché non esiste alcuna norma che affermi che il nuovo art. 18 debba essere applicato nelle p.a., in questo ambito continua a produrre i suoi effetti «il testo "storicizzato" dell'art. 18, legge n. 300/1970, vigente alla data di entrata in vigore della legge di riforma» (p. 5).

La varietà dei ragionamenti espressi dalla giurisprudenza dimostra l'incertezza del quadro interpretativo. L'argomentazione fondamentale è basata sull'art. 51, comma 2, del d.lgs. n. 165/2001. Tuttavia questa disposizio-

(261) Trib. Bari 14 gennaio 2013, cit., p. 119.

(262) Trib. Santa Maria Capua Vetere 2 aprile 2013 – giudice Cervelli –, in M. Barbieri, D. Dalfino, *op. ult. cit.*, p. 214.

(263) Trib. Bari 14 gennaio 2013 – giudice Vernia –, cit., pp. 119-120.

(264) Trib. Ancona 31 marzo 2013 – giudice Sbanò –, p. 3.

(265) Giudice Murgida.

ne (come pure l'art. 2, comma 2, del d.lgs. n. 165/2001) è una norma generale che potrebbe essere derogata dal carattere speciale della regolazione prevista dai commi 7 e 8 dell'art. 1 della legge n. 92/2012, che ne esclude l'applicazione (266). La interpretazione dell'inciso contenuto nella prima parte del comma 7 dell'art. 1 ha dato vita alle soluzioni più diverse e non mi pare si ne sia colta la varietà di significati che esso può avere. L'impressione, comunque, è che la giurisprudenza intenda evitare differenti regimi sanzionatori nel licenziamento nel settore pubblico e privato e, in questa opera di razionalizzazione, utilizzi l'ambiguità del testo per arrivare a queste conclusioni.

L'orientamento giurisprudenziale minoritario valorizza soprattutto la *ratio* della riforma e, alla luce delle sue finalità, dà una lettura «orientata» del comma 7 dell'art. 1, che, tra l'altro, potrebbe essere una delle due possibili interpretazioni suggerite dalla disposizione.

In questo contesto, più che un'armonizzazione effettuata dal ministro della Pubblica Amministrazione, occorrerebbe un intervento legislativo diretto a chiarire un testo certamente assai scadente dal punto di vista della tecnica di redazione delle disposizioni.

11. — *Conclusioni* — Alcune considerazioni conclusive. La riforma dei licenziamenti e la sua valutazione in termini di «efficienza economica» esprimono una crisi dello statuto epistemologico del Diritto del lavoro, di cui sono espressione anche altre importanti riforme intervenute negli ultimi anni. Non credo che questa tendenza, ormai in atto da tempo, sia destinata a essere modificata e credo, anzi, che al contrario la «colonizzazione» da parte dell'economia sia destinata a durare nel tempo. Spetta ai giuristi del lavoro difendere i «confini» di questa materia e ribadire la specificità della razionalità giuridica e i valori da essa tutelati.

Per quanto riguarda la giurisprudenza mi pare che alcune delle opzioni interpretative della dottrina più «radicali» non siano state accolte. Mi riferisco in particolare alla tesi secondo cui tutti (o quasi) i licenziamenti ingiustificati sono discriminatori e impongono la reintegra e a quella secon-

(266) In altro modo si è affermato che il rinvio mobile dell'art. 51 «vale solo se e in quanto le successive “*modificazioni e integrazioni*” non abbiano escluso di poter essere applicabili anche ai pubblici dipendenti privatizzati» (F. Carinci, *Ripensando il «nuovo» art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *Arg. dir. lav.*, I, 2013, pp. 471-472). E si è sottolineato che, «al riguardo, si deve ribadire che i commi 7 e 8 dell'art. 1 della legge n. 92/2012 hanno proprio questo effetto impeditivo» (A. Pilati, *Sull'inapplicabilità del nuovo art. 18 Stat. lav. al lavoro pubblico privatizzato*, *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 187/2013, p. 15).

do la quale il risarcimento del danno è la regola generale in caso di recesso ingiustificato e la reintegrazione costituisce soltanto una *extrema ratio*. I giudici sembrano muoversi tra soluzioni interpretative che si sforzano di collocare la riforma nel sistema giuridico, operando su numerosi «varchi» lasciati da un testo che consente letture diverse soprattutto per la logica compromissoria che lo anima. In sede di primo bilancio, credo che si possa affermare che sino a ora prevale una linea «intermedia». La giurisprudenza, pur non disconoscendo le innovazioni introdotte dalla riforma – che certamente liberalizza la disciplina dei licenziamenti –, legge le nuove regole nell'ambito dei principi generali in materia di recesso desumibili da altre fonti normative (come, ad esempio, le nozioni di giusta causa o giustificato motivo) o da norme mai abrogate (l'art. 2106 cod. civ.) o dalle stesse scelte operate dall'autonomia collettiva.

Indubbiamente su alcuni aspetti – l'ambito di operatività del risarcimento del danno e della «reintegrazione attenuata» – vi sono ancora contrasti che impediscono di comprendere la possibile evoluzione della giurisprudenza. Dovremo quindi attendere ulteriori sviluppi e ritengo che solo tra qualche anno si potrà esprimere una valutazione più completa sull'assetto della materia.

ABSTRACT

Il saggio analizza la «colonizzazione» del Diritto del lavoro da parte dell'Economia. Tutte le riforme in materia di lavoro sono giustificate dal raggiungimento di obiettivi economici (efficienza, crescita dei livelli occupazionali, competitività dell'impresa), senza considerare la specifica «essenza» di questo diritto (la protezione del lavoratore e la garanzia dei suoi diritti fondamentali). Inoltre, le riforme in questo campo non hanno ottenuto i risultati economici promessi anche perché l'Economia è diventata una scienza puramente teorica, priva di riscontri empirici e fortemente distaccata dalla realtà. Lo studio analizza quindi la giurisprudenza sui licenziamenti individuali dopo la riforma introdotta nel 2012. In particolare, lo studio si concentra sulle decisioni relative ad alcune specifiche questioni (fatto «giuridico» e fatto «materiale», licenziamento disciplinare, licenziamento economico, violazioni di forma e procedura, lavoro pubblico). Tenendo conto che il testo della nuova legge è caratterizzato da un certo livello di ambiguità, il saggio mette in evidenza che la giurisprudenza ha sino a ora rifiutato le teorie più radicali espresse dalla dottrina e ha scelto un approccio interpretativo intermedio. La nuova legge si propone di introdurre un più elevato livello di flessibilità nei licenziamenti individuali e i giudici seguono questa linea di tendenza. Tuttavia la reintegrazione – che, secondo alcune teorie, avrebbe dovuto essere applicata in misura molto inferiore rispetto al risarcimento del danno – gioca ancora un ruolo essenziale. La riforma ha certamente introdotto una maggiore flessibilità senza peraltro relegare la reintegra nel posto di lavoro a una sanzione residuale.

THE INDIVIDUAL DISMISSALS REFORM: A CRITICAL APPROACH

The essay analyzes the «colonization» of labour law by Economics. All the reforms in the labour Law field are justified by the reaching of some economic targets (efficiency, growth of employment, company competitiveness), without considering the specific «essence» of the matter (the protection of the worker and the guarantee of his fundamental rights). In addition, the labour Law reforms are very far from getting the economic results they promised, also because Economics has become a theoretical science, without empirical foundation and with a growing detachment from reality. Then the study examines the jurisprudence on individual dismissals after the reform enacted in 2012. In particular, the essay focuses on decisions regarding some specific topics («juridical» and «real» fact; disciplinary dismissals; economic dismissals; breach of procedures; dismissals in public employment). Considering that the text of the new law is characterized by a certain level of ambiguity, the study points out that the jurisprudence until now has refused the more radical theories and has chosen an intermediate approach. The new legislation aimed to introduce more flexibility in individual dismissals and the judges followed this path. However, the reinstatement – which, according to some theories, should have become a secondary form of protection compared to the damage compensation – still plays an essential role. The reform has surely introduced more flexibility in individual dismissals, without relegating reinstatement to an exceptional form of job employment protection.

William Chiaromonte, Stefano Giubboni (*)

I REGOLAMENTI EUROPEI DI SICUREZZA SOCIALE
NELLA RECENTE GIURISPRUDENZA
DELLA CORTE DI GIUSTIZIA (**)

SOMMARIO: 1. Il campo di applicazione della disciplina di coordinamento. — 1.1. La riconduzione delle prestazioni previdenziali nazionali ai rischi sociali protetti dal sistema di coordinamento. In particolare, la distinzione fra malattia e invalidità. — 1.2. Le prestazioni speciali in denaro a carattere non contributivo. — 2. Le categorie di prestazione oggetto di regolamentazione. — 2.1. Il cumulo e l'esportabilità delle prestazioni riguardanti il rischio di dipendenza. — 2.2. Il calcolo delle prestazioni di vecchiaia. — 2.3. I principi di assimilazione e totalizzazione e il cumulo delle prestazioni familiari.

1. — *Il campo di applicazione della disciplina di coordinamento* — La disciplina di coordinamento dei regimi nazionali di sicurezza sociale è nata, con i Regolamenti nn. 3 e 4 del 1958, come necessario completamento della libera circolazione dei lavoratori nell'Unione europea (1). Essa, difatti, pur senza istituire un sistema di sicurezza sociale comune agli Stati membri, ma sancendo una serie di principi ai quali questi ultimi sono chiamati a conformarsi, ferme restando le diversità sostanziali e procedurali tra i regimi previdenziali nazionali, ha come scopo fondamentale quello di evitare che i migranti, che svolgono la loro attività lavorativa sotto regimi nazionali diversi e tendenzialmente non comunicanti tra loro, possano subi-

(*) Rispettivamente, ricercatore e professore associato di Diritto del lavoro presso le Università di Firenze e Perugia.

(**) Frutto di una comune riflessione, l'articolo lo è anche nella effettiva redazione quanto al par. 1 (con i relativi sottoparagrafi), essendo stato scritto per la restante parte dal solo William Chiaromonte.

(1) Sulla libertà di circolazione dei lavoratori nell'Unione vd., per tutti, recentemente, S. Giubboni, G. Orlandini, *La libera circolazione dei lavoratori nell'Unione europea. Principi e tendenze*, Bologna, 2007; S. Borelli, *La mobilità dei lavoratori subordinati cittadini dell'Unione europea*, in L. Calafà, D. Gottardi, M. Peruzzi (a cura di), *La mobilità del lavoro: prospettive europee e internazionali*, Napoli, 2012, pp. 29 ss. Sull'evoluzione della normativa europea in materia di sicurezza sociale cfr. R. Cornelissen, *50 Years of European Social Security Coordination*, in *Eur. Journ. Soc. Sec.*, 2009, pp. 9 ss.; P. Olivelli, *I regolamenti Ue in materia di sicurezza sociale*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2010, pp. 361 ss.

re degli svantaggi previdenziali in conseguenza dell'esercizio della libertà di circolazione (2). L'obiettivo del coordinamento consiste, quindi, nel garantire che l'esercizio del diritto alla libera circolazione nell'Unione da parte del lavoratore non comporti la conseguenza di privarlo della possibilità di accedere a quei vantaggi in materia di sicurezza sociale ai quali avrebbe avuto diritto nel caso in cui la sua carriera lavorativa si fosse svolta interamente in un solo Stato membro (3).

L'aspirazione a una progressiva generalizzazione del campo di applicazione *ratione personae* della disciplina di coordinamento, alimentata dalla giurisprudenza di Lussemburgo, ha trovato accoglimento solo di recente anche sul piano legislativo. Volendo sintetizzare un lungo *iter* evolutivo, si può dire che l'ambito di applicazione soggettivo del coordinamento, già strettamente connesso, in origine, allo *status* occupazionale del soggetto, da cui derivava una rigorosa delimitazione dell'area di tutela nei confronti dei soli lavoratori subordinati (4), si è progressivamente distanziato da tale impostazione già attenuata dal Regolamento n. 1408/1971, in forza della spinta della giurisprudenza della Corte di Giustizia, crescente soprattutto a partire dalla metà degli anni novanta del secolo scorso. Le regole dettate a beneficio dei soli lavoratori subordinati sono così state estese in un primo momento ai lavoratori autonomi, poi alle tipologie di rapporti lavorativi solo in parte ricompresi nel sistema, come quelli alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, e quindi, scardinando l'impostazione meramente mercantile, anche ai soggetti economicamente inattivi, come gli studenti e coloro che frequentano corsi di formazione professionale. Si è infine giunti, con il Regolamento n. 883/2004, a una sostanziale generalizzazione del raggio di copertura delle regole di coordinamento (5); alla originaria dina-

(2) Sui nuovi regolamenti vd. principalmente F. Pennings, *European Social Security Law*, Anversa-Oxford-New York, 2010; M. Fuchs (a cura di), *Europäisches Sozialrecht*, Baden-Baden, 2013.

(3) Cfr. J. Muñoz Molina, *La seguridad social de los trabajadores comunitarios*, in A. Costa Reyes (a cura di), *Manual de derecho social de la Unión europea*, Madrid, 2010, p. 128.

(4) Sulla nozione previdenziale di lavoratore subordinato, rilevante ai fini della disciplina europea di coordinamento, cfr. S. Giubboni, *La nozione comunitaria di lavoratore subordinato*, in S. Sciarra, B. Caruso (a cura di), *Il lavoro subordinato*, vol. V del *Trattato di diritto del lavoro dell'Unione europea*, diretto da G. Ajani e G.A. Benacchio, Torino, 2009, pp. 35 ss.

(5) Per maggiori approfondimenti vd. altresì S. Borelli, *Il campo di applicazione soggettivo della normativa comunitaria di coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2005, pp. 509 ss.; S. Giubboni, *La sicurezza sociale dei lavoratori che si spostano all'interno dell'Unione europea*, in S. Sciarra, B. Caruso (a cura di), *Il la-*

mica funzionalista si è andata quindi affiancando quella più recente, e tendenzialmente universalista, basata sulla cittadinanza europea (6). Alla luce della nuova normativa (art. 2), risultano infatti coperti tutti i cittadini assicurati, ovverosia tutti coloro che siano in possesso della cittadinanza di uno Stato membro (ovvero che siano apolidi o rifugiati), e che siano o siano stati assicurati in uno o più paesi dell'Unione, ivi comprese le persone non attive. Inoltre, le norme sul coordinamento si applicano anche ai familiari e ai superstiti del migrante, anche se cittadini di paesi terzi (7).

Diversamente dalla tendenza all'estensione in senso universalistico del campo di applicazione soggettivo del Regolamento n. 883/2004, la vocazione all'allargamento materiale della relativa disciplina è stata contrastata dalla volontà degli Stati membri di garantirsi un certo controllo sull'assoggettamento dei regimi nazionali di sicurezza sociale al regime sopranazionale. È per questo motivo che l'art. 3 del Regolamento n. 883/2004 poco innova rispetto alla previgente disciplina, mantenendo ferma la regola dell'elencazione tassativa e chiusa dei rischi sociali protetti dal sistema di coordinamento, apportando solo limitate estensioni a specifiche tipologie di prestazioni. Le misure di coordinamento di cui al Regolamento n. 883/2004 riguardano i regimi legali di sicurezza sociale, generali e speciali, contributivi e non, concernenti le prestazioni di malattia, maternità e paternità assimilate, di invalidità, di vecchiaia, per i superstiti, per infortunio sul lavoro e malattie professionali, gli assegni in caso di morte, le prestazioni di disoccupazione, di pensionamento anticipato e familiari. Poiché il sistema di coordinamento concerne i soli regimi legali di sicurezza sociale, restano di conseguenza esclusi i regimi di previdenza complementare di origine contrattuale collettiva (art. 1, lett. *l*). Le principali novità, rispetto al precedente assetto normativo, riguardano l'estensione del coordinamento alle prestazioni di paternità assimilate e, soprattutto, di pensionamento anticipato, anche se con riferimento, relativamente a queste ultime, ai soli sistemi istituiti e regolati per legge (con conseguente esclusione di quelli disciplinati dalla contrattazione collettiva), e senza che sia possibile applicare il principio della totalizzazione dei periodi assicurativi, di cui all'art. 6 del Regolamento n. 883/2004.

voro subordinato, *op. ult. cit.*, pp. 615 ss.; W. Chiaromonte, *Mobilità intraeuropea e sicurezza sociale*, in L. Calafà, D. Gottardi, M. Peruzzi, *op. ult. cit.*, pp. 135 ss.

(6) S. Giubboni, *Cittadinanza e mercato nella disciplina comunitaria di sicurezza sociale. Spunti per un dibattito sul Regolamento n. 883 del 2004*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2004, p. 228.

(7) Vd. il Regolamento n. 859/2003 e il Regolamento n. 1231/2010.

1.1. — *La riconduzione delle prestazioni previdenziali nazionali ai rischi sociali protetti dal sistema di coordinamento. In particolare, la distinzione fra malattia e invalidità* — Una delle questioni che si è sovente posta, e che è stata anche di recente affrontata dalla Corte di Giustizia, concerne la definizione dei rischi sociali protetti dal sistema di coordinamento, e in particolare la riconduzione a essi delle singole prestazioni previdenziali previste dagli ordinamenti degli Stati membri (8).

In *Stewart*, la questione concerneva il dubbio se ricondurre la prestazione per inabilità temporanea per giovani disabili, prevista dal *Social Security Contributions and Benefits Act* del Regno Unito del 1992 (di seguito *Sscba*), fra le prestazioni di malattia, ovvero fra quelle d'invalidità, ai sensi del Regolamento n. 1408/1971 (9). Stando alla normativa britannica (art. 30A, n. 2A, *Sscba*), i soggetti inabili al lavoro di giovane età hanno diritto a una prestazione per inabilità, pur non avendo versato contributi, in presenza di determinati requisiti di età (devono avere fra i 16 e i 20 anni, o 25 in casi particolari) e di residenza e soggiorno nel Regno Unito, nonché qualora siano inabili al lavoro e non siano beneficiari di una formazione a tempo pieno. In presenza dei suddetti requisiti, la prestazione è erogata per una durata massima di 364 giorni; alla scadenza di tale periodo, essa si trasforma nella prestazione per inabilità di lunga durata, alla sola condizione che l'*handicap* di cui il richiedente è portatore perduri.

La ricorrente, affetta da sindrome di Down, si era vista rifiutare dal *Secretary of State for Work and Pensions* la concessione della prestazione, in base al rilievo che essa non soddisfaceva i requisiti relativi al soggiorno e alla residenza in Gran Bretagna, e per tale motivo aveva successivamente adito il giudice del rinvio, deducendo l'incompatibilità con il diritto dell'Unione del negato riconoscimento della prestazione (10). Stando a

(8) Per un panorama aggiornato alla fine dello scorso decennio sulle tendenze evolutive della giurisprudenza della Corte di Giustizia in tema di coordinamento dei regimi nazionali di sicurezza sociale cfr. V. Paskalia, *Co-ordination of Social Security in the European Union: An Overview of Recent Case Law*, in *Comm. Mark. Law Rev.*, 2009, pp. 1177 ss. In riferimento alla giurisprudenza a cavallo fra la fine degli anni novanta e i primi anni del nuovo secolo cfr. M. Moore, *Freedom of Movement and Migrant Workers' Social Security: An Overview of the Case Law of the Court of Justice 1997-2001*, in *Comm. Mark. Law Rev.*, 2002, pp. 807 ss.

(9) Corte Giust. 21 luglio 2011, causa C-503/09, *Stewart*, in *Racc.*, 2011, I, p. 6497.

(10) Con particolare riferimento ai tre requisiti di residenza e soggiorno previsti dalla normativa britannica (residenza abituale, soggiorno pregresso e soggiorno al momento del deposito della domanda), e oggetto della terza questione pregiudiziale, la Corte ha affermato che essi si pongono in contrasto rispetto all'art. 10, n. 1, comma

una consolidata giurisprudenza della Corte, una prestazione può essere considerata di natura previdenziale qualora essa sia «attribuita ai beneficiari prescindendo da ogni valutazione individuale e discrezionale delle loro esigenze personali, in base a una situazione legalmente definita», e si riferisca a uno dei rischi espressamente elencati dalle disposizioni del Regolamento n. 1408/1971 (11). Viceversa, devono considerarsi di natura assistenziale, e quindi escluse dal campo di applicazione oggettivo della normativa di coordinamento *ex art. 3, comma 5, lett. a*, Regolamento n. 883/2004, le sole prestazioni che spettano al beneficiario identificato dall'amministrazione erogatrice in base a una valutazione personale e individualizzata delle sue condizioni di bisogno.

L'esclusione dell'assistenza sociale dal sistema di coordinamento si discosta dall'opzione universalistica compiuta dal legislatore europeo sul piano soggettivo e appare in tendenziale dissonanza con la *ratio* dell'art. 34 della Carta di Nizza. Tuttavia, a partire dagli anni settanta dello scorso secolo la netta distinzione tra sicurezza/previdenza sociale, da un lato, e assistenza, dall'altro, si è progressivamente incrinata, ancora una volta principalmente per mano della giurisprudenza della Corte di Giustizia (12). Ha, in altre parole, iniziato a manifestarsi una tendenza «attrattiva» della previdenza sociale rispetto all'assistenza (13), che ha condotto i giudici di Lussemburgo ad accogliere un'ampia nozione di sicurezza sociale, tale da lasciare fuori dal campo di applicazione oggettivo della normativa di coordinamento un numero sostanzialmente marginale di prestazioni. Ne deriva che, in presenza delle condizioni enunciate dalla Corte, anche prestazioni di tipo marcatamente assistenziale nell'ottica dei legislatori nazionali

1, del Regolamento n. 1408/1971, che enuncia il principio di revoca delle clausole di residenza, e all'art. 21, comma 1, TfUe, che sancisce il diritto di ogni cittadino dell'Unione di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, fatte salve le limitazioni e le condizioni previste dai trattati e dalle disposizioni adottate in applicazione degli stessi (punti 56-110).

(11) Corte Giust. 21 febbraio 2006, causa C-286/03, *Hosse*, in *Racc.*, 2006, I, p. 1771, punto 37; Corte Giust. 18 dicembre 2007, cause riunite C-396/05, C-419/05 e C-450/05, *Habelt*, in *Racc.*, 2008, I, p. 11895, punto 63; Corte Giust. 11 settembre 2008, causa C-228/07, *Petersen*, in *Racc.*, 2008, I, p. 6989, punto 19.

(12) Tra le tante, Corte Giust. 9 ottobre 1974, causa C-24/74, *Biason*, in *Racc.*, 1974, p. 999; Corte Giust. 13 novembre 1974, causa C-39/74, *Costa*, in *Racc.*, 1974, p. 1251; Corte Giust. 5 maggio 1983, causa C-139/82, *Piscitello*, in *Racc.*, 1983, p. 1427; Corte Giust. 24 febbraio 1987, cause riunite C-379-381/85 e C-93/86, *Giletti*, in *Racc.*, 1977, p. 955; Corte Giust. 20 giugno 1991, causa C-356/89, *Stanton Newton*, in *Racc.*, 1991, I, p. 3017.

(13) Si può cogliere la prima enunciazione di tale principio nelle conclusioni dell'Avvocato Generale Mayras del 17 maggio 1972, causa C-1/72, *Frilli*.

vengono assorbite nell'ampia nozione di sicurezza/previdenza sociale elaborata dalla Corte, rientrando così nel campo di applicazione oggettivo del coordinamento.

Tornando alla controversia in commento, essendo, da un lato, la concessione della prestazione per inabilità temporanea per giovani disabili dipendente da criteri oggettivi, legalmente definiti (non disponendo le autorità competenti di un potere di valutazione individuale delle esigenze del richiedente), e, dall'altro, essendo la prestazione destinata a coprire, a seconda dei casi, il rischio di malattia o invalidità, la Corte la ritiene pacificamente riconducibile nel novero delle prestazioni di natura previdenziale.

Quanto alla determinazione della natura della prestazione, occorre specificare che una prestazione di malattia, ai sensi dell'art. 4, comma 1, lett. *a*, del Regolamento n. 1408/71 (ora art. 3, comma 1, lett. *a*, del Regolamento n. 883/2004), copre il rischio legato a uno stato morboso che determini una sospensione temporanea delle attività dell'interessato, mentre una prestazione d'invalidità, ai sensi dell'art. 4, comma 1, lett. *b*, del Regolamento n. 1408/71 (ora art. 3, comma 1, lett. *c*, del Regolamento n. 883/2004), è destinata, in linea generale, a coprire il rischio di un'inabilità di un determinato grado, quando sia probabile che tale inabilità sarà permanente o di lunga durata (14).

Nonostante le diverse modalità di applicazione, la Corte ritiene che le due prestazioni – prestazione per inabilità temporanea per giovani disabili e prestazione per inabilità di lunga durata – costituiscano in realtà un'unica provvidenza: «la prestazione per inabilità temporanea per giovani disabili costituisce solamente una fase preliminare affinché egli possa richiedere, alla scadenza del periodo di versamento della medesima, il riconoscimento della prestazione per inabilità di lunga durata» (punto 42). Ciò premesso, la Corte conclude che, tanto dall'oggetto e dalla finalità della prestazione per inabilità temporanea o di lunga durata, volta a procurare al richiedente i mezzi finanziari per far fronte ai propri bisogni, e non a sostituire un reddito durante un'interruzione della retribuzione, come nel caso delle prestazioni di malattia, quanto dalla base di calcolo e dai requisiti di concessione, la prestazione per inabilità temporanea per giovani disabili presenta le caratteristiche di una prestazione di invalidità (punto 53).

La pronuncia della Corte ha una rilevanza solo potenziale e peraltro piuttosto limitata per l'ordinamento italiano, dal momento che, tra le prestazioni di invalidità, non è prevista una specifica provvidenza per i giova-

(14) Corte Giust. 11 luglio 2006, causa C-13/05, *Chacón Navas*, in *Racc.*, 2006, I, p. 6467, punto 45.

ni disabili inabili al lavoro, di età compresa fra i 18 e i 25 anni, residenti in Italia e non beneficiari di una formazione a tempo pieno. Tali soggetti potrebbero, viceversa, aver titolo per chiedere la concessione di prestazioni, di natura assistenziale nell'ottica nazionale, quali la pensione di inabilità, l'assegno mensile di invalidità o l'indennità di accompagnamento. La pensione di inabilità è riconosciuta ai mutilati e agli invalidi civili di età superiore ai 18 anni nei cui confronti sia stata accertata una totale inabilità lavorativa (art. 12, legge n. 118/1971); l'assegno mensile di invalidità è invece riconosciuto ai mutilati e invalidi di età compresa fra 18 e 65 anni, che siano incollocabili al lavoro e nei cui confronti sia stata accertata una riduzione della capacità lavorativa superiore al 74% della capacità lavorativa normale (art. 13, legge n. 118/1971, come modificato dall'art. 9, d.lgs. n. 509/1988); infine, l'indennità di accompagnamento spetta ai mutilati e agli invalidi dichiarati totalmente inabili, non deambulanti e non autosufficienti, bisognosi di assistenza continua, aventi diritto alla pensione di inabilità (legge n. 18/1980 e art. 1, legge n. 508/1988), nonché ai ciechi civili (legge n. 406/1968 e legge n. 492/1991).

La pensione di inabilità e l'indennità di accompagnamento parrebbero poter rientrare, in astratto, nel novero delle prestazioni previdenziali, fra le prestazioni d'invalidità ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. c, del Regolamento n. 883/2004, e non fra le prestazioni di malattia, in quanto sono entrambe destinate a coprire il rischio di un'inabilità di un determinato grado, che sia permanente o di lunga durata (mentre l'assegno mensile di invalidità presuppone una condizione di invalidità non permanente, tanto che la prestazione è concessa solo per il tempo in cui tale condizione di inattività permanente, *ex art. 1, comma 37, legge n. 247/2007*), e dal momento che per ottenere entrambe le prestazioni il richiedente deve essere affetto, alla data della presentazione della domanda, da un handicap permanente o duraturo, essendo l'accertamento delle condizioni sanitarie meramente dichiarativo (e non costitutivo) dello stato di invalidità non inferiore alla misura indicata dalla legge (15). Inoltre, tali prestazioni sono volte, diversamente da quelle di malattia, non a sostituire un reddito durante un'interruzione della retribuzione, bensì a procurare al soggetto richiedente i mezzi finanziari per far fronte ai propri bisogni. Tuttavia, come si vedrà tra breve, ai fini del coordinamento dei regimi nazionali di sicurezza sociale tali prestazioni non possono essere ritenute né prestazioni di invalidità, né tantomeno prestazioni di malattia, dal momento che esse sono espressamente elencate nel novero del-

(15) In tal senso si veda Corte cost. 31 maggio 1995, n. 209, in *Giust. civ.*, 1995, I, pp. 2302 ss.

le prestazioni speciali in denaro a carattere non contributivo (con la conseguenza che esse risultano inespugnabili negli altri Stati membri e, quindi, vengono erogate esclusivamente nel paese in cui gli interessati risiedono e sulla base dei criteri previsti dalla legislazione di detto Stato, restando a carico dell'istituzione del luogo di residenza).

1.2. — *Le prestazioni speciali in denaro a carattere non contributivo* — La crescente forza attrattiva esercitata dal Regolamento n. 883/2004 su quelle prestazioni ibride, a cavallo tra previdenza e assistenza, cui si è fatto cenno, ha anche spinto il legislatore europeo a creare la categoria intermedia delle prestazioni speciali in denaro a carattere non contributivo (16), che, pur rientrando nell'orbita applicativa di detto regolamento, possono tuttavia essere godute esclusivamente nel territorio dello Stato membro di residenza e in base alla legislazione di tale Stato a causa dello stretto legame con il contesto socio-economico locale, in deroga al principio di esportabilità delle prestazioni, sancito dall'art. 48, lett. b, TfUE, e ripreso dall'art. 7 del Regolamento n. 883/2004 (17). L'art. 70, comma 1, di questo Regolamento definisce tali prestazioni, erogate a condizioni di reddito e non finanziate mediante la contribuzione, bensì dal bilancio pubblico, come quelle «previste dalla legislazione la quale, a causa del suo ambito di applicazione *ratione personae*, dei suoi obiettivi e/o delle condizioni di ammissibilità, ha caratteristiche tanto della legislazione in materia di sicurezza sociale [...] quanto di quella relativa all'assistenza sociale», confermandone la natura mista. In particolare (art. 70, comma 2), per prestazioni speciali a carattere non contributivo la disposizione intende quelle che: a) sono intese a fornire (i) copertura in via complementare, suppletiva o accessoria dei rischi corrispondenti ai settori di sicurezza sociale coperti dal regolamento e a garantire alle persone interessate un reddito minimo di sussistenza in relazione al contesto economico e sociale dello Stato membro interessato, op-

(16) Le prestazioni speciali in denaro a carattere non contributivo, introdotte dal Regolamento n. 1247/1992 allo scopo di trovare un compromesso tra le istanze di controllo territoriale della spesa sociale degli Stati membri e l'innovativa giurisprudenza della Corte, sono state definite da ultimo attraverso il Regolamento n. 647/2005, che ha allineato le previsioni del Regolamento n. 1408/1971 a quelle del Regolamento n. 883/2004, il quale allora non era ancora applicabile in mancanza del relativo regolamento di attuazione.

(17) Cfr. M. Cousins, *Social Security, Social Assistance and the Special Non Contributory Benefits: The Never-ending Story*, in *Eur. Journ. Soc. Sec.*, 2007, pp. 97 ss.; H. Verschuere, *Special Non-Contributory Benefits in Regulation n. 1408/71, Regulation n. 883/2004 and the Case Law of the ECJ*, in *Eur. Journ. Soc. Sec.*, 2009, pp. 217 ss.

pure (ii) unicamente la protezione specifica dei portatori di handicap, sempre in stretto collegamento con l'ambiente sociale dello Stato membro interessato; *b*) sono finanziate esclusivamente dalla fiscalità generale e le cui condizioni di concessione non dipendono da alcun contributo da parte del beneficiario. Le prestazioni concesse a integrazione della prestazione contributiva non sono da considerare prestazioni contributive per questo solo motivo. Infine, le suddette prestazioni devono *c*) essere elencate nell'Allegato X del Regolamento n. 883/2004.

È proprio la riconducibilità nel novero di tali prestazioni dell'assegno di sussistenza per disabili (*Disability Living Allowance*, di seguito *Dla*), una prestazione prevista dall'ordinamento britannico, a costituire l'oggetto della decisione della Corte di Giustizia nel caso *Bartlett* (18). Il *Dla* è disciplinato dal *Social Security Contributions and Benefits Act* del 1992, il cui art. 71 precisa che esso si compone di due voci: la voce «mancanza di autonomia» e la voce «mobilità», la quale va a beneficio di persone affette da una disabilità che incide gravemente sulla loro mobilità. Anche in questo caso, come già in *Stewart*, i ricorrenti avevano fatto ricorso contro le decisioni del *Secretary of State for Work and Pensions*, le quali non avevano riconosciuto loro il diritto a beneficiare della componente «mobilità» di detta prestazione dal momento che essi non soddisfacevano più le condizioni di residenza e soggiorno nel Regno Unito (19). In particolare, i giudici del rinvio chiedono alla Corte se la componente «mobilità» del *Dla* possa essere qualificata separatamente dal *Dla* considerato nel suo insieme, e in tal caso se essa debba essere considerata come prestazione previdenziale (di malattia o di invalidità) oppure come prestazione speciale non contributiva, il tutto con riferimento tanto alla versione originaria del Regolamento n. 1408/71, quanto alla versione modificata applicabile a far data dal 5 maggio 2005.

In primo luogo, la componente «mobilità» del *Dla* è pacificamente ritenuta dalla Corte non solo una prestazione a sé stante ai sensi del regolamento, come essa aveva già avuto modo di precisare in precedenza, ma più nello specifico una prestazione non contributiva (20), essendo essa finan-

(18) Corte Giust. 5 maggio 2011, causa C-537/09, *Bartlett*, in *Racc.*, 2011, I, p. 3417.

(19) Diversamente da quanto deciso in *Stewart*, in questo caso i giudici di Lussemburgo non hanno ravvisato nelle condizioni di residenza e di soggiorno in Gran Bretagna per poter beneficiare della componente «mobilità» della prestazione in discorso alcun elemento idoneo a inficiare la validità dell'art. 10-*bis* del Regolamento n. 1408/71 in tema di prestazioni speciali in denaro a carattere non contributivo.

(20) Corte Giust. 18 ottobre 2007, *Commissione c. Parlamento e Consiglio*, causa C-299/05, in *Racc.*, 2007, I, p. 8695, punti 69 e 74.

ziata esclusivamente dalla fiscalità generale ed essendo concessa indipendentemente dal versamento di alcun contributo da parte del beneficiario. Trattasi altresì di prestazione in denaro, il cui importo è proporzionale ai costi connessi ai problemi di mobilità del beneficiario nello Stato membro interessato. Per valutare se la componente «mobilità» costituisca anche una prestazione speciale, la Corte, come di consueto, fa riferimento alla sua finalità: essa deve intervenire «in sostituzione o a integrazione di una prestazione previdenziale» e avere «le caratteristiche di un aiuto sociale giustificato da motivi economici e sociali e deciso da una normativa che fissa criteri obiettivi» (21). Nel caso di specie, la finalità della prestazione è individuata nella promozione dell'autonomia e dell'integrazione sociale delle persone con disabilità, allo scopo di aiutarle, per quanto possibile, a condurre una vita simile a quella delle persone non disabili. È quindi la disabilità che dà diritto alla prestazione e consente, a seconda del livello di difficoltà di mobilità della persona interessata, di determinare l'importo della prestazione concessa, il tutto sulla base dei criteri oggettivi predeterminati dalla legislazione britannica. Ed è dunque per tali motivi che la Corte conclude affermando che la componente «mobilità» del *Dla* rappresenta una prestazione speciale in denaro a carattere non contributivo ai sensi del Regolamento n. 1408/71, che difatti la menziona espressamente nell'Allegato II-*bis* (tale conclusione è confermata a tutt'oggi, posto che essa è menzionata anche nell'omologo Allegato X del Regolamento n. 883/2004).

Per quanto concerne l'Italia, ai sensi del suddetto Allegato X sono considerate prestazioni speciali in denaro a carattere non contributivo (22):

- a) le pensioni sociali per persone sprovviste di reddito (legge n. 153/1969);
- b) le pensioni, gli assegni e le indennità per i mutilati e invalidi civili (leggi nn. 118/1971, 18/1980 e 508/1988);
- c) le pensioni e le indennità per i sordomuti (leggi nn. 381/1970 e 508/1988);
- d) le pensioni e le indennità per i ciechi civili (leggi nn. 382/1970 e 508/1988);
- e) l'integrazione delle pensioni al trattamento minimo (leggi nn. 218/1952, 638/1983 e 407/1990);

(21) Vd., ad esempio, Corte Giust. 6 luglio 2006, *Kersbergen-Lap*, causa C-154/05, in *Racc.*, 2006, I, p. 6249, punto 30.

(22) Si vedano anche le circolari Inps n. 10 del 30 gennaio 2006 e n. 137 del 28 novembre 2006.

- f) l'integrazione dell'assegno di invalidità (legge n. 222/1984);
- g) l'assegno sociale (legge n. 335/1995);
- h) la maggiorazione sociale (legge n. 544/1988).

Anche l'indennità di accompagnamento, dunque, come pure la pensione di inabilità e l'assegno mensile di invalidità, rientra pacificamente nel novero di tali prestazioni. Si tratta, come si ricordava nel paragrafo precedente, di un'autonoma prestazione in denaro non contributiva (cumulabile, peraltro, con altre prestazioni di sicurezza sociale, eccezion fatta per l'assegno di accompagnamento dell'assicurazione obbligatoria contro l'invalidità), che, analogamente alla componente mobilità dell'assegno di sussistenza per disabili britannico, va a beneficio di persone affette da una disabilità che incide gravemente sulla loro mobilità, spettando ai soggetti totalmente inabili, non deambulanti senza l'aiuto permanente di un accompagnatore (ma altresì a coloro che, non essendo in grado di compiere gli atti quotidiani della vita, abbisognano di un'assistenza continua, cumulando quindi anche la funzione assolta nel Regno Unito dalla componente «mancanza di autonomia» del *Dla*). Nel caso italiano, quindi, non si pone la questione di considerare separatamente le due componenti «mobilità» e «mancanza di autonomia», facendo entrambe capo a un'unica e autonoma prestazione. Tale provvidenza, peraltro, sempre in analogia con la corrispondente prestazione britannica, non può essere considerata come prestazione previdenziale (né di malattia, né tantomeno di invalidità), secondo la già richiamata nozione fatta propria dal legislatore europeo e dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, bensì come prestazione speciale non contributiva.

Giova peraltro ricordare che l'assegno per l'assistenza personale e continuativa al titolare di pensione di inabilità, di cui all'art. 5 della legge n. 222/1984, che figurava nell'Allegato II-*bis* del Regolamento n. 1408/1971, non figura più nel corrispondente Allegato X del Regolamento n. 883/2004, e pertanto non è più considerato quale prestazione speciale non contributiva (23).

2. — *Le categorie di prestazione oggetto di regolamentazione* — Le disposizioni di cui ai Regolamenti nn. 883/2004 e 987/2009 sostanzialmente confermano, sia pure ammettendo qualche limitato ampliamento, il precedente assetto normativo concernente il campo di applicazione oggettivo della disciplina di coordinamento. In particolare, il Regolamento di attuazione regola tanto le prestazioni pensionistiche di cui al Capo IV del Titolo

(23) Circolare Inps n. 110 del 14 settembre 2012.

III, quanto le prestazioni non pensionistiche di cui ai Capi I, II, III, V e VI del medesimo Titolo III, prevedendo un generale miglioramento sia delle procedure di rimborso tra Stati, sia di quelle di recupero di prestazioni indebite e di contributi.

Nel novero delle categorie di prestazioni volte a sopperire ai rischi sociali di cui all'art. 3 del Regolamento n. 883/2004, un'attenzione particolare sarà dedicata alle prestazioni di malattia, alle prestazioni di vecchiaia e alle prestazioni familiari, in ragione dei più recenti interventi della Corte di Giustizia, a esse dedicati.

2.1. — *Il cumulo e l'esportabilità delle prestazioni riguardanti il rischio di dipendenza* — Le prestazioni riguardanti il «rischio di dipendenza», ovvero quelle erogate alle persone bisognose di assistenza di terzi al fine di compiere gli atti quotidiani della vita, non sono annoverate fra quelle protette dal sistema sopranazionale di coordinamento, il quale si riferisce esclusivamente ai rischi sociali tassativamente elencati dall'art. 3 del Regolamento n. 883/2004 (e, in precedenza, dall'art. 4 del Regolamento n. 1408/1971). Conformandosi sul punto a quanto previsto in precedenza dal Regolamento n. 1408/1971, neppure il Regolamento n. 883/2004, difatti, ha disposto un allargamento del proprio campo di applicazione oggettivo sino a ricomprendere tali prestazioni. Anche nel contesto del nuovo regolamento, tuttavia, come già sotto il previgente quadro normativo, la loro inclusione nel campo di applicazione *ratione materiae* della disciplina di coordinamento può essere considerata pacifica, e ciò in virtù di una consolidata giurisprudenza della Corte di Giustizia che tende ad assimilare tali prestazioni a quelle di malattia, che è invece uno dei rischi sociali cui espressamente è riferita la protezione oggettiva offerta dal sistema di coordinamento (24). Giova, peraltro, ricordare che l'art. 34, comma 1, della

(24) Vd., fra le altre, Corte Giust. 5 marzo 1998, causa C-160/96, *Molenaar*, in *Racc.*, 1998, I, p. 843, punti 22-25; Corte Giust. 8 marzo 2001, causa C-215/99, *Jauch*, in *Racc.*, 2001, I, p. 1901, punto 28; Corte Giust. 21 febbraio 2006, causa C-286/03, *Hosse*, cit., punti 38-44; Corte Giust. 18 ottobre 2007, causa C-299/05, *Commissione c. Parlamento e Consiglio*, cit., punti 10, 61 e 70. Restano, invece, escluse l'assistenza sociale e medica (art. 3, comma 5, lett. a, Regolamento n. 883/2004), nonché le prestazioni per le quali uno Stato membro si assume la responsabilità per i danni alle persone e prevede un indennizzo, come quelle a favore delle vittime di guerra e di azioni militari o delle loro conseguenze, le vittime di reato, di omicidio o di atti terroristici, le vittime di danni causati da agenti dello Stato membro nell'esercizio delle loro funzioni o le persone che abbiano subito un pregiudizio per motivi politici, religiosi o a causa della loro discendenza (art. 3, comma 5, lett. b). Sulle prestazioni di malattia si veda pure la circolare Inps n. 87 del 2 luglio 2010.

Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea annovera la dipendenza tra i rischi sociali che devono essere coperti, configurandola come rischio sociale autonomo e non come riflesso di uno stato di malattia; non a caso tale rischio, pur non figurando espressamente nell'elencazione di cui all'art. 3 del Regolamento n. 883/2004, è comunque oggetto di copertura specifica da parte dei regimi di previdenza sociale di vari Stati membri.

Sono proprio prestazioni riguardanti il rischio di dipendenza quelle a proposito delle quali si è pronunciata la Corte in *da Silva Martins*, soffermandosi, in particolare, sulle connesse questioni del cumulo e della esportabilità delle stesse (25). Il signor da Silva Martins, cittadino portoghese, dopo aver lavorato per un breve periodo nel suo paese d'origine si era trasferito in Germania allo scopo di svolgere un'attività lavorativa subordinata, e qui era affiliato anche per l'assicurazione contro le malattie e per quella (facoltativa e continuata) contro il rischio di perdita di autosufficienza. Avendo maturato i relativi contributi, il soggetto aveva in seguito beneficiato sia di una pensione di vecchiaia tedesca, sia di una portoghese. Successivamente, l'ente tedesco gli aveva riconosciuto anche il diritto a beneficiare di un assegno per persone non autosufficienti. Il soggetto decideva, quindi, di trasferirsi in Portogallo, e l'istituto tedesco, di conseguenza, ne rescindeva l'affiliazione all'assicurazione contro il rischio di perdita di autosufficienza, chiedendo altresì il rimborso delle prestazioni già versate dopo il trasferimento. Il soggetto sosteneva, invece, di poter, da un lato, mantenere l'affiliazione all'assicurazione tedesca contro il rischio di perdita dell'autosufficienza in forza dell'assicurazione facoltativa continuata, pur rientrando egli oramai nel regime di previdenza portoghese, e, dall'altro, di essere legittimato a esportare le prestazioni per la non autosufficienza in un altro paese dell'Unione, dal momento che la copertura assicurativa era finanziata con contributi propri, oltre che per il fatto che non esistevano in Portogallo analoghe forme di prestazione.

Il giudice del rinvio si chiede quindi se il signor da Silva Martins possa continuare a beneficiare in Portogallo dell'assegno tedesco per le persone non autosufficienti, ovvero se egli possa pretendere le sole prestazioni di malattia previste dalla normativa portoghese, decadendo dal diritto all'assegno di assistenza per persone non autosufficienti erogato dalla Germania una volta fatto ritorno nel proprio Stato di origine. In sostanza, si chiede alla Corte di pronunciarsi circa la possibilità di cumulare un'affiliazione facoltativa continuata a un regime autonomo contro il rischio di perdita del-

(25) Corte Giust. 30 giugno 2011, causa C-388/09, *da Silva Martins*, in *Racc.*, 2011, I, p. 5737.

l'autosufficienza nel paese in cui si è trascorso la maggior parte della propria vita lavorativa con la percezione di una pensione di vecchiaia dagli enti previdenziali tanto del proprio Stato di origine (nonché di attuale residenza), quanto di quello in cui abbia svolto la maggior parte della propria vita lavorativa; inoltre, si domanda alla Corte di chiarire se sia possibile esportare una prestazione per persone non autosufficienti in un paese diverso da quello che eroga la prestazione medesima.

Dopo aver ribadito la propria giurisprudenza secondo la quale le prestazioni per la non autosufficienza devono essere assimilate a quelle di malattia, anche quando sono di lunga durata (punti 40-48), la Corte non ritiene applicabile nel caso di specie il principio di unicità del regime di previdenza sociale di cui all'art. 15 del Regolamento n. 1408/1971 (ora confluito nell'art. 14 del Regolamento n. 883/2004) – che mira a evitare l'applicazione delle normative di due o più Stati membri e, quindi, il cumulo dell'affiliazione a un regime assicurativo obbligatorio e a uno o più regimi di assicurazione volontari o facoltativi continuati, imponendo che l'interessato sia soggetto esclusivamente al primo regime –, riconoscendo la legittimità dell'affiliazione a titolo facoltativo all'assicurazione tedesca contro il rischio di perdita dell'autosufficienza e, allo stesso tempo, dell'affiliazione obbligatoria nel corso dello stesso periodo al regime di previdenza sociale portoghese.

La Corte, con particolare riferimento all'art. 27 del Regolamento n. 1408/1971, che concerne le pensioni o rendite dovute secondo la legislazione di più Stati membri quando esiste un diritto alle prestazioni in natura nello Stato di residenza, afferma che il diritto a prestazioni di malattia *stricto sensu* nello Stato membro di residenza (in questo caso, in Portogallo) non fa venir meno il diritto precedentemente acquisito, nei confronti di un altro Stato membro (la Germania) per effetto della sola normativa riguardante il rischio di perdita dell'autosufficienza, in considerazione dei soli periodi assicurativi compiuti sulla base della normativa medesima. I giudici di Lussemburgo ritengono, in altre parole, che il ricorrente possa continuare a beneficiare, per effetto dell'affiliazione facoltativa continuata a un regime autonomo di assicurazione contro il rischio di perdita dell'autosufficienza nello Stato membro in cui ha trascorso la maggior parte della propria vita lavorativa, di una prestazione in denaro per persone non autosufficienti, non rilevando quindi essi alcun contrasto rispetto agli artt. 15 e 27 del Regolamento n. 1408/1971.

Anche nel quadro del nuovo regolamento, la possibilità di cumulare l'assicurazione obbligatoria nello Stato alla cui legislazione si è soggetti con un'assicurazione volontaria o facoltativa continuata in un altro Stato membro è in linea di principio esclusa, in virtù del principio di unicità della le-

gislazione applicabile. L'art. 14, comma 2, difatti, dispone che «Qualora, in virtù della legislazione di uno Stato membro, l'interessato sia soggetto a un'assicurazione obbligatoria in tale Stato membro, non può essere soggetto in un altro Stato membro a un regime di assicurazione volontaria o facoltativa continuata». In qualsiasi altro caso, in cui si offra per un determinato settore la scelta tra più regimi di assicurazione volontaria o facoltativa continuata, l'interessato è ammesso esclusivamente al regime da lui scelto. Peraltro, il comma 1 dello stesso articolo afferma che il principio di unicità della legislazione sociale non si applica proprio in materia di assicurazione volontaria o facoltativa continuata, tranne nel caso in cui, per uno dei settori contemplati all'articolo 3, comma 1, esista in uno Stato membro soltanto un regime assicurativo volontario. Le ricadute pratiche della pronuncia in oggetto, quindi, con particolare riferimento alla questione della cumulabilità, dipendono specificamente da quest'ultimo profilo, e cioè dall'esistenza, in un determinato Stato membro, solo di un regime assicurativo volontario per uno dei settori coperti dal campo di applicazione materiale del coordinamento. In tal caso, difatti, il cumulo non è consentito. In Germania l'assicurazione contro il rischio di perdita dell'autosufficienza costituisce invece un regime di assicurazione obbligatoria, ed è per tale motivo che la Corte anche in vigenza del nuovo quadro normativo probabilmente giungerebbe alla medesima conclusione, in senso favorevole alla cumulabilità.

Per quanto attiene, invece, alla questione della esportabilità delle prestazioni per la non autosufficienza, la pronuncia della Corte legittima tutte le legislazioni nazionali che consentono l'affiliazione facoltativa continuata di una persona a un regime di previdenza sociale distinto, relativo al rischio di perdita di autosufficienza, e quindi consente che tale persona, una volta assolto il periodo minimo di contribuzione necessario per potersi avvalere di tali prestazioni, possa poi godere delle stesse anche in caso di trasferimento in un altro Stato membro.

2.2. — *Il calcolo delle prestazioni di vecchiaia* — Diversamente dalle prestazioni riguardanti il rischio di dipendenza, che risultano coperte dal sistema di coordinamento solo in via mediata, in quanto riconducibili alle prestazioni di malattia, le prestazioni di vecchiaia – ovvero le prestazioni di lunga durata per antonomasia, la cui erogazione è subordinata a requisiti assicurativi proporzionalmente maggiori, e che il lavoratore migrante può soddisfare solo cumulando i periodi maturati nei diversi Stati membri – rientrano, invece, espressamente nell'elencazione tassativa di cui all'art. 3 del Regolamento n. 883/2004.

Per quanto concerne le modalità di calcolo e di ripartizione del costo fra gli Stati membri di tali ultime prestazioni, si rileva fra le pieghe della disciplina di coordinamento una sostanziale differenza rispetto a quella dettata per le prestazioni qualificabili come di breve durata. Con riferimento a tali ultime prestazioni opera il principio di integrazione, secondo il quale, ferma restando l'aggregazione, ove necessario, dei periodi assicurativi, il beneficiario è legittimato a ricevere l'intera prestazione dall'ente previdenziale di un solo paese membro, che ne sopporta quindi in via esclusiva il relativo onere economico. Per le prestazioni di lunga durata, viceversa, opera un regime di cumulo dei periodi contributivi e di ripartizione *pro rata*: secondo il principio di totalizzazione, di cui all'art. 6 del Regolamento n. 883/2004 nonché, più in generale, all'art. 48, lett. a, TfUE, al fine dell'acquisizione, mantenimento, durata, recupero o accesso a prestazioni si prevede che, se l'istituzione di uno Stato membro richiede un periodo minimo di assicurazione, occupazione o residenza, tale istituzione, nel verificare che i necessari requisiti siano soddisfatti, deve sommare i periodi di contribuzione diacronici, compiuti dal lavoratore migrante sotto la legislazione dei diversi paesi dell'Unione in cui questi ha svolto la propria attività lavorativa, come se fossero maturati sotto la propria legislazione, applicando quindi la tecnica della totalizzazione (26). In questo modo, si sancisce una regola generale di «equivalenza» o di «mutuo riconoscimento» dei periodi assicurativi maturati nei diversi Stati membri (27); regola che consente di soddisfare i requisiti di assicurazione richiesti dalle singole legislazioni nazionali applicabili per il diritto a ciascuna prestazione, e che poi è specificata nelle disposizioni di dettaglio del regolamento, riferite alle diverse categorie di provvidenze. L'onere della prestazione viene, quindi, ripartito *pro*

(26) Sul principio di totalizzazione, sia pure con riferimento al Regolamento n. 1408/1971, vd. P. Sandulli, *Tecnica della totalizzazione e prestazioni di sicurezza sociale nella prospettiva di revisione del Regolamento n. 1408/71*, in *Dir. lav.*, 1999, I, pp. 131 ss.; L. Foglia, *Previdenza sociale dei lavoratori migranti e totalizzazione dei periodi contributivi*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2002, pp. 223 ss. M. Cicciù, A. Costa, *Regolamento n. 883/2004 Ce di coordinamento dei sistemi nazionali di sicurezza sociale: disposizioni applicative e questioni interpretative*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2011, n. 1, p. 189, ricordano che l'Inps, riguardo al conseguimento della prestazione pensionistica, ribadisce che «ai fini del perfezionamento del diritto alle prestazioni da parte di coloro che hanno prestato la loro attività in due o più Stati membri, si deve, ovviamente, far riferimento soltanto alle condizioni e ai requisiti stabiliti dalla legislazione di ciascuno Stato, anche nel caso in cui il diritto sia perfezionato in base al cumulo dei periodi maturati in tali Stati» (circolare Inps n. 88 del 2 luglio 2010).

(27) M. Cinelli, *Appunti in tema di incidenza del diritto comunitario sull'ordinamento interno di sicurezza sociale*, in *Dir. rel. ind.*, 1996, p. 97.

rata fra i diversi enti competenti degli Stati interessati dalla carriera lavorativa del migrante. Il principio del *pro rata* si applica, in sostanza, in tutti i casi in cui il diritto alla prestazione di lunga durata è acquisito in virtù della totalizzazione (28).

Come è facilmente intuibile, la maggiore complessità della disciplina in tema di calcolo delle prestazioni di lunga durata, e in particolare di vecchiaia, liquidate appunto in regime di cumulo e ripartizione *pro rata*, ha generato un ricco filone giurisprudenziale, nell'alveo del quale si collocano anche le pronunce *Reichel-Albert* e *Tomaszewska* (29).

Nel primo caso la questione concerneva la presa in considerazione dei periodi, maturati in un altro Stato membro, dedicati alla cura dei figli al fine della concessione di una pensione di vecchiaia. La signora *Reichel-Albert*, cittadina tedesca, aveva svolto un'attività lavorativa subordinata e, successivamente, percepito un sussidio di disoccupazione in Germania. Essa si era poi trasferita in Belgio al seguito del coniuge, che ivi aveva svolto un'attività lavorativa subordinata, mentre la donna era rimasta inoccupata. Durante il periodo della residenza in Belgio, la coppia aveva avuto due figli. Una volta rientrati in Germania, il competente ente tedesco si era rifiutato di prendere in considerazione e convalidare a fini pensionistici i periodi dedicati dalla donna alla cura dei figli e maturati durante il suo soggiorno in Belgio, dal momento che l'educazione dei figli si era svolta all'estero, nonché poiché la donna non aveva svolto, durante tale periodo, alcuna attività lavorativa. Il giudice del rinvio chiede, quindi, alla Corte di valutare la compatibilità della normativa tedesca, che esclude la presa in considerazione dei periodi dedicati alla cura dei figli maturati in un diverso Stato membro, rispetto, in particolare, all'art. 44 del Regolamento n. 987/2009 il quale, appunto, è dedicato alla «Presa in considerazione dei periodi di cura dei figli».

I giudici di Lussemburgo in primo luogo sanciscono l'inapplicabilità *ratione temporis* dell'art. 44, poiché il Regolamento n. 987/2009 non era ancora applicabile nel momento in cui era stato negato alla ricorrente il riconoscimento dei periodi di cura dei figli. Di conseguenza, in carenza

(28) Sulle disposizioni in materia di prestazioni pensionistiche si veda la citata circolare Inps n. 88 del 2 luglio 2010. Per una panoramica sulla giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di trattamenti pensionistici dei lavoratori migranti cfr. M. La Terza, *Le pensioni dei lavoratori migranti nella recente giurisprudenza della Corte di Giustizia e della Corte di Cassazione*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2008, pp. 427 ss.

(29) Corte Giust. 19 luglio 2012, causa C-522/10, *Reichel-Albert*, non ancora pubblicata in *Racc.*; Corte Giust. 3 marzo 2011, causa C-440/09, *Tomaszewska*, in *Racc.*, 2011, I, p. 1033.

di specifiche disposizioni nel Regolamento n. 1408/1971, la Corte ritiene di dover utilizzare come parametro di riferimento l'art. 21 TfUe, che riconosce a ogni cittadino dell'Unione il diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri. Dopo aver individuato nella normativa tedesca quella applicabile in ordine alla presa in considerazione e alla convalida dei periodi di cura dei figli, la Corte ritiene che le disposizioni di tale legislazione, secondo cui i periodi di cura dei figli maturati fuori dal territorio nazionale non vengono presi in considerazione a meno che il genitore che ha provveduto all'educazione dei figli non abbia risieduto abitualmente con suo figlio all'estero e abbia maturato, durante l'educazione o immediatamente prima della nascita del figlio, periodi contributivi in ragione dell'attività lavorativa ivi svolta, pongono i cittadini dell'Unione che hanno esercitato il diritto di circolare liberamente negli Stati membri in una posizione meno favorevole rispetto a coloro che, invece, non hanno esercitato tale diritto. L'esclusione della presa in considerazione dei periodi di educazione dei figli, maturati all'estero, è quindi ritenuta dalla Corte in contrasto con l'art. 21 TfUe, e pertanto si pone a carico delle competenti istituzioni degli Stati membri l'obbligo di prendere in considerazione come se fossero maturati sul territorio nazionale, ai fini della concessione di una pensione di vecchiaia, i periodi dedicati all'educazione dei figli, maturati in un diverso Stato membro da parte di una persona che ha lavorato solo nel primo Stato membro, pur essendo residente nel secondo al momento della nascita dei figli.

In *Tomaszewska* la questione verteva, invece, non solo sul calcolo ma anche sull'acquisizione del diritto alla pensione di vecchiaia, disciplinato dall'art. 45 del Regolamento n. 1408/1971, la cui formulazione non diverge troppo da quella dell'art. 6 del Regolamento n. 883/2004, che sancisce il principio della totalizzazione (o cumulo) dei periodi assicurativi diacronici. Il principio della totalizzazione, nel Regolamento n. 883/2004, è peraltro rafforzato dalla espressa previsione del principio della assimilazione di prestazioni, redditi, fatti o avvenimenti che si sono prodotti o verificati nei vari Stati membri (art. 5). Attraverso questo principio il singolo paese dell'Unione è tenuto a non attribuire rilevanza ai soli periodi di lavoro svolti nel suo territorio, ma anche a quelli prestati negli altri Stati membri. Vengono così tendenzialmente esclusi gli effetti indirettamente discriminatori che potrebbero prodursi se si legittimasse un requisito che annettesse rilevanza unicamente ai periodi di lavoro svolti nello Stato membro interessato, in quanto una condizione di questo tipo sarebbe più facilmente realizzabile dai lavoratori nazionali che dai migranti.

Il principio di assimilazione, assieme a quello di parità di trattamento, di cui all'art. 4, possono essere considerati come i presupposti applicativi dell'intero sistema di coordinamento, dal momento che, se non si denazionalizzassero le condizioni applicative dei sistemi di sicurezza sociale degli Stati membri, consentendo a ciascuno Stato di attribuire rilievo ai fatti e alle circostanze maturati sotto una legislazione diversa, non potrebbero essere conseguiti gli ulteriori effetti di deterritorializzazione (principalmente grazie ai principi di totalizzazione dei periodi assicurativi e di esportabilità delle prestazioni) necessari per conseguire gli obiettivi del coordinamento.

Pur essendo quindi ciascuno Stato membro legittimato a imporre un periodo di contribuzione minimo ai fini del riconoscimento del diritto alla pensione di vecchiaia, nonché a stabilire la natura e il limite dei periodi di assicurazione idonei a essere presi in considerazione a tale scopo (30), tuttavia, i periodi compiuti sotto la legislazione di qualsiasi altro Stato membro devono anch'essi essere presi in considerazione alle stesse condizioni, come se fossero stati compiuti sotto la legislazione nazionale (31). La normativa polacca, oggetto della controversia in questione, invece, non consentiva di prendere in considerazione i periodi di contribuzione maturati in un diverso Stato membro quando si trattava di determinare il limite di un terzo dei periodi contributivi che i periodi non contributivi non potevano superare al fine dell'acquisizione del diritto alla pensione di vecchiaia. Anche in questo caso, come già in *Reichel-Albert*, la Corte rileva che l'applicazione della normativa nazionale riserva ai lavoratori dell'Unione che abbiano esercitato il loro diritto alla libera circolazione un trattamento meno favorevole di quello accordato ai lavoratori che non si sono avvalsi di tale diritto. Per tali motivi, i giudici di Lussemburgo ritengono che l'istituzione competente di uno Stato membro, in sede di accertamento del compimento del periodo di assicurazione minimo richiesto dal diritto nazionale ai fini dell'acquisizione del diritto alla pensione di vecchiaia da parte di un lavoratore migrante, è tenuta a prendere in considerazione, nel determinare il limite che i periodi non contributivi non possono superare rispetto ai periodi contributivi, quale previsto dalla normativa di tale Stato membro, tutti i periodi di

(30) Sulla competenza degli Stati membri a determinare le condizioni richieste per la concessione delle prestazioni previdenziali vd. almeno Corte Giust. 20 settembre 1994, causa C-12/93, *Drake*, in *Racc.*, 1994, I, p. 4337, punto 27; Corte Giust. 20 febbraio 1997, cause riunite C-88/95, C-102/95 e C-103/95, *Martínez Losada*, in *Racc.*, 1997, I, p. 869, punto 43; Corte Giust. 20 gennaio 2005, causa C-306/03, *Salgado Alonso*, in *Racc.*, 2005, I, p. 705, punto 27.

(31) Cfr., ad esempio, la già citata sentenza *Salgado Alonso*, punto 31.

assicurazione acquisiti nel corso della vita lavorativa del lavoratore migrante, compresi quelli acquisiti in altri Stati membri.

Con particolare riferimento alle conclusioni cui è giunta la Corte in *Reichel-Albert*, è necessario ricordare che l'art. 44 del Regolamento n. 883/2004 specifica quale periodo debba essere considerato come «periodo di cura dei figli» ai fini pensionistici, stabilendo anche i criteri per determinare quale sistema pensionistico ne debba tener conto qualora la legislazione dello Stato competente non lo prenda in considerazione a detti fini (32). Per periodo di cura dei figli s'intende «qualsiasi periodo accreditato secondo la legislazione pensionistica di uno Stato membro o che fornisce un'integrazione pensionistica espressamente per il fatto che una persona abbia cresciuto un figlio, indipendentemente dalle modalità di calcolo di tali periodi e a prescindere dal fatto che essi siano maturati all'epoca della cura del figlio o siano riconosciuti retroattivamente» (art. 44, comma 1). Lo stesso art. 44, ai commi 2 e 3, disciplina i casi in cui i periodi dedicati alla cura dei figli non sono considerati utili a pensione dalla legislazione dello Stato competente secondo le norme del Titolo II, e prevede che: «Qualora, in base alla legislazione dello Stato membro competente ai sensi del Titolo II del regolamento di base, non siano presi in considerazione i periodi dedicati alla cura dei figli, l'istituzione dello Stato membro la cui legislazione era applicabile ai sensi del Titolo II del regolamento di base alla persona interessata, in quanto esercitava un'attività subordinata o autonoma alla data a decorrere dalla quale, secondo tale legislazione, si è iniziato a prendere in considerazione il periodo dedicato alla cura del figlio in questione, rimane responsabile della presa in considerazione di tale periodo come periodo dedicato alla cura dei figli secondo la propria legislazione, come se il figlio in questione fosse stato cresciuto nel suo territorio. Il paragrafo 2 non trova applicazione se la persona interessata è o diventa soggetta alla legislazione di un altro Stato membro per il fatto che vi eserciti un'attività subordinata o autonoma».

Per quanto riguarda l'applicazione concreta della disposizione, considerato che ciascuno Stato nel determinare i requisiti per accedere alle prestazioni pensionistiche e la tipologia di contribuzione da prendere in considerazione applica le disposizioni previste dalla propria legislazione, nel caso di pensioni da liquidare a carico dell'assicurazione italiana non possono essere presi in considerazione periodi di cura dei figli, non riconosciuti dagli altri Stati membri, che siano per loro natura diversi da quelli previsti dalla

(32) Vd., per ulteriori chiarimenti, la più volte richiamata circolare Inps n. 88 del 2 luglio 2010.

legislazione nazionale (33). Nello specifico, i periodi di cura dei figli considerati utili per il diritto e la misura delle prestazioni pensionistiche in base alla legislazione italiana sono:

- i periodi di congedo parentale (artt. 32 e 33, d.lgs. n. 151/2001);
- i periodi, corrispondenti a quelli che danno luogo al congedo parentale fuori dal rapporto di lavoro, riscattati ai sensi dell'art. 35, comma 5, d.lgs. n. 151/2001;
- i periodi di congedo per la malattia del figlio (art. 47, d.lgs. n. 151/2001).

Con particolare riferimento ai periodi di congedo parentale fuori dal rapporto di lavoro (come pure ai periodi di congedo per maternità di cui all'art. 25, comma 2, d.lgs. n. 151/2001), l'accredito figurativo e il riscatto di tali periodi devono ritenersi preclusi quando i periodi stessi risultino a vario titolo coperti negli ordinamenti pensionistici dei paesi membri; per quanto concerne, invece, l'accredito dei citati periodi coperti da contribuzione nei paesi extraUe convenzionati, occorre valutare ciascuna fattispecie in conformità a quanto previsto dalla convenzione di sicurezza sociale stipulata con ogni singolo Stato (34).

È utile anche ricordare che in Italia le assenze dal lavoro finalizzate all'educazione e all'assistenza dei figli fino al sesto anno di età sono coperte da contribuzione figurativa utile ai fini del trattamento pensionistico (art. 1, comma 40, lett. *a*, legge n. 335/1995). Per contributi figurativi devono intendersi quelli riconosciuti all'assicurato, a fronte di particolari eventi meritevoli di specifica tutela, per i periodi nei quali non è stata svolta attività lavorativa e, quindi, non sono stati effettuati versamenti di contributi obbligatori, pur essendo detti periodi di contribuzione figurativa computati ai fini del calcolo del diritto alla pensione e del relativo importo. La citata norma prevede che, per le pensioni determinate esclusivamente con il sistema di calcolo contributivo, generalizzato dalla riforma pensionistica del 2011 (legge n. 214/2011) per le anzianità contributiva maturate a partire dal 1° gennaio 2012, le assenze dal lavoro finalizzate ai suddetti scopi sono coperte da contribuzione figurativa «in ragione di 170 giorni per ciascun figlio». La stessa norma prevede anche (lett. *b*) un accredito figurativo per assenza dal lavoro per assistenza a figli dal sesto anno di vita affetti da handicap per la durata di 25 giorni complessivi all'anno nel limite massimo complessivo di 24 mesi (35). Tuttavia, tali periodi maturati in Italia,

(33) Circolare Inps n. 107 del 24 luglio 2007.

(34) Circolare Inps n. 71 del 22 maggio 2012.

(35) Tali circostanze risultano confermate dal messaggio Inps n. 219 del 4 gennaio 2013.

stando alla circolare Inps n. 88 del 2010, non possono essere presi in considerazione, ai fini della concessione di una pensione di vecchiaia, come se fossero maturati nel territorio nazionale di un altro Stato membro nel caso di un genitore che ha provveduto all'educazione dei figli e che ha lavorato solo in tale Stato, pur essendo residente in Italia al momento della nascita dei figli.

Per quanto concerne, invece, il periodo di assicurazione minimo richiesto in Italia ai fini dell'acquisizione del diritto alla pensione di vecchiaia, anche in questo caso all'esito delle innovazioni introdotte dalla riforma pensionistica del 2011, la legge richiede, in concorso con un requisito anagrafico (36), un'anzianità contributiva minima di 20 anni, purché il montante contributivo risultante da detta anzianità sia di entità tale da sviluppare un importo non inferiore a 1,5 volte quello dell'assegno sociale (da rivalutare annualmente). È inoltre prevista la possibilità di prescindere da tale importo minimo solo qualora l'assicurato abbia 70 anni di età e abbia comunque maturato un'anzianità contributiva minima effettiva di 5 anni (art. 24, comma 7, legge n. 214/2011). In sede di accertamento del compimento del periodo di assicurazione minimo richiesto dal diritto nazionale ai fini dell'acquisizione del diritto alla pensione di vecchiaia da parte di un lavoratore migrante sarà dunque necessario prendere in considerazione tutti i periodi di assicurazione acquisiti nel corso della sua vita lavorativa, compresi quelli acquisiti in altri Stati membri, specie qualora si tratti di determinare il limite che i periodi non contributivi non possono superare rispetto ai periodi contributivi, qualora tale limite sia previsto dalla normativa di tale Stato membro (peraltro, va rilevato che nella normativa italiana non risulta un limite di questo tipo). Occorre poi tenere presente che, per l'accertamento del requisito dei 5 anni di contribuzione, è possibile prendere in considerazione i periodi esteri solo se relativi a contribuzione effettiva (37).

(36) Per coloro che accedono alla pensione dopo il 1° gennaio 2012, il requisito anagrafico è fissato a 66 anni per i pubblici dipendenti, senza distinzione di sesso, e per i lavoratori maschi del settore privato; a 62 anni, per le lavoratrici dipendenti del settore privato, che però sono assoggettate a un meccanismo di incremento progressivo destinato a portare detta età a 66 anni nel 2018; a 63 anni e 3 mesi, per le lavoratrici autonome, e a 66 anni, per i lavoratori autonomi, con l'assoggettamento al medesimo meccanismo di progressione dell'età pensionabile a 66 anni nel 2018. Inoltre, dal 2021 l'età minima di accesso al trattamento pensionistico salirà, per tutti, a 67 anni.

(37) Circolare Inps n. 119 del 4 ottobre 2012. Al riguardo, deve essere tenuta presente anche la circolare n. 107 del 24 luglio 2007, con cui sono stati chiariti, in relazione ai periodi di assicurazione figurativa estera non utili per il requisito di 35 anni di contribuzione effettiva previsto per il diritto a pensione di anzianità, i mo-

2.3. — *I principi di assimilazione e totalizzazione e il cumulo delle prestazioni familiari* — Quanto alle prestazioni di breve durata, particolarmente interessante è la giurisprudenza della Corte di Giustizia in tema di prestazioni familiari. Ai sensi dell'art. 1, lett. z, del Regolamento n. 883/2004, rientrano nelle prestazioni familiari «tutte le prestazioni in natura o in denaro destinate a compensare i carichi familiari, a esclusione degli anticipi sugli assegni alimentari e degli assegni speciali di nascita o di adozione menzionati nell'Allegato I».

In particolare, buona parte del contenzioso in materia investe questioni connesse al divieto di cumulo delle stesse; fattispecie ora regolata dagli artt. 67 ss. del Regolamento n. 883/2004, che sul punto ha semplificato la disciplina di cui al Regolamento 1408/1971 (art. 76) riunendo in un solo capitolo, l'VIII, le disposizioni applicabili alle varie categorie (lavoratori, pensionati e non attivi), e rafforzando il principio della garanzia del versamento della prestazione di ammontare più elevato, in linea con i parametri a suo tempo fissati per la modernizzazione della disciplina di coordinamento. Giova peraltro ricordare che già l'art. 76 del Regolamento n. 1408/1971 fissava le regole di priorità in caso di cumulo dei diritti a prestazioni familiari a norma della legislazione dello Stato competente e del paese membro di residenza dei familiari – regola ispirata al principio di *favor* nei confronti del lavoratore migrante – sancendo il riconoscimento alla famiglia del trattamento di maggior favore tra quelli dei paesi alla cui legislazione è soggetta.

Per quanto concerne il calcolo delle prestazioni di breve durata, comprensive di quelle familiari, si è già rammentato come operi il principio di integrazione, secondo il quale, ferma restando l'aggregazione, ove necessario, dei periodi assicurativi, il beneficiario è legittimato a ricevere l'intera prestazione dall'ente previdenziale di un solo paese membro, che ne sopporta quindi in via esclusiva il relativo onere economico.

La prima pronuncia da prendere in esame, *Bergström*, concerne l'applicazione, al fine della concessione di una prestazione familiare, del già menzionato principio della assimilazione di prestazioni, redditi, fatti o avvenimenti che si sono prodotti o verificati non in più Stati membri, bensì in uno Stato membro, da un lato, e nella Confederazione elvetica, dall'altro (38). La signora Bergström, cittadina svedese, si era trasferita in Svizzera

tivi per i quali non è possibile prendere in considerazione i periodi esteri figurativi se, secondo la legislazione italiana, è prevista l'utilizzazione dei soli periodi di contribuzione effettiva.

(38) Corte Giust. 15 dicembre 2011, causa C-257/10, *Bergström*, in *Racc.*, 2011, I, p. 13227.

per svolgervi un'attività lavorativa; a far data dalla nascita della figlia, essa era tornata in Svezia dove, a differenza di suo marito, non aveva più esercitato alcuna attività lavorativa per prendersi cura della prole. Essa aveva, quindi, sulla base dei redditi derivanti dalla sua attività professionale in Svizzera, presentato domanda per ottenere un assegno parentale equivalente al livello delle indennità giornaliere di malattia; assegno che le era stato negato sul presupposto che essa non aveva esercitato alcuna attività lavorativa in Svezia nel corso dei 240 giorni precedenti il parto (il che avrebbe fatto sorgere, in capo all'interessata, il diritto alla prestazione), mentre aveva esercitato tale attività per il medesimo periodo in Svizzera. Il giudice del rinvio, al quale si era rivolta la ricorrente, chiedeva quindi alla Corte se la condizione relativa al periodo minimo di assicurazione richiesto per l'erogazione di prestazioni familiari, fondate sui redditi e versate nell'ambito di un congedo parentale, fosse comunque soddisfatta dall'esercizio di un'attività professionale e dal versamento di contributi previdenziali in Svizzera, nonché se i redditi percepiti in Svizzera dovessero essere assimilati a quelli nazionali qualora si valutasse la questione del diritto a prestazioni familiari basate sui redditi e versate nell'ambito di un congedo parentale.

La Corte afferma preliminarmente l'applicabilità, al caso di specie, tanto del Regolamento n. 1408/1971, quanto dell'Accordo tra la Comunità europea e i suoi Stati, da una parte, e la Confederazione elvetica, dall'altra, sulla libera circolazione delle persone. Quindi, e per quanto in questa sede maggiormente rileva, essa afferma che, quando la legislazione di uno Stato membro subordina il beneficio di una prestazione familiare al compimento di periodi di assicurazione, di occupazione o di attività autonoma, l'ente competente dello Stato membro, al fine di erogare la prestazione, è tenuto ad attribuire rilevanza anche ai periodi compiuti integralmente nel territorio svizzero. Tale conclusione è fondata sull'applicazione, anche nel caso di specie, del principio di totalizzazione, sancito tanto dalla normativa di coordinamento (nella versione del 1971, ma pure, come abbiamo visto, in quella del 2004) quanto dall'Accordo con la Svizzera, nonostante che in questo caso i periodi di contribuzione fossero tutti stati versati in un solo Stato membro (secondo i giudici di Lussemburgo non è, in altre parole, fondato ritenere che la nozione di «totalizzazione» presupponga l'esistenza di almeno due periodi di attività compiuti in più Stati membri).

In secondo luogo, la Corte afferma che, qualora l'importo della prestazione familiare debba essere calcolato, come nel caso di specie, secondo le regole delle prestazioni di malattia, tale importo, a favore di una persona che abbia compiuto integralmente i periodi di attività professionale necessari all'acquisizione del diritto in parola nel territorio dell'altra parte con-

traente, deve essere calcolato tenendo conto dei redditi di una persona con esperienza e qualifiche comparabili alle sue, e che eserciti un'attività comparabile nel territorio dello Stato membro in cui è richiesta la prestazione medesima.

La circolare Inps n. 86/2010 ha specificato che le prestazioni familiari previste dalla legislazione italiana, cui sono applicabili le disposizioni europee di coordinamento, riguardano sia l'assegno per il nucleo familiare ai lavoratori dipendenti, pensionati, titolari di prestazioni previdenziali derivanti da lavoro dipendente, lavoratori parasubordinati, lavoratori agricoli e domestici, sia gli assegni familiari e le quote di maggiorazione. Considerate le competenze dell'Istituto, si tratta unicamente di prestazioni in denaro (39). Anche con riferimento a tali prestazioni operano dunque i connessi principi di assimilazione e di totalizzazione, e ciò altresì nel caso di attività lavorative prestate da un cittadino dell'Unione in uno dei tre paesi che, pur non essendo membri dell'Unione, hanno aderito all'Accordo sullo spazio economico europeo (Islanda, Liechtenstein, Norvegia) oppure in Svizzera, in virtù del già citato Accordo tra la Comunità europea, i suoi Stati membri e la Confederazione svizzera (40). Giova, peraltro, ricordare che, con particolare riferimento ai paesi See, solo dal 1° giugno 2012 è stata prevista l'applicazione della nuova disciplina di coordinamento, mentre prima di tale data continuavano a trovare applicazione le disposizioni contenute nei Regolamenti nn. 1408/1971 e 574/1972 (41). A decorrere dal 1° aprile 2012, inoltre, i nuovi regolamenti di sicurezza sociale si applicano anche alla Confederazione svizzera (42). L'Istituto della totalizzazione, quindi, troverà applicazione anche nel caso in cui un cittadino italiano abbia prestato la sua attività lavorativa esclusivamente in uno dei suddetti paesi, e abbia poi chiesto la prestazione familiare in Italia, ora secondo la disciplina dettata dal Regolamento n. 883/2004.

Con particolare riferimento alla disciplina nazionale in materia di assegni al nucleo familiare, va segnalato che l'Inps è intervenuto fornendo al-

(39) In tal senso, cfr. anche la circolare Inps n. 86 del 2 luglio 2010. L'Allegato I del Regolamento n. 883/2004, come modificato dal Regolamento n. 988/2009, indica le prestazioni non considerate prestazioni familiari e, per l'Italia, non vi è indicata alcuna prestazione (lett. a, punti 1 e 2).

(40) Con particolare riferimento a tale Accordo rinviamo a S. Giubboni, *Problemi applicativi del Regolamento n. 1408/1971 in tema di parità di trattamento previdenziale in Italia*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, III, spec. pp. 30-31.

(41) Circolari Inps n. 77 del 6 giugno 2012 e nn. 110 e 111 del 14 settembre 2012.

(42) Circolari Inps n. 70 del 22 maggio 2012 e nn. 110 e 111 del 14 settembre 2012.

cuni chiarimenti allo scopo di garantire un migliore coordinamento delle disposizioni nazionali con le norme previste dai regolamenti (43). In primo luogo, l'Istituto ha affermato che, nel caso di genitori naturali, per poter attribuire il diritto alla percezione del trattamento di famiglia per i figli è necessario fondarsi sul criterio di convivenza con la prole (art. 30, comma 3, d.lgs. n. 198/2006), e che, conformemente all'art. 1, comma 3, del Regolamento n. 883/2004, tale condizione si considera soddisfatta se l'interessato è «sostanzialmente a carico» della persona assicurata. Pertanto, ogniquale volta la condizione della residenza non si verifichi nei fatti, la stessa si dovrà considerare soddisfatta se l'interessato è sostanzialmente a carico della persona assicurata, e ciò a prescindere dalla residenza in Italia o in uno dei paesi dell'Unione dei familiari coinvolti. In secondo luogo, l'Inps ha ricordato che, ove il coniuge affidatario o il genitore naturale convivente con la prole prestino attività lavorativa ovvero siano disoccupati o pensionati, essi non possono far valere il proprio diritto agli assegni familiari in connessione con il rapporto tutelato dell'altro coniuge, e ciò neppure nei casi in cui tale scelta possa consentire loro un trattamento migliore (cd. criterio della posizione tutelata) (44). Tuttavia, nei casi in cui gli assicurati o i pensionati abbiano diritto all'erogazione della prestazione in base alle legislazioni di più Stati membri, si dovrà procedere alla disapplicazione del criterio della posizione tutelata in tutti i casi in cui, da tale applicazione, scaturisca un conflitto con le norme europee che impongono il rispetto delle regole di priorità in caso di cumulo, sulle quali torneremo a breve. Infine, posto che il genitore naturale convivente con la prole e non titolare di una propria posizione tutelata può usufruire dell'assegno per il nucleo familiare in relazione al rapporto di lavoro dell'altro genitore (45), si sancisce che l'erogazione dei trattamenti di famiglia potrà avvenire sia dietro presentazione della domanda da parte del genitore naturale non convivente (come già previsto), sia, in alternativa, nel caso in cui il diritto non sia stato azionato dal titolare della contribuzione, dietro presentazione della richiesta da parte del genitore convivente privo di posizione tutelata (sempre che, ovviamente, l'erogazione del trattamento non sia già stata effettuata o richiesta dall'altro genitore).

Nelle cause riunite *Hudzinski e Wawrzyniak* (46) si discuteva, invece, della possibilità che uno Stato diverso da quello competente concedesse

(43) Circolare Inps n. 104 del 6 agosto 2012.

(44) Circolare Inps n. 85 del 12 febbraio 1977.

(45) Circolare Inps n. 36 del 19 marzo 2008.

(46) Corte Giust. 12 giugno 2012, cause riunite C-611/10 e C-612/10, *Hudzinski e Wawrzyniak*, non ancora pubblicata in *Racc.*

prestazioni familiari a beneficio dei familiari di soggetti che ivi svolgevano la loro prestazione lavorativa, senza che ciò si ponesse in contrasto con la normativa nazionale anticumulo. Si è già detto che uno dei principi cardine della disciplina di coordinamento sancisce la cumulabilità dei periodi contributivi diacronici (art. 6, Regolamento n. 883/2004). Il rovescio della medaglia del principio di totalizzazione è rappresentato dal divieto di cumulo delle prestazioni (art. 10), in forza del quale non è consentito (salvo disposizioni contrarie) fruire di varie prestazioni di uguale natura relative a uno stesso periodo di assicurazione obbligatoria (né, con particolare riferimento alle prestazioni familiari, per gli stessi familiari). In altre parole, se è legittimo il cumulo dei periodi assicurativi diacronici, lo stesso non può dirsi per quelli sincronici, per i quali vige un generale divieto nel caso in cui si tratti di prestazioni della stessa natura. La *ratio* della norma è evidente: si vuole evitare che il lavoratore migrante possa conseguire, a motivo delle differenti discipline nazionali, un ingiustificato cumulo di prestazioni della stessa natura (47). Oltre a ciò, la normativa di coordinamento si dedica anche a regolare le ipotesi di coesistenza di prestazioni riferibili a periodi assicurativi diversi, e a convalidare le discipline nazionali sulle regole anticumulo. In particolare, la necessità di coordinare il principio in esame con le diverse discipline nazionali anticumulo ha comportato un'intensa opera adeguatrice, da un lato, della giurisprudenza della Corte, a partire dalla sentenza *Petroni* (48), e, dall'altro, del legislatore europeo (basti pensare al Regolamento n. 1248/1992), il cui esito, di notevole complessità tecnica, consiste nell'ammettere le clausole nazionali anticumulo, purché esse operino nel rispetto dei principi europei relativi al calcolo in regime di totalizzazione e ripartizione *pro rata* delle prestazioni (49). Ed è a valle di tale evoluzione che si colloca la sentenza in commento.

I signori Hudzinski e Wawrzyniak, cittadini polacchi ivi residenti, svolgevano un'attività lavorativa in Polonia, rispettivamente di natura au-

(47) L'art. 53, comma 1, del Regolamento n. 883/2004 le identifica con tutti i cumuli di prestazioni d'invalidità, di vecchiaia e per i superstiti calcolate o erogate in base ai periodi d'assicurazione e/o residenza, maturati da una stessa persona.

(48) Corte Giust. 21 ottobre 1975, causa C-24/75, *Petroni*, in *Racc.*, 1975, p. 1149, la cui portata fu precisata dalla stessa Corte nella medesima direzione che in seguito sarebbe stata seguita dal legislatore europeo: cfr., ad esempio, Corte Giust. 14 marzo 1978, causa C-83/77, *Naselli*, in *Racc.*, 1978, p. 683; Corte Giust. 15 settembre 1983, causa C-279/82, *Jerzak*, in *Racc.*, 1983, p. 2603.

(49) Corte Giust. 13 ottobre 1977, causa C-22/77, *Mura*, in *Racc.*, 1977, p. 1699; Corte Giust. 13 marzo 1986, causa C-296/84, *Sinatra*, in *Racc.*, 1986, p. 1047.

tonoma e subordinata, e risultavano quindi coperti dal sistema previdenziale di tale Stato. Successivamente, il primo veniva occupato in Germania per quattro mesi come lavoratore stagionale presso un'impresa orticola, e il secondo nello stesso paese per dieci mesi come lavoratore distaccato. Per tali periodi, entrambi venivano interamente assoggettati all'imposta sui redditi in Germania. Sempre per tali periodi, entrambi avevano fatto richiesta del versamento di prestazioni per i figli a carico, residenti in Polonia, secondo la legislazione tedesca, pur risultando la Polonia lo Stato competente *ex artt. 14-bis*, comma 1, lett. *a*, e 14, comma 1, lett. *a*, del Regolamento n. 1408/1971 (in entrambi i casi operavano, difatti, alcune delle già richiamate eccezioni al principio della *lex loci laboris*, sia pure nelle formulazioni di cui al Regolamento del 1971, relative, rispettivamente, alla «persona che di norma esercita un'attività autonoma nel territorio di uno Stato membro e svolge un lavoro nel territorio di un altro Stato», «purché la durata prevedibile di tale lavoro non sia superiore a dodici mesi», e alla «persona che esercita un'attività subordinata nel territorio di uno Stato membro presso un'impresa dalla quale dipende normalmente ed è distaccata da questa impresa nel territorio di un altro Stato membro per svolgervi un lavoro per conto della medesima», «a condizione che la durata prevedibile di tale lavoro non superi i dodici mesi e che essa non sia inviata in sostituzione di un'altra persona giunta al termine del suo periodo di distacco»). Tuttavia, la concessione di tali prestazioni familiari era stata rifiutata. Il giudice investito del ricorso proposto dai ricorrenti decideva quindi di sospendere il giudizio e di sollevare alcune questioni pregiudiziali di fronte alla Corte. In particolare, esso intendeva sapere se le citate disposizioni di diritto europeo, che sanciscono eccezioni al principio della *lex loci laboris*, ostassero alla concessione, da parte di uno Stato membro non designato come competente, di prestazioni per figli a carico conformemente al suo diritto nazionale a un lavoratore emigrante che svolgesse un lavoro temporaneo sul suo territorio, e ciò anche qualora venisse accertato, in primo luogo, che il lavoratore di cui trattasi non aveva subito alcuno svantaggio sul piano giuridico per aver esercitato il suo diritto alla libera circolazione, avendo conservato il suo diritto a prestazioni familiari della stessa natura nello Stato membro competente, e, in secondo luogo, che né tale lavoratore né il figlio per il quale veniva richiesta la prestazione familiare risiedessero abitualmente nel territorio dello Stato membro in cui era stato svolto il lavoro temporaneo.

La Corte, dopo aver ribadito che la legislazione applicabile è quella polacca, in forza del principio della *lex loci domicilii*, muove, per risolvere le questioni a essa sottoposta, da quanto affermato nella sentenza

Bosmann (50), e in particolare dalla considerazione che lo Stato membro di residenza, pur non essendo quello competente, non può essere privato della facoltà di concedere prestazioni familiari alle persone residenti sul suo territorio. Non sono considerate a tal fine rilevanti le circostanze né che il lavoratore migrante abbia mantenuto il suo diritto a prestazioni familiari della stessa natura nello Stato competente, e quindi che egli non sia decaduto da diritti a prestazioni previdenziali né che abbia subito una riduzione dell'importo delle medesime per aver esercitato il diritto alla libera circolazione, poiché in tal caso la concessione delle prestazioni da parte dello Stato non competente contribuisce al miglioramento del tenore di vita e delle condizioni lavorative del lavoratore migrante, senza per ciò solo pregiudicare le finalità della normativa di coordinamento (che difatti non vieta agli Stati membri di attribuire ai lavoratori migranti e ai loro familiari una tutela previdenziale più ampia di quella che deriva dall'applicazione del regolamento stesso); né, tantomeno, che il lavoratore e il figlio a favore del quale viene chiesta la prestazione non siano residenti nello Stato membro non competente, dal momento che il collegamento con il territorio di tale ultimo Stato consiste già nell'assoggettamento integrale all'imposta sui redditi tratti dal lavoro temporaneo effettuato in tale Stato. Per tali motivi, la Corte afferma la compatibilità, rispetto alle disposizioni di diritto europeo che sanciscono eccezioni al principio della *lex loci laboris*, della concessione delle prestazioni familiari da parte dello Stato non competente.

La questione ulteriore verte, in particolare, sulla compatibilità della disciplina tedesca, che esclude il diritto alle prestazioni per figli a carico qualora una prestazione equiparabile debba (o anche solo dovrebbe, se venisse presentata una richiesta in tal senso) essere erogata in un altro Stato membro, rispetto alle norme anticumulo di cui all'art. 76 del Regolamento n. 1408/1971 (fattispecie ora regolata, come già si ricordava, dagli artt. 67 ss. del Regolamento n. 883/2004), sulle quali ci siamo già soffermati. La Corte afferma che la norma di diritto nazionale in questione contrasta con le norme europee anticumulo nei limiti in cui comporta non una diminuzione dell'importo della prestazione a concorrenza di quello di una prestazione equiparabile percepita dallo Stato competente, bensì l'esclusione di tale prestazione. Il notevole svantaggio per il lavoratore migrante e la sua famiglia derivante dall'applicazione della norma nazionale che esclude la concessione della prestazione familiare, infatti, si pone in contrasto con i

(50) Corte Giust. 20 maggio 2008, causa C-352/06, *Bosmann*, in *Racc.*, 2008, I, p. 3827.

requisiti del diritto primario dell'Unione in materia di libera circolazione dei lavoratori.

Dalle affermazioni della Corte si può desumere che neppure l'Italia, nei casi in cui essa sia identificabile come Stato di residenza, pur non essendo quello competente, possa essere privata della facoltà di concedere prestazioni ai familiari delle persone che, pur non essendo ivi residenti, possano comunque dimostrare un collegamento con il suo territorio, e ciò neppure qualora il lavoratore migrante abbia mantenuto il suo diritto a prestazioni familiari della stessa natura nello Stato competente. Peraltro, dopo aver previsto all'art. 67 che, al fine di accertare il diritto di una persona che risiede in uno Stato membro alle prestazioni per i familiari residenti in un altro Stato membro, ciascuno Stato deve considerare i familiari come se fossero residenti nel proprio territorio, il Regolamento n. 883/2004 all'art. 68 detta le regole di priorità in caso di cumulo di prestazioni familiari, allo scopo di individuare la legislazione applicabile in via prioritaria e in via sussidiaria, distinguendo a seconda che il diritto alle prestazioni sia conferito negli Stati membri a titolo diverso o allo stesso titolo, garantendo comunque che all'interessato sia garantito l'importo più alto fra quelli spettanti in ciascuno Stato (51). La normativa italiana, inoltre, non pare escludere il diritto agli assegni familiari qualora una prestazione equiparabile debba essere erogata in un altro Stato membro; essa, sotto questo punto di vista, non si pone in contrasto, diversamente dall'omologa disciplina tedesca, rispetto alla normativa europea sulla libera circolazione dei lavoratori.

Un'ultima sentenza di cui è necessario dare conto è *Pérez Garcia* (52), che concerne ancora la possibilità, per il lavoratore migrante, di cumulare più prestazioni familiari, erogate da diversi Stati membri. Il signor Pérez Garcia, come gli altri attori della causa principale, era un cittadino spagnolo, ivi residente, che aveva lavorato in Germania come lavoratore migrante, ed era poi divenuto titolare di una pensione di vecchiaia (in altri casi, si trattava di pensione di invalidità) sia in Germania che in Spagna. Essendo genitore di un figlio disabile maggiorenne, aveva ricevuto la prestazione spagnola non contributiva per i disabili (ma non la prestazione spagnola per figli a carico poiché, trattandosi di due prestazioni incompatibili per l'ordinamento spagnolo, aveva optato per la prima). Egli aveva, quindi, richiesto ai competenti enti tedeschi la prestazione per figli a carico prevista in tale Stato, che tuttavia gli era stata rifiutata in considerazione del fatto

(51) Si veda, sul punto, la circolare Inps n. 86 del 2 luglio 2010.

(52) Corte Giust. 20 ottobre 2011, causa C-225/10, *Pérez Garcia*, in *Racc.*, 2011, I, p. 10111.

che egli avrebbe avuto diritto, in Spagna, a prestazioni familiari di importo più elevato.

Il giudice del rinvio, investito della questione, chiede alla Corte se gli artt. 77 e 78 del Regolamento n. 1408/1971, relativi alle prestazioni per figli a carico di titolari di pensioni o di rendite, nonché alle prestazioni per orfani, consentano ai titolari di pensione di vecchiaia e/o di invalidità, soggetti alla normativa di diversi Stati membri, ma i cui diritti a pensione sono basati solo sulla legislazione dello Stato di occupazione, di reclamare integralmente presso le competenti autorità di detto Stato gli assegni familiari previsti da tale legislazione a favore dei figli disabili anche qualora non abbiano chiesto, nello Stato membro di residenza, il beneficio di analoghi assegni, di importo più elevato, previsti dalla normativa di quest'ultimo Stato, per il fatto che essi hanno optato per la concessione di un'altra prestazione per disabili che è con essi incompatibile, allorché il diritto agli assegni familiari nel precedente Stato membro di occupazione è stato acquisito solo in forza della normativa di quest'ultimo.

La Corte preliminarmente rileva che, mentre sia la prestazione tedesca che quella spagnola per figli a carico sono riconducibili alla nozione di «assegni familiari», e quindi rientrano nell'ambito di applicazione degli artt. 77 e 78, la prestazione spagnola non contributiva per disabili è, invece, annoverabile fra le prestazioni speciali a carattere non contributivo, in quanto tale non rientrante nel campo di applicazione di detti articoli. Essa, poi, chiarisce che la regola sancita da tali disposizioni del regolamento, secondo cui lo Stato membro di residenza è designato come l'unico competente a concedere gli assegni familiari, non può trovare applicazione nel caso di specie poiché, secondo una consolidata giurisprudenza, non si può ritenere che il diritto a percepire tali assegni sia stato «ivi acquisito», dal momento che tali prestazioni non possono essere richieste dagli interessati che hanno optato per un'altra prestazione la cui concessione esclude il pagamento di detti assegni (53). Di conseguenza, la Corte afferma che il precedente Stato membro di occupazione non possa rifiutarsi di versare agli interessati gli assegni familiari, acquisiti solo in forza della legislazione di detto Stato, solo per il motivo che tali interessati avrebbero potuto richiedere il

(53) Per poter considerare gli assegni familiari come «acquisiti» ai sensi della legislazione di uno Stato membro, difatti, la Corte richiede che la legislazione di tale Stato riconosca il diritto al versamento di prestazioni a favore del familiare che lavora o che ha lavorato in tale Stato, e le prestazioni sarebbero quindi dovute in forza di detta legislazione: Corte Giust. 20 aprile 1978, causa C-134/77, *Ragazzoni*, in *Racc.*, 1978, p. 963, punto 8; Corte Giust. 13 novembre 1984, causa C-191/83, *Salzano*, in *Racc.*, 1984, p. 3741, punto 7.

beneficio di assegni familiari di importo più elevato nel loro Stato membro di residenza; e lo stesso accade qualora, in forza della normativa dello Stato membro di residenza, gli interessati non siano in grado di optare per il pagamento degli assegni familiari in tale Stato.

Le affermazioni della Corte rilevano anche per l'ordinamento italiano, dal momento che neppure le competenti istituzioni nazionali potranno rifiutarsi di concedere le prestazioni familiari trincerandosi dietro una meccanica applicazione della normativa di coordinamento, che designa lo Stato di residenza del titolare della pensione come l'unico competente a erogare tali prestazioni. Difatti, solo quando il diritto alle prestazioni è acquisito in virtù della legislazione dello Stato membro di residenza, questo può essere effettivamente individuato come il solo Stato competente. In particolare, il diritto alle prestazioni familiari non può essere considerato come acquisito in uno Stato membro qualora il richiedente abbia ivi optato per la concessione di una prestazione non contributiva di invalidità, il cui beneficio esclude automaticamente la possibilità di beneficiare anche delle prestazioni familiari. I lavoratori migranti e i relativi familiari hanno, quindi, in tale ipotesi, diritto a ottenere le prestazioni familiari da parte del precedente Stato di occupazione. L'applicazione del principio della competenza sussidiaria dello Stato di occupazione, diverso da quello di residenza, consente di evitare il rischio del cumulo delle prestazioni, e nel contempo non priva gli interessati dei loro diritti. Inoltre, questa soluzione offre indirettamente agli assicurati la possibilità di optare, fra le legislazioni nazionali rispetto alle quali possano dimostrare un certo collegamento, quella che offre le condizioni più vantaggiose.

ABSTRACT

Il saggio ricostruisce le più recenti linee interpretative tracciate dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia con riferimento ai diversi aspetti della disciplina europea di coordinamento dei regimi nazionali di sicurezza sociale, di cui ai Regolamenti n. 1408/1971 e n. 883/2004.

THE EUROPEAN REGULATIONS ON COORDINATION OF SOCIAL SECURITY SYSTEMS:
RECENT CASE LAW OF THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE

The article deals with the evolution of the case law of the European Court of Justice on coordination of social security systems in Europe (Regulations n. 1408/1971 and n. 883/2004), with particular emphasis on recent judgements.

Stella Laforgia (*)

L'ACCORDO INTERCONFEDERALE DEL 10 GENNAIO 2014
E LE «NUOVE» RSU (**)

«La frammentazione del tessuto produttivo e la sua maggiore complessità impedisce di riproporre un disegno strategico che faccia perno su un'unica figura sociale egemone o su un generico solidarismo e impone la strada più difficile della sua costruzione attraverso un processo di sintesi – che va tessuto e ritessuto giorno per giorno – degli interessi diversi dei diversi gruppi».

M.G. Garofalo
Osservazioni sulla democrazia sindacale
Lav. dir., 1988, p. 278

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. L'introduzione delle Rsu con il Protocollo del 1993: le ragioni della scelta. — 2.1. Le caratteristiche delle Rsu del Protocollo del 1993. — 3. Il mutamento di «scenario»: le ragioni del cambiamento. — 3.1. Le vicende Fiat e la sentenza n. 231/2013 della Corte costituzionale. — 3.2. L'art. 8 della legge n. 148 del 14 settembre 2011. — 3.3. L'A.I. del 10 gennaio 2014. — 4. Le caratteristiche delle Rsu dell'A.I. del 10 gennaio 2014. — 4.1. Il rafforzamento del vincolo elettorale: la ripartizione dei seggi secondo il criterio proporzionale e il principio di maggioranza nelle decisioni. — 4.2. Il rafforzamento del vincolo associativo: la decadenza a seguito del «cambio di casacca».

1. — *Premessa* — L'Accordo interconfederale del 10 gennaio 2014 (d'ora innanzi A.I. 2014) preceduto dal Protocollo d'intesa del 31 maggio 2013 (d'ora innanzi P.I. 2013) porta a compimento il processo di riforma del sistema di relazioni sindacali di cui struttura e regole erano state definite dall'Accordo interconfederale del 20 dicembre 1993.

Questo percorso, inaugurato con l'approvazione, il 12 maggio 2008, delle Linee di riforma della struttura della contrattazione collettiva a firma di Cgil, Cisl e Uil, segnato da discontinuità e strappi, si compone di una serie di Accordi bilaterali tra le parti sociali senza l'intervento del

(*) Ricercatrice di Diritto del lavoro presso l'Università di Bari «Aldo Moro».

(**) Il presente contributo è destinato agli *Studi in memoria di Mario Giovanni Garofalo*.

soggetto pubblico, sancendo così la fine o, quantomeno, la sospensione del modello concertativo.

Si fa riferimento all'Accordo quadro 28 gennaio 2009 e all'Accordo interconfederale di attuazione del 15 aprile 2009, entrambi sottoscritti senza la Cgil, all'Accordo interconfederale 28 giugno 2011 e infine, a conclusione di questa non lineare successione, appunto al P.I. 2013 all'A.I. 2014 (1).

Il presente contributo si prefigge di analizzare quest'ultimo accordo, focalizzando l'attenzione sulla parte II del medesimo dedicata alla regolamentazione delle rappresentanze sindacali in azienda.

Invero, si tratta di una parte nella quale le modifiche non appaiono sostanziali ma piuttosto di dettaglio. Infatti, vi è coincidenza con molte delle disposizioni del Protocollo del 1993 e, tuttavia, l'indicata prospettiva può risultare interessante dal momento che i dettagli possono essere talvolta, come in questo caso, assai indicativi del quadro generale.

Inoltre, dalle modifiche alla preesistente disciplina sulle rappresentanze nei luoghi di lavoro traspaiono, da un lato, le molte tensioni che hanno attraversato le relazioni sindacali negli ultimi anni e, dall'altro, il cambiamento che le parti hanno voluto imprimere in particolare alle Rsu che, nel corso del tempo, hanno assunto un ruolo sempre più centrale.

Per tentare di «leggere» e comprendere appieno il segno delle modifiche apportate all'impianto originario delle Rsu, è necessario partire dalle ragioni alla base della scelta effettuata nel Protocollo del 1993.

2. — *L'introduzione delle Rsu con il Protocollo del 1993: le ragioni della scelta* — Le parti sociali, a partire dagli inizi degli anni ottanta, si sono trovate a fronteggiare una crisi dentro e fuori i luoghi di lavoro che in realtà coinvolgeva, più in generale, il vecchio sindacalismo fondato sul modello industriale (2).

Le cause di questa crisi erano molteplici e di ordine diverso.

(1) Ricostruiscono questo percorso: P. Tosi, *Gli assetti contrattuali tra tradizione e innovazione*, in *Arg. dir. lav.*, 2013, I, pp. 506 ss.; A. Viscomi, *Prime note sul Protocollo 31 maggio 2013*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, I, pp. 769 ss.; V. De Stefano, S. Liebman, *Le clausole che regolano la trattativa sindacale nel Protocollo d'intesa del 31 maggio 2013: l'occasione per una ricostruzione diacronica*, in *Arg. dir. lav.*, 2013, n. 5, I, pp. 737 ss.; F. Carinci, *Adelante Pedro, con juicio: dall'Accordo interconfederale 28 giugno 2011 al Protocollo d'intesa del 31 maggio 2013 (passando per la «riformulazione costituzionale» dell'art. 19, lettera b, Stat. lav.)*, in *Dir. rel. ind.*, 2013, n. 3, pp. 598 ss.

(2) A. Accornero, *La parabola del sindacato*, il Mulino, Bologna, 1992, pp. 13 ss.; B. Veneziani, *Il sindacato dalla rappresentanza alla rappresentatività*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1989, pp. 373 ss.

Innanzitutto, già sul finire degli anni settanta, si erano verificate rilevanti trasformazioni del sistema produttivo sul quale incidevano l'innovazione tecnologica e i processi di automazione, la terzizzazione e il declino del primato dell'industria medio-grande, i fenomeni di decentramento/delocalizzazione. A questi rivolgimenti si accompagnava il conseguente superamento del modello organizzativo tayloristico e la segmentazione della forza lavoro in gruppi di interesse sempre più diversificati, talvolta in conflitto tra loro. In altri termini, si era superato quell'archetipo di lavoratore (adulto-maschio, dipendente di un'impresa medio-grande a tempo pieno e indeterminato, unico «portatore di pane» della famiglia) che aveva costituito il punto di riferimento del sindacalismo tradizionale.

Le organizzazioni confederali storiche faticavano, perciò, a sintetizzare i nuovi ed eterogenei interessi che irrompevano sulla scena e, contestualmente, si affermavano organizzazioni sindacali autonome, capaci di esprimere un elevato grado di conflittualità e svincolate da legami di solidarietà con il resto del mondo del lavoro (3).

Si manifestava, così, in modo drammatico la crisi della rappresentatività del sindacato sempre meno in grado di unificare i comportamenti dei lavoratori.

L'incapacità del sindacato a farsi rappresentazione di tutte le aspirazioni dei lavoratori provocava al proprio interno lo scollamento tra base e vertici e, quindi, poneva l'ulteriore problema del consenso: *quel consenso che condiziona la distribuzione del potere tra corpi sociali e all'interno degli stessi* (4).

Tutte queste problematiche si riflettevano in maniera altrettanto accentuata all'interno dei luoghi di lavoro laddove, sin dalla fine degli anni sessanta, vi erano i Consigli di fabbrica travolti anch'essi da questo moto disgregante.

Dopo diversi tentativi, la mediazione sulle rappresentanze sindacali nei luoghi di lavoro – il cui rapporto con le organizzazioni sindacali esterne è sempre molto delicato – è arrivata con il Protocollo del 23 luglio 1993 che ha introdotto le Rsu, regolate dettagliatamente dall'Accordo stipulato il successivo 23 dicembre da Cgil, Cisl, Uil e Confindustria (5).

(3) G. Giugni, *Diritto sindacale*, Cacucci, Bari, 2014, p. 90.

(4) B. Veneziani, *op. ult. cit.*, p. 373.

(5) E. Manganiello, *Verso l'istituzionalizzazione della rappresentanza sindacale: la disciplina negoziale delle rappresentanze sindacali unitarie*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1997, I, pp. 431 ss.; M. Napoli, *Questioni di diritto del lavoro (1992-1996)*, Giappichelli, Torino, 1996, pp. 393 ss.; G. Ferraro, *Rappresentanze sindacali aziendali*, in *Digesto sez. comm.*, IV, Utet, Torino, 1996, pp. 65 ss.; G. Ferraro, *Morfologia e funzioni delle nuove rappresentanze aziendali nell'Accordo interconfederale del dicembre 1993*, in *q. Riv.*,

Infatti, con l'art. 19 Stat. lav., il legislatore non aveva regolato la rappresentanza nei luoghi di lavoro prescrivendone forma e struttura ma si era limitato, invece, a identificare le Rsa titolari dei diritti del Capo III dello Statuto medesimo che è appunto legge di sostegno all'azione sindacale e non già di regolazione di esse.

2.1. — *Le caratteristiche delle Rsu del Protocollo del 1993* — L'Accordo interconfederale del 1993 interveniva proprio a disciplinare le rappresentanze sindacali in azienda.

A questo proposito, le parti dovevano scegliere tra il sistema a canale doppio e quello a canale unico. Nel primo caso, nell'azienda vi sono due organismi – uno elettivo (aperto a tutti i lavoratori) e l'altro a carattere associativo (basato sulle deleghe) – che svolgono, rispettivamente, funzioni di consultazione/informazione e negoziale; nel secondo caso, invece, sia all'interno sia all'esterno dei luoghi di lavoro, vi è una sola tipologia di rappresentanza che ha carattere sindacale/associativa e svolge tutte le funzioni indicate (6).

Ebbene, con le Rsu si realizza(va) un compromesso tra canale unico e canale doppio di rappresentanza; infatti, benché forme di rappresentanza uniche ed elettive, esse mantenevano un forte collegamento con le associazioni sindacali esterne.

Si era così rifiutato il modello di rappresentanza duale in favore di una rappresentanza unica alla quale potevano concorrere tutti i lavoratori che conferivano mandato elettorale e che poteva essere promossa contestualmente da tutte (o quasi tutte) le associazioni sindacali presenti in azienda.

Tuttavia, il carattere eminentemente elettivo delle Rsu veniva temperato dalla previsione, nell'attribuzione dei seggi, della riserva di un terzo a favore delle associazioni sindacali firmatarie del contratto collettivo applicato in azienda.

Non solo, ma, mentre i primi seggi erano attribuiti a coloro che avevano avuto più voti di preferenza, per l'altro seggio vigeva il meccanismo della cooptazione: il sindacato che presentava la lista poteva decidere chi designare nella copertura del seggio che gli spettava anche se questi non fosse

1995, I, pp. 211 ss.; L. Mariucci, *Poteri dell'imprenditore, rappresentanze sindacali unitarie e contratti collettivi*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1995, pp. 203 ss.; P. Ichino, *Riflessioni sulle rappresentanze sindacali aziendali*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1995, I, pp. 393 ss.; E. Ghera, P. Bozzao, *La rappresentanza sindacale nei luoghi di lavoro (1970-1993)*, Sipi, Roma, 1994; da ultimo, B. De Mozzi, *La rappresentanza sindacale in azienda: modello legale e modello contrattuale*, Cedam, Padova, 2012.

(6) G. Giugni, *op. ult. cit.*, p. 85.

stato incluso nella lista (art. 2, parte I: «Il residuo terzo viene assegnato alle liste presentate dalle associazioni sindacali firmatarie del contratto collettivo nazionale di lavoro applicato nell'unità produttiva, e alla sua copertura si procede, mediante elezione o designazione, in proporzione ai voti ricevuti»).

Il «terzo bloccato» e il temperamento del meccanismo elettorale «puro» erano stati introdotti per favorire le Confederazioni sindacali preoccupate di vedere compromesso il loro peso nell'ambito delle relazioni industriali (preoccupazione nei fatti risultata infondata) e perseguivano anche il non secondario obiettivo della maggiore uniformità tra i soggetti contrattuali e, quindi, tra i diversi livelli della contrattazione collettiva.

Tanto più che all'investitura elettorale si accompagnava la piena titolarità a negoziare *ex art.* 5 del Protocollo del 1993: «La Rsu e le competenti strutture territoriali delle associazioni sindacali firmatarie del contratto collettivo nazionale di lavoro possono stipulare il contratto collettivo aziendale di lavoro nelle materie, con le procedure, modalità e nei limiti stabiliti dal contratto collettivo nazionale applicato nell'unità produttiva». Era questa, invero, la prerogativa più significativa riconosciuta alle Rsu, benché si trattasse di una competenza coordinata e concorrente con quella delle organizzazioni sindacali «esterne» e delimitata da criteri fissati a livello nazionale.

Dunque, le Rsu, come concepite originariamente, rispondevano alle esigenze delle parti sociali che nel disegnare un nuovo assetto delle relazioni sindacali e della struttura contrattuale le avevano concepite e regolate come un organismo di natura elettiva, in grado perciò di rappresentare gli interessi dei lavoratori interni all'azienda ma, al tempo stesso, fortemente collegate e coordinate con le associazioni sindacali esterne. Esse, infatti, hanno assicurato un'ampia partecipazione dei lavoratori e, quindi, di consenso – attese le alte percentuali di partecipazione alle elezioni – senza, tuttavia, inficiare l'associazionismo sindacale (7).

3. — *Il mutamento di «scenario»: le ragioni del cambiamento* — Dal Protocollo del 1993 a quello del 31 maggio 2013 sono intercorsi vent'anni nei quali si sono verificati eventi di notevole rilievo che hanno evidentemente permeato il porosissimo tessuto delle relazioni sindacali; senza scendere nel dettaglio, ci si limita a sottolineare che essi ormai trascendono il contesto nazionale. Infatti, una delle differenze principali rispetto al Protocollo del 1993 è data dalla «scala» mondiale dei fenomeni che fanno da sfondo al Protocollo del 2013, a causa della cd. globalizzazione: questio-

(7) In questo senso, L. Zoppoli, *Le nuove rappresentanze sindacali unitarie e il gat-topardo democratico*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 204/2014, pp. 5 ss.

ne questa troppo complessa per poter essere racchiusa in una così sintetica formula che ha, però, un innegabile e immediato potere evocativo.

Ebbene, tutte le dinamiche economiche, produttive e sociali nazionali vengono così amplificate, divenendo spesso ingovernabili come dimostrano l'egemonia incontrastata del capitalismo finanziario, il forte *dumping* sociale, la crisi economica e occupazionale (8).

La successione, poi, in Italia, in quest'ultimo ventennio di governi che non possono definirsi proprio *pro labour* ha inciso sulle relazioni industriali, ridotte sempre più a relazioni bilaterali tra le parti sociali con l'assenza pressoché totale del soggetto pubblico se non come parte, come nel caso dell'A.I. 2011 (9).

Il governo ha, in fondo, alimentato focolai aperti, dando la spallata finale alle organizzazioni sindacali storiche impreparate a governare i cambiamenti in atto, salvo coinvolgere le stesse in un ruolo istituzionale (nella gestione delle eccedenze del personale o della flessibilità in entrata e in uscita) che le ha esposte inevitabilmente alla perdita di consenso già fortemente avvertita a causa della progressiva frammentazione degli interessi dei lavoratori – sempre più diversificati per tipologie contrattuali – e della contrapposizione tra *insiders* e *outsiders* esasperata dai livelli di disoccupazione.

A ciò si aggiunge la rottura dell'unità sindacale che ha avuto la sua *acmé* nella pratica dei contratti separati favorita anche da una cultura imprenditoriale che vede nel disconoscimento (del ruolo) della controparte sindacale un punto di forza (come le vicende Fiat e l'art. 8 della legge n. 148/2011 *docent*; vd. *infra*).

3.1. — *Le vicende Fiat e la sentenza n. 231/2013 della Corte costituzionale* — Per descrivere nella sua completezza il mutamento dello scenario delle relazioni sindacali è opportuno un cenno, seppur breve, alle vicende Fiat che, iniziate dalla disdetta anticipata del Ccnl del 2008 e dalla sottoscrizione di un Ccnl separato (senza la firma di Cgil), attraverso una serie di espedienti tecnici tutti volti a derogare *in peius* il contratto collettivo nazionale, si sono concluse con la plateale fuoriuscita di Fiat da Federmeccanica e con la inedita stipulazione di contratti collettivi specifici di primo livello per i la-

(8) L. Gallino, *Finanzcapitalismo*, Einaudi, Torino, 2011; A. Perulli, *Globalizzazione e dumping sociale: quali rimedi?*, in *Lav. dir.*, 2011, pp. 13 ss.

(9) M. Rusciano, *Contrattazione e sindacato nel diritto del lavoro dopo la legge 28 giugno 2012, n. 92*, in *Arg. dir. lav.*, 2013, n. 6, I, pp. 1283 ss.; L. Zoppoli, *Contratto, contrattualizzazione contrattualismo: la marcia indietro del diritto del lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, pp. 175 ss.; L. Bellardi, *Concertazione e contrattazione dal Protocollo Giugni agli Accordi separati del 2009*, in *q. Riv.*, 2009, n. 3, I, pp. 447 ss.

voratori di Mirafiori del 23 dicembre 2010 e di Fabbrica Italia Pomigliano del 29 dicembre 2010.

Da queste vicende emerge non solo la volontà datoriale di mettere in discussione le regole della contrattazione collettiva ma anche di superare addirittura il sistema di relazioni sindacali tradizionale, ponendosi in una zona franca e anomica, concepita a propria misura (10).

Succede, così, che all'imprevisto subentri l'imprevedibile.

Infatti, per una diabolica eterogenesi dei fini, gli accordi separati, o meglio, la mancata sottoscrizione dei contratti da parte della Cgil ha comportato che a quest'ultima sia stata impedita, in quanto non più firmataria del Ccnl applicato in azienda, la costituzione della Rsa e, quindi, la titolarità dei diritti del Titolo III dello Statuto dei lavoratori.

Si è così aperto un contenzioso approdato innanzi alla Corte costituzionale che, con sentenza additiva (n. 231 del 3 luglio 2013), ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 19, comma 1, lettera *b*, Stat. lav., nella parte in cui consente la costituzione di rappresentanze aziendali alle sole «associazioni sindacali che siano firmatarie di contratti collettivi applicati nell'unità produttiva», e non anche a quelle che abbiano comunque partecipato alla relativa negoziazione, pur non avendoli, poi, per propria scelta, sottoscritti (11).

Insomma, si è reso necessario l'intervento della Consulta per «estendere» l'art. 19 Stat. lav. alla maggiore organizzazione sindacale italiana: è evidente lo sviamento dalla logica statutaria e, in generale, dal sistema di relazioni industriali «andato in pezzi», le cui dinamiche sono completamente sfuggite di mano a tutti gli attori (12).

(10) Lo spaesamento che queste vicende hanno prodotto è dimostrato dai titoli dei numerosi contributi sull'argomento: cfr., *ex multis*, F. Carinci, *L'Accordo interconfederale del 28 giugno 2011: armistizio o pace?*, in *Arg. dir. lav.*, 2011, I, pp. 457 ss.; G. Ferraro, *Il contratto collettivo dopo d'art. 8 del decreto n. 138/2011*, in *Arg. dir. lav.*, 2011, n. 6, I, pp. 1249 ss.; V. Bavaro, *Contrattazione collettiva e relazioni industriali nell'«Archetipo» Fiat di Pomigliano D'Arco*, in *Rass. sind. quad.*, 2010, pp. 337 ss.; P. Chieco, *Accordi Fiat, clausola di pace sindacale e limiti al diritto di sciopero*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 117/2011; E Ales, *Dal «caso Fiat» al «caso Italia». Il diritto del lavoro «di prossimità», le sue scaturigini e i suoi limiti costituzionali*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 134/2011.

(11) A. Zoppoli, *Articolo 19 dello Statuto dei lavoratori, democrazia sindacale e realismo della Consulta nella sentenza n. 231/2013*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 201/2014; S. Scarponi, G.P. Cella, M. Napoli, R. Del Punta, V. Leccese, tutti in *Lav. dir.*, 2013, pp. 495 ss.; B. Caruso, *La Corte costituzionale tra don Abbondio e il passero solitario: il sistema di rappresentanza sindacale dopo la sentenza n. 231/13*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, I, pp. 901 ss.

(12) L. Mariucci, *Contratto e contrattazione collettiva oggi*, in *Lav. dir.*, 2013, n. 1, p. 26.

3.2. — *L'art. 8 della legge n. 148 del 14 settembre 2011* — Nel frattempo, nell'agosto del 2011 avveniva un (altro) fatto (nuovo) del nostro diritto sindacale, ovvero l'introduzione dell'art. 8 del d.l. n. 138/2001 (convertito con modifiche in legge n. 148/2011) (13).

La norma ha destato un dibattito molto acceso, involgendo molte questioni e tutte di rilievo (14); tuttavia, nell'economia di questo contributo, ci si limita a evidenziare che l'art. 8 cit. ha introdotto nelle già complicate dinamiche sindacali un ulteriore elemento destrutturante, rappresentando il più incisivo caso di sovrapposizione della sfera dell'eteronomia a quell'autonomia mai attuato dai pubblici poteri nel periodo postcostituzionale (15).

La norma in questione, infatti, rovescia il rapporto tra contratto nazionale e contratto di secondo livello come disegnato nell'A.I. del 28 giugno 2011 – secondo il quale è sempre il Ccnl che garantisce la certezza dei trattamenti economici e normativi comuni per tutti i lavoratori e che stabilisce le materie da delegare al contratto aziendale – consentendo a quest'ultimo di derogare alle disposizioni dei contratti collettivi nazionali e, soprattutto, della legge in un'ampia serie di materie attinenti alla gestione dei rapporti di lavoro.

Certo le deroghe sono possibili se i soggetti stipulanti hanno determinate caratteristiche (associazioni comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o territoriale ovvero le loro rappresentanze sindacali operanti in azienda che adottino un criterio maggioritario); se i contratti perseguono determinate finalità (una maggiore occupazione, incrementi di competitività e di salario, gestione delle crisi aziendali e occupazionali ecc.) e purché venga rispettata la *Costituzione, nonché i vincoli derivanti dalle normative comunitarie e dalle convenzioni internazionali sul lavoro*.

In ogni caso, il punto fondamentale è che, rispettate queste condizioni, i contratti collettivi aziendali e territoriali acquistano efficacia *nei confronti di tutti i lavoratori interessati*. L'art. 8 cit., in altri termini, conferisce ai con-

(13) Il richiamo è alla «Rivoluzione d'agosto» di A. Perulli, V. Speciale, *L'art. 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148, e la «Rivoluzione d'agosto»*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 132/2011; V. Leccese, *Il diritto sindacale al tempo della crisi. Intervento eteronomo e profili di legittimità costituzionale*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2012, pp. 480 ss.

(14) La dottrina sull'art. 8 cit. è copiosissima. Cfr., *ex multis*, V. Leccese, *op. ult. cit.*; F. Carinci (a cura di), *Contrattazione in deroga*, Ipsoa, Milano, 2012; A. Garilli, *L'art. 8 della legge n. 148/2011 nel sistema delle relazioni industriali*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 139/2012; Cfr. anche i contributi di Aa.Vv. raccolti in *Dir. rel. ind.*, 2012, n. 1, e in q. *Riv.*, 2012, n. 3, I.

(15) V. Leccese, *op. ult. cit.*, p. 479.

tratti così sottoscritti efficacia *erga omnes*, questa volta giuridica e non meramente effettuale (16); ciò innesca un serio problema di compatibilità con le previsioni costituzionali che garantiscono la libertà sindacale e che apprestano un preciso meccanismo di estensione dell'efficacia del contratto collettivo.

3.3. — *L'A.I. del 10 gennaio 2014* — È in questa temperie che si succedono diversi accordi interconfederali di cui l'A.I. del 2014 è l'epilogo, mossi dall'esigenza di rivalutare il ruolo dei soggetti sindacali, mettere ordine nella struttura della contrattazione collettiva e dare così efficienza e certezza al sistema di relazioni sindacali.

Infatti, nella premessa dell'Accordo del 28 giugno 2011 – Accordo che sancisce la ritrovata unità sindacale in un moto di lucidità delle organizzazioni confederali – e che costituisce la base programmatica degli accordi successivi, si legge che «La contrattazione collettiva rappresenta un valore e deve raggiungere risultati funzionali all'attività delle imprese e alla crescita di un'occupazione stabile e tutelata...»; e ancora, che «... è essenziale un sistema di relazioni sindacali e contrattuali regolato e quindi in grado di dare certezze non solo riguardo ai soggetti, ai livelli, ai tempi e ai contenuti della contrattazione collettiva ma anche sull'affidabilità e il rispetto delle regole stabilite» (17).

Queste affermazioni non sono le solite petizioni di principio con le quali le parti esprimono i loro *desiderata*, ma acquistano valore pregnante se le si contestualizza alla luce di quanto (sarebbe) avvenuto.

Intercorrono ancora due anni e Cgil, Cisl e Uil sottoscrivono con Confindustria dapprima il P.I. 2013 (18) e, successivamente, l'A.I.

(16) Così, soprattutto a proposito della differenza tra l'efficacia dei contratti *ex art. 8*, cit., e di quelli di cui all'A.I. 2011 F. Liso, *Brevi note sull'Accordo interconfederale del 28 giugno 2011 e sull'art. 8 della legge n. 148/2011*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2012, pp. 453 ss.

(17) F. Liso, *Osservazioni sull'Accordo interconfederale del 28 giugno 2011 e sulla «contrattazione collettiva di prossimità»*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 157/2012, p. 5; M. Ricci, *L'Accordo interconfederale del 28 giugno 2011: un'inversione di tendenza nel sistema di relazioni industriali*, in *Arg. dir. lav.*, 2011, n. 1, I, pp. 43 ss.; F. Carinci, *L'Accordo interconfederale del 28 giugno 2011: armistizio o pace?*, in *Arg. dir. lav.*, 2011, I, pp. 457 ss.; L. Bellardi, *L'Accordo del 28 giugno 2011: cambia ancora la struttura della contrattazione?*, in *www.nelmerito.com*, 22 luglio 2011.

(18) A. Maresca, *Il contratto collettivo nazionale di categoria dopo il Protocollo d'intesa 31 maggio 2013*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, I, pp. 707 ss.; A. Viscomi, *Prime note sul Protocollo 31 maggio 2013*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, I, pp. 769 ss.; F. Liso, *Brevi note sul Protocollo Confindustria, Cgil, Cisl e Uil del maggio 2013*, in *q. Riv.*, 2013, n. 4, I, pp. 838 ss.; Aa.Vv., in *Dir. rel. ind.*, 2013, pp. 618 ss.; M. Lai, *La rappresentan-*

2014 (19). L'A.I. 2014, sin dalla sua intitolazione, aspira a essere il Testo Unico di riferimento nella regolazione del sistema di relazioni sindacali i cui aspetti essenziali sono tutti presi in considerazione e disciplinati. Si è detto dello scenario nel quale esso si colloca e della preoccupazione delle parti di arginare la deflagrazione del sistema. Tutto questo è alla base della scelta delle organizzazioni sindacali di sottoporsi alla misurazione della propria rappresentatività (per sedersi al tavolo negoziale, per approvare la piattaforma contrattuale e per firmare il contratto), rinunciando a qualsiasi posizione «acquisita»; parimenti la parte datoriale rinuncia a qualsiasi possibilità di scelta della controparte sindacale. Ci si sottopone, così, alla «regola» dei numeri sposandone anche l'immediato corollario e cioè il principio di maggioranza (20); si conta in base a quanto si «pesa» e decide chi «pesa» di più.

In questa logica si inserisce la previsione secondo la quale i contratti collettivi stipulati secondo il principio maggioritario sono efficaci ed esigibili per l'insieme di tutti i lavoratori. Essa ha una portata assai rilevante per l'ordinamento intersindacale.

Infatti, sebbene rimangano inalterate la natura giuridica del contratto collettivo e la sua efficacia giuridica (21), le parti sindacali si impegnano a

za sindacale tra contrattazione, legge e giurisprudenza, in *Dir. rel. ind.*, 2014, n. 1, pp. 18 ss.; A. Zoppoli, *Il Protocollo di maggio 2013, una svolta sospesa tra prassi (assenti) e norme (inadeguate)*, in *Dir. lav. merc.*, 2013, pp. 249 ss.; L. Lazzeroni, *Attori, potere rappresentativo e consenso nella recenti vicende sindacali*, in *Dir. lav. merc.*, 2013, pp. 331 ss.; M. Del Conte pp. 618 ss.; M. Marazza, pp. 621 ss.; M.P. Potestio, pp. 633 ss.; P. Tosi, pp. 638 ss.; A. Tursi, pp. 642 ss.; A. Vallebona, pp. 649 ss., tutti in *Dir. rel. ind.*, 2013, n. 3.

(19) V. Bavaro, *Il principio maggioritario nelle relazioni industriali*, in *Lav. dir.*, 2014, pp. 3 ss., e Id., *Note sul Testo Unico sulla Rappresentanza sindacale del 10 gennaio 2014*, in www.diariodellavoro.it; P. Lambertucci, *La rappresentanza sindacale e gli assenti della contrattazione collettiva dopo il testo unico sulla rappresentanza del 2014: spunti di riflessione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2014, I, pp. 237 ss.; F. Carinci, *Il lungo cammino per Santiago della rappresentatività sindacale: dal Titolo III dello Statuto dei lavoratori al testo unico sulla rappresentanza 10 gennaio 2014*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 205/2014; V. Angiolini, *«Testo Unico sulla rappresentanza» convenuto da Confindustria-Cgil, Cisl e Uil il 10 gennaio 2014*; L. Valente, *Rappresentanza sindacale: l'Accordo tra le parti sociali*, in *Dir. prat. lav.*, 2014, n. 8, pp. 458 ss.

(20) Per una riflessione sul principio di maggioranza nella contrattazione collettiva F. Santoni, *Contrattazione collettiva e principio di maggioranza*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, I, pp. 75 ss.; V. Bavaro, *Il principio maggioritario nelle relazioni industriali*, pp. 3 ss.; più risalente, B. Fiorai, *Il sistema sindacale italiano e il principio di maggioranza. Ricognizione sulle regole per la gestione del conflitto*, 1991, Giuffrè, Milano.

(21) Per una ricostruzione lucida e sempre valida sul contratto collettivo quale strumento espressione di diritto dei privati, si legga M.G. Garofalo, *Per una teoria*

rispettare i contratti collettivi anche qualora dissenzienti e, quindi, anche nell'ipotesi in cui non dovessero sottoscriverli (22).

Dunque, l'efficacia dei contratti collettivi acquista una forte valenza se posta in correlazione con l'esigibilità degli stessi da parte dei sindacati.

Invece, per quanto riguarda i contratti aziendali, l'A.I. 2014, ribadendo quanto previsto sin dall'A.I. 2011, riconosce, più chiaramente, che essi «per le parti economiche e normative sono efficaci ed esigibili per tutto il personale in forza se approvati dalla maggioranza dei componenti delle rappresentanze unitarie elette...». Tale efficacia viene riconosciuta anche ai contratti aziendali approvati dalle Rsa che risultino destinatarie della maggioranza delle deleghe e, qualora il 30% dei lavoratori ne faccia richiesta, se approvati dalla maggioranza di essi.

Invero, occorre considerare i contratti aziendali e la loro efficacia alla luce della Rsu, oggi rinnovata nella sua composizione e nelle modalità di funzionamento (23).

4. — *Le caratteristiche delle Rsu dell'A.I. del 10 gennaio 2014* — Per quanto riguarda le Rsu, il punto di riferimento rimane l'A.I. 1993: «Le regole in materia di rappresentanze sindacali unitarie riprendono la disciplina contenuta nell'Accordo interconfederale 20 dicembre 1993 con gli adeguamenti alle nuove intese interconfederali».

E infatti, a parte la sezione I, parte II dell'A.I. 2014, che costituisce una premessa generale, la sezione II corrisponde, nell'impianto generale, alla

giuridica del contratto collettivo: qualche osservazione di metodo, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2011, pp. 515 ss.

(22) P. Lambertucci, *op. ult. cit.*, pp. 246 ss.; Maresca, *op. ult. cit.*, pp. 734 ss.; M. Marazza, *op. ult. cit.*, p. 929; F. Liso, *op. ult. cit.*, p. 844; V. Bavaro, *Note sul Testo Unico sulla Rappresentanza sindacale del 10 gennaio 2014*, in www.diariodellavoro.it; di avviso diverso A. Zoppoli, *op. ult. cit.*, pp. 259 ss., secondo il quale l'estensione del concetto di efficacia è diverso e inferiore rispetto a quello di esigibilità. Partendo quindi dal dato strettamente giuridico, l'Autore afferma che il contratto collettivo esplica efficacia soltanto nei confronti di chi lo stipula escludendola, pertanto, per i dissenzienti; così anche L. Lazzeroni, *op. ult. cit.*, p. 340. Sul punto, vd. A. Viscomi, *op. ult. cit.*, che, ai fini dell'efficacia *erga omnes* dei Ccnl, correttamente, enfatizza la preventiva consultazione di tutti i lavoratori sulla bozza di Ccnl.

(23) Sul rapporto intercorrente tra il soggetto negoziale e l'efficacia del contratto stipulato, vd. ampiamente V. Bavaro, *Azienda, contratto e sindacato*, Cacucci, Bari, 2012, pp. 177 ss.; per tutte le problematiche connesse all'efficacia soggettiva dei contratti collettivi, con particolare riguardo al contratto aziendale, vd. V. Leccese, *Il diritto sindacale al tempo della crisi. Intervento eteronomo e profili di legittimità costituzionale*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2012, pp. 479 ss., e ai riferimenti bibliografici ivi presenti.

parte I dell'A.I. 1993, ma contiene diverse modifiche (è sostanzialmente corrispondente il contenuto degli artt. 3 sul numero dei componenti, 4 e 5 sui diritti dei componenti delle Rsu; differiscono gli artt. 1, 2, 6, 7, 8).

La sezione III ricalca la parte II dell'A.I. 1993 tranne che per l'art. 18: «Attribuzione dei seggi».

Ebbene, rimanendo l'impianto inalterato, ci si soffermerà sulle differenze.

Proprio riprendendo la formula del Protocollo istitutivo delle Rsu ma aggiornandone i riferimenti, si ribadisce all'art. 1 dell'A.I. 2014 che nelle unità produttive con più di quindici dipendenti possono essere costituite Rsu a iniziativa dei soggetti che abbiano sottoscritto l'Accordo, o abbiano stipulato il Ccnl applicato nell'unità produttiva o che superino la soglia del 5% di rappresentatività, previa adesione all'Accordo medesimo.

Nella base di computo delle quindici unità, si specifica per la prima volta che i lavoratori con contratto di lavoro a *part-time* saranno computati in misura proporzionale all'orario di lavoro contrattuale, mentre i lavoratori con contratto a tempo determinato saranno computati in base al numero medio mensile di quelli impiegati negli ultimi due anni, sulla base dell'effettiva durata dei loro rapporti di lavoro (24).

Per quanto concerne il rapporto tra Rsu e Rsa, si prevede che in ogni singola unità produttiva dovrà essere adottata una sola forma di rappresentanza. Tuttavia, l'art. 8 dell'A.I. 2014 contiene una clausola di salvaguardia più stringente rispetto al passato. Infatti, i soggetti che sottoscrivono o aderiscono all'Accordo medesimo non solo rinunciano a costituire Rsa, ma si impegnano altresì a non costituire Rsa nelle realtà in cui siano state o vengano costituite Rsa. La scelta della Rsu sarebbe, così, irreversibile e sarebbe il segnale della preferenza accordata a tale forma di rappresentanza e ciò in linea con l'attribuzione alle Rsu, già espressa nell'A.I. del 2011, della titolarità negoziale esclusiva.

Tuttavia, il condizionale è d'obbligo dal momento che anche nell'A.I. 2014, come già in quello del 2011, si prevede la concorrente titolarità negoziale da parte delle Rsa seppure subordinandola al voto favorevole della maggioranza dei lavoratori (se richiesto da un'organizzazione sindacale confederale firmataria dell'accordo o da almeno il 30% dei lavoratori).

(24) Secondo, L. Zoppoli, *Le nuove rappresentanze sindacali unitarie e il gattopardo democratico*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 204/2014, pp. 5 ss., per i soggetti che non abbiano aderito al trittico sindacale (P.I. 2011, P.I. 2013 e A.I. 2014), né abbiano stipulato contratti collettivi nazionali, sarà possibile superare la soglia del 5%, utile per promuovere la costituzione di Rsu (e per partecipare alle trattative per i contratti collettivi nazionali), solo attraverso il sindacato extraaziendale.

Nella stessa direzione è il riferimento ai contratti aziendali in deroga; ebbene questi possono essere sottoscritti sia dalle Rsu sia dalle Rsa, purché in entrambi i casi «d'intesa» con le relative organizzazioni territoriali di categoria «espressione delle Confederazioni sindacali firmatarie del presente accordo interconfederale...».

Dunque, se vi è indubbiamente l'enfatizzazione del ruolo delle Rsu, nondimeno si registra un rinnovato interesse per le Rsa (25).

Insomma, le nuove disposizioni dell'A.I. 2014 in tema di Rsu sembrano essere ambivalenti sia nel rapporto con le Rsa sia con riguardo ai meccanismi di funzionamento interno alle medesime (26).

4.1. — *Il rafforzamento del vincolo elettorale: la ripartizione dei seggi secondo il criterio proporzionale e il principio di maggioranza nelle decisioni* — Una delle novità più rilevanti dell'A.I. 2014 è rappresentata dalla modalità di elezione della Rsu e dalla conseguente composizione della stessa.

Infatti, nel Protocollo del 1993, per la costituzione della Rsu si procedeva per due terzi a suffragio universale tra le liste concorrenti, mentre si assegnava alle liste presentate dalle organizzazioni firmatarie del Ccnl applicato il terzo residuo.

Nell'A.I. 2014 (art. 2, sez. II), si afferma in modo *tranchant* che alla costituzione della Rsu si procede mediante elezione a suffragio universale tra liste concorrenti.

Dunque, in modo ancora più netto rispetto al Protocollo del 31 maggio 2013 che prevedeva che «le Rsu saranno elette con voto proporzionale», si rimarca la natura elettiva della Rsu, emancipandola, per quanto riguarda la composizione dal sindacato esterno. La novità viene ribadita nel successivo art. 18, sez. III, dell'A.I. sull'attribuzione dei seggi: «Ai fini dell'elezione dei componenti della Rsu, il numero dei seggi sarà ripartito, secondo il criterio proporzionale, con applicazione del metodo dei resti più alti, in relazione ai voti conseguiti dalle singole liste concorrenti»; scompare, altresì, la disposizione del P.I. 1993 secondo la quale: «Il residuo terzo dei seggi sarà attribuito in base al criterio di composizione della Rsu del cd. terzo riservato».

È, dunque, evidente l'inversione di tendenza rispetto al passato laddo-

(25) Sull'ormai ambigua compresenza delle Rsu e Rsa, vd. G. Natullo, *L'incerta rappresentanza dei lavoratori in azienda tra legge e contratti*, in Aa.Vv., *Il contributo di Mario Rusciano all'elaborazione teorica del diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2013, pp. 283 ss.

(26) Parla di gattopardismo a proposito di tali ambiguità L. Zoppoli, *op. ult. cit.*, p. 14.

ve la composizione mista rafforzava il legame tra rappresentanza interna e sindacato esterno già instaurato per la legittimazione a negoziare «congiunta» tra i due soggetti.

Parallelamente, nella logica dell'organismo rappresentativo, nell'A.I. 2014 si introduce la regola della maggioranza nel processo decisionale delle Rsu. Infatti, l'art. 7, sez. I, parte II, prevede che «le decisioni relative a materie di competenza delle Rsu devono essere assunte [...] a maggioranza».

Tuttavia, a queste modifiche nell'A.I. 2014, se ne affianca un'altra di segno opposto.

4.2. — *Il rafforzamento del vincolo associativo: la decadenza a seguito del «cambio di casacca»* — Nella sezione II si rinviene una disposizione nuova e «dissonante» non solo rispetto al 1993 ma anche rispetto all'altra modifica (la soppressione del terzo riservato); essa attiene al cd. cambio di casacca del singolo componente di Rsu.

Sul punto, è sorta una questione interpretativa di cui si è occupata la giurisprudenza (27).

Infatti, il sistema misto di investitura elettiva e associativa delle Rsu e la mancanza di una disposizione *ad hoc* ha posto il problema delle conseguenze sul singolo componente di Rsu che abbia cambiato appartenenza sindacale, dimettendosi dalla propria associazione o non rinnovando l'iscrizione a essa.

Si sono formati sulla questione due orientamenti.

Il primo, valorizzando la natura associativa della Rsu, ritiene che tra singolo componente di Rsu e l'associazione sindacale di appartenenza vi sia un rapporto organico; da ciò discenderebbe la decadenza del singolo Rsu nel caso in cui questi «cambi casacca» (28).

(27) L. Imberti, *Singolo componente di Rsu, rilevanza dell'appartenenza sindacale e contrattazione collettiva aziendale*, in <http://convegnovenetia.wordpress.com>, 2013.

(28) Cass. 18 agosto 2000, n. 10769, in *Riv. it. dir. lav.*, 2001, II, pp. 192 ss., con nota di P. Campanella; Trib. Milano 27 aprile 2006, decr., in *Riv. crit. dir. lav.*, 2006, pp. 745 ss., con nota di A. Vescovini; Trib. Milano 23 dicembre 2002, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2002, pp. 72 ss.; Trib. Messina 15 marzo 2000, ord., in *Lav. pubbl. amm.*, 2000, II, pp. 872 ss., con nota di V. Bavaro; Trib. Milano 30 giugno 2003, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2003, pp. 917 ss., con nota di R. Capurro; Trib. Milano 21 febbraio 1998, in *Mass. giur. lav.*, 1998, p. 397, con nota di I. Inglese. In dottrina P. Ichino, *Riflessioni sulle rappresentanze sindacali aziendali*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1995, I, pp. 393 ss.; P. Ichino, *Le relazioni industriali tra riforma della rappresentanza, titolarità del diritto di sciopero e nuovi assetti della contrattazione collettiva. Libertà sindacale e disciplina della rappresentanza*, in *Dir. rel. ind.*, 2004, n. 3, pp. 437 ss.

Invece, secondo l'altro orientamento, la Rsu ha carattere elettivo e quindi il singolo componente deve rispondere soltanto al corpo elettorale di cui è espressione; se questi cambia orientamento sindacale non è soggetto alla decadenza, non essendovi, peraltro, nel Protocollo del 1993 alcuna disposizione espressa in questo senso (29).

Ebbene, l'A.I. 2014 prende posizione e, contraddicendo le ultime pronunce giurisprudenziali (Cass. 7 marzo 2012, n. 3545, cit.), prevede all'art. 6 che: «Il cambiamento di appartenenza sindacale da parte di un componente della Rsu ne determina la decadenza dalla carica e la sostituzione con il primo dei non eletti della lista di originaria appartenenza del sostituito».

È evidente lo stridore rispetto alla disposizione che elimina il terzo riservato nella spartizione dei seggi; ci si sarebbe aspettati che, stante la natura ora completamente elettiva della Rsu, risultasse rinsaldato il rapporto organico tra la Rsu (e i suoi componenti) e il corpo elettorale e non quello con l'organizzazione esterna.

Invero, le modifiche apportate alle Rsu sono espressione, evidentemente, di due logiche contrastanti e tradiscono l'ambiguità dell'Accordo nei confronti della Rsu.

Più precisamente, con l'eliminazione del terzo, le Rsu acquistano più compiutamente natura elettiva e «aderendo» maggiormente alla comunità dei lavoratori che esse rappresentano, diventano un soggetto negoziale rappresentativo e qualificato ad attribuire efficacia *erga omnes* ai contratti aziendali.

Di segno diverso la previsione sulla decadenza del componente di Rsu che cambi casacca: si prevede una «vincolo di mandato» per i rappresentanti eletti che ne rinsalda il legame con il sindacato esterno.

(29) Cass. 7 marzo 2012, n. 3545, in *Mass. giust. civ.*, 2012, n. 3, p. 282; Trib. Parma 13 novembre 2007, in *Arg. dir. lav.*, 2009, n. 1, II, pp. 230 ss., con nota di A. Montanari; Trib. Parma 3 marzo 2006, ord., in *Arg. dir. lav.*, 2007, I, p. 189, e in *Orient. giur. lav.*, 2006, n. 1, pp. 24 ss., con nota di C. Lazzari e di F. Paladino; Trib. Milano 5 aprile 2007, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2007, pp. 397 ss., con nota di G. Cordedda; Trib. Milano 27 aprile 2006; Pret. Milano 7 aprile 1997, in *Riv. crit. dir. lav.*, 1997, pp. 747 ss., con nota di F. Capurro; Trib. Milano 16 ottobre 1999 e Trib. Milano 9 novembre 1999, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2000, pp. 112 ss., con nota di L. De Franceschi, e in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, II, pp. 418 ss., con nota di A. Nucci; Trib. Parma 19 novembre 2008, con nota di A. Nucci. In dottrina, C. Cester, *Membri di rappresentanza sindacale unitaria e vincolo sindacale*, in *Rappresentanza, rappresentatività, sindacato in azienda e altri studi. Studi in onore di Mario Grandi*, Cedam, Padova, 2005, pp. 165 ss.; E. Gragnoli, *Le rappresentanze sindacali unitarie e i contratti aziendali*, in q. *Riv.*, 2003, I, pp. 817 ss.

Insomma, per quanti sforzi si siano compiuti nella costruzione delle «nuove» Rsu, esse sembrano sospese tra il vincolo elettorale e quello associativo: imperfetti l'uno e l'altro (30). È, però, in questa imperfezione che sono impressi i tratti fondanti della riforma delle relazioni sindacali del 2014. Infatti, attraverso le Rsu, sin dal 2011 investite in via esclusiva della competenza negoziale, l'A.I. 2014 ha voluto disciplinare compiutamente il livello aziendale con la regolazione dei soggetti, dei rapporti tra i diversi livelli contrattuali nonché dei contenuti e dell'efficacia dei contratti, prevedendo un meccanismo alternativo a quello introdotto dall'art. 8 della legge n. 148 del 2011.

L'obiettivo non era semplice da realizzare, ma era ineludibile perseguirlo, data l'importanza assunta dal livello aziendale investito del(l'ingrato) compito di ridare competitività alle imprese in crisi. E rispetto a esso, poiché spesso contiene previsioni peggiorative, l'A.I. 2014 – come e, per certi versi, ancor più che nella regolazione del livello nazionale – oscilla tra la preoccupazione di dare, attraverso il nuovo assetto, stabilità e affidabilità al sistema di relazioni sindacali (richiamando l'efficacia ed esigibilità dei contratti collettivi) e la tensione a garantire partecipazione e democrazia dei soggetti sindacali (attraverso la natura elettiva delle Rsu e il principio di maggioranza nelle decisioni). Tensione, quest'ultima, che, ancor prima e più in generale, è connessa al problema – ormai costante, pur nella mutevolezza degli scenari nei quali si muovono le relazioni sindacali – della rappresentatività dei sindacati e cioè della (in)capacità di questi di sintetizzare gli interessi dei lavoratori e, appunto, di rappresentarli dentro e fuori l'azienda. E dunque, «si parla di democrazia sindacale quando invece è [innanzitutto, *n.d.r.*] un problema di rappresentatività del sindacato»...: di crisi della rappresentatività del sindacato (31).

(30) Così, L. Zoppoli, *Le nuove rappresentanze sindacali unitarie e il gattopardo democratico*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 204/2014, p. 14.

(31) Così M.G. Garofalo, *Osservazioni sulla democrazia sindacale*, in *Lav. dir.*, 1988, p. 278.

ABSTRACT

Il contributo, nell'ambito della riforma del sistema delle relazioni sindacali e della complessa transizione dall'Accordo interconfederale del 20 dicembre 1993 a quello del 10 gennaio 2014, si occupa della parte II dedicata alla regolamentazione della rappresentanza in azienda. In particolare, il saggio analizza la disciplina delle «nuove» Rsu attraverso un'illustrazione delle principali modifiche rispetto alla disciplina preesistente, individuando in esse il prisma attraverso il quale osservare i cambiamenti e le tensioni che hanno attraversato, più in generale, le relazioni sindacali negli ultimi anni.

THE NATIONAL MULTI-INDUSTRY AGREEMENT OF 10 JANUARY 2014
AND THE «NEW» UNITARY UNION REPRESENTATIVE BODIES

The paper focuses on the Italian industrial relations system reform and on the complex transition from the Agreement of 20 December 1993 to the Agreement of 10 January 2014. In the part II the Author deals with the regulation of workers' representation within the plant and, in particular, the essay underlines the rules concerning the «new» union representatives (rappresentanze sindacali unitarie) and the main changes to the 1993 Agreement. In a more general perspective the essay tries to observe the changes and tensions that have gone through the Italian industrial relations in recent years.

Alberto Lepore (*)

NON DISCRIMINAZIONE, LICENZIAMENTO DISCRIMINATORIO ED EFFETTIVITÀ DELLE TUTELE

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Il licenziamento discriminatorio: delimitazione della fattispecie. — 2.1. Tecnica normativa e modo di interpretazione dei divieti di discriminazione. — 3. Licenziamento nullo per motivo illecito e licenziamento discriminatorio. — 4. Licenziamento discriminatorio e licenziamento ingiustificato. — 5. L'«accesso» alla tutela reintegratoria piena: il cd. «rito Fornero» e il rito ai sensi dell'art. 28 del d.lgs. 1° settembre 2011, n. 150. — 6. Il regime sanzionatorio in caso di licenziamento discriminatorio e nullo. — 7. Luci e ombre nel conseguire tutele antidiscriminatorie in caso di licenziamento: profili comparati. — 8. Conclusioni.

1. — *Premessa* — L'art. 18 della legge n. 300 del 1970 anche a seguito delle modifiche apportate dalla legge 28 giugno 2012, n. 92, attribuisce ancora al licenziamento discriminatorio e alle altre ipotesi di licenziamento affette da nullità assoluta la tutela più forte costituita dalla reintegrazione e dal regime speciale che caratterizzava il vecchio testo dell'art. 18 (1), mentre, com'è noto, complessivamente, il nuovo articolo 18 introduce una graduazione del sistema sanzionatorio (2).

Se potessimo figurativamente descrivere le tutele contro il licenziamento illegittimo, potremmo immaginarcele come a cerchi concentrici. La tutela forte contro il licenziamento rappresentata dalla reintegrazione è al centro, mentre via via muovendosi verso l'esterno del cerchio le tutele divengono sempre più blande. Al centro, presidiati contro l'illegittimità con lo speciale regime della reintegrazione, vi sono le ipotesi nelle quali il licen-

(*) Ricercatore di Diritto del lavoro presso l'Università di Roma «Roma Tre».

(1) A. Piccinini, *Tutele del lavoratore in caso di licenziamento illegittimo*, in A. Allamprese, I. Corraini, L. Fassina (a cura di), *Rapporto di lavoro e ammortizzatori sociali dopo la legge n. 92/2012*, Ediesse, Roma, 2012, p. 145; A. Vallebona, *La riforma del lavoro 2012*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 48.

(2) P. Tullini, *Riforma della disciplina dei licenziamenti e nuovo modello giudiziale di controllo*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, I, p. 150; G. Vidiri, *La riforma Fornero: la (in)certezza del diritto e le tutele differenziate del licenziamento illegittimo*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, p. 624; A. Maresca, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, p. 415.

ziamento è nullo in quanto contrario a divieti espressamente previsti dalla legge, e tra queste ipotesi di divieto il più importante è quello di licenziamento per motivi discriminatori. Ai lati del cerchio le ipotesi di recesso datoriale meno gravi che prevedono la tutela reintegratoria attenuata o la tutela solo indennitaria. Al di fuori del cerchio rimane la tutela obbligatoria e il recesso *ad nutum* che resta, come era in vigenza della precedente disciplina, un'ipotesi residuale (3).

La scelta di attribuire la tutela della reintegrazione alle ipotesi di licenziamento discriminatorio non sembra essere irrazionale: la non discriminazione presidia diritti fondamentali della persona che debbono essere tutelati in maniera prioritaria dall'ordinamento. Sennonché l'esperienza pratica mostra che la normativa antidiscriminatoria ha trovato scarsa applicazione nel nostro ordinamento. Pur essendo le Direttive comunitarie sulla parità di trattamento state attuate in Italia con l'introduzione, anche nel nostro paese, delle tutele e degli strumenti processuali già previsti a livello europeo queste hanno avuto uno scarso impatto pratico.

Se tale stato di cose dovesse persistere, la tutela della reintegrazione piena avrebbe una limitatissima applicazione (e sembra di sì come già è testimoniato dalle rare pronunce giurisprudenziali intervenute dalla riforma dell'art. 18).

Al di là delle ragioni sociali e culturali che nel nostro paese hanno da sempre causato una scarsa applicazione della non discriminazione, nel presente scritto saranno, tra l'altro, indagati i possibili rimedi sostanziali e processuali per innalzare l'applicazione dell'art. 18 e, più in generale, della normativa antidiscriminatoria, non senza aver messo prima ordine tra le diverse fattispecie di licenziamento discriminatorio e nullo previste dalla legge.

2. — *Il licenziamento discriminatorio: delimitazione della fattispecie* — Il nuovo testo dell'art. 18 non definisce la fattispecie del licenziamento discriminatorio. Come per tutte le altre ipotesi di licenziamento, la riforma non ha infatti toccato l'ambito di applicazione delle singole fattispecie quanto piuttosto quello dell'apparato sanzionatorio in caso di licenziamento illegittimo (4). Pertanto per determinare il campo di applicazione della fattispecie l'interprete deve cimentarsi con la normativa che si è stratificata nel corso del tempo (5) in maniera anche piuttosto disordinata.

(3) A Maresca, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 Statuto dei lavoratori*, pp. 428-433.

(4) Per una diversa opinione, vd. P. Tullini, *op. ult. cit.*, p. 155.

(5) C. Cester, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, I, p. 565.

In primo luogo viene in evidenza l'art. 3 della legge 11 maggio 1990, n. 108, in forza del quale «Il licenziamento determinato da ragioni discriminatorie ai sensi dell'art. 4 della legge 15 luglio 1966, n. 604, e dall'articolo 15 della legge 20 maggio 1970, n. 300, come modificato dall'articolo 13 della legge 9 dicembre 1977, n. 903, è nullo indipendentemente dalla motivazione addotta e comporta, quale che sia il numero dei dipendenti occupati dal datore di lavoro, le conseguenze previste dall'art. 18 della legge 20 maggio 1970, n. 300».

L'art. 3 della legge n. 108 del 1990, usando la stessa tecnica normativa utilizzata in altre previsioni in materia di licenziamento, non definisce l'ambito di applicazione della fattispecie ma descrive solamente l'effetto e cioè la nullità dell'atto di recesso, mentre rinvia per il campo di applicazione ad altre previsioni normative e cioè all'art. 4 della legge n. 604 del 1966 e all'art. 15 della legge n. 300 del 1970.

Orbene l'art. 4 della legge n. 604 del 1966 prevede che «il licenziamento determinato da ragioni di credo politico o fede religiosa, dall'appartenenza a un sindacato e dalla partecipazione ad attività sindacali è nullo, indipendentemente dalla motivazione addotta».

Mentre l'art. 15 prevede che è nullo qualsiasi patto o atto diretto a: «licenziare un lavoratore [...] a causa della sua affiliazione o attività sindacale ovvero della sua partecipazione a uno sciopero». Lo stesso articolo prevede che «Le disposizioni di cui al comma precedente si applicano (e dunque anche la disposizione che prevede la nullità del licenziamento) altresì ai patti o atti diretti a fini di discriminazione politica, religiosa, razziale, di lingua o di sesso». Inoltre, a seguito delle modifiche apportate dal d.lgs. n. 216 del 2003, l'ambito di applicazione dell'art. 15 è stato esteso alle ragioni discriminatorie correlate all'handicap, all'età, all'orientamento sessuale o alle convinzioni personali (art. 4, comma 1, del d.lgs. n. 216 del 2003).

Ma le norme menzionate non esauriscono i motivi discriminatori: ne esistono molti altri. Tra questi occorre menzionare la razza, il colore, l'ascendenza, l'origine nazionale o etnica (d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, e d.lgs. 9 luglio 2003, n. 215), nonché lo stato di sieropositività (art. 5, legge 5 giugno 1990, n. 135); e, ancora l'altezza (legge 13 dicembre 1986, n. 874), la discriminazione per ragioni politiche e religiose contro i militari (legge 11 luglio 1978, n. 382).

Qualora il licenziamento sia operato in ragione di una di queste caratteristiche è nullo perché *contra legem*.

Tali ragioni impediscono al datore di lavoro di licenziare, nel senso che non possono essere motivo determinante del licenziamento. Il licenziamento discriminatorio è, pertanto, una fattispecie speciale rispetto a quel-

la del motivo illecito ai sensi dell'art. 1345 cod. civ.; speciale perché in caso di licenziamento discriminatorio trova applicazione una peculiare e copiosa normativa antidiscriminatoria.

Una volta individuate le ragioni o motivi discriminatori sorge una prima questione di fondamentale importanza, e cioè se le ragioni o motivi discriminatori abbiano carattere tassativo oppure esemplificativo e quindi possano essere rinvenuti ulteriori motivi discriminatori rispetto a quelli espressamente previsti.

Secondo una prima ricostruzione il giudice può rinvenire altre ragioni discriminatorie al di là e oltre quelle normativamente previste (6); questa estensione sarebbe possibile o in forza dei principi europei antidiscriminatori contenuti nella Carta dei diritti fondamentali (7) o in applicazione dell'art. 3 della Costituzione (8).

In realtà, però, vi sono diversi argomenti che militano per la tassatività delle ragioni discriminatorie.

In primo luogo non è affatto scontato che la disciplina europea abbia proceduto attraverso ragioni discriminatorie meramente esemplificative.

A ben vedere le norme del Trattato e le direttive europee hanno proceduto attraverso singoli motivi discriminatori e non attraverso una fattispecie o più fattispecie generali di discriminazione (9), e questo è evidente guardando all'evoluzione del diritto europeo antidiscriminatorio.

(6) G. Ghezzi, *Commento agli artt. 15 e 16 della legge 20 maggio 1970, n. 300*, in U. Romagnoli, L. Montuschi, G. Ghezzi, G.F. Mancini, *Statuto dei diritti dei lavoratori*, Zanichelli-Foro it., Roma-Bologna, 1972, p. 209: secondo gli Autori «il legislatore non ha fatto altro che portare alla luce alcuni possibili e certo i più comuni comportamenti illeciti perché tesi a limitare diritti fondamentali che devono essere tutelati anche in altre ipotesi non legislativamente previste»; E. Ghera, *Commento agli artt. 15 e 16*, in U. Prosperetti, *Commentario dello Statuto dei lavoratori*, Giuffrè, Milano, 1975, p. 407; E. Pasqualetto, *I licenziamenti nulli*, in C. Cester, *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, Cedam, Padova, 2013, p. 92; M.T. Carinci, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi: modelli europei e flexicurity «all'italiana» a confronto*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2012, n. 4, pp. 554-555.

(7) E. Pasqualetto, *op. ult. cit.*, p. 93; A. Lassandari, *Le discriminazioni nel lavoro, nozioni, interessi, tutele*, Cedam, Padova, 2010, pp. 179-182, secondo il quale vi sono ragioni ulteriori; vd. anche P. Di Stefano, *Il licenziamento discriminatorio*, in G. Ferraro, *I licenziamenti individuali. Commento alla legge 11 maggio 1990, n. 108*, Esi, Napoli, 1990, p. 137: secondo tale interpretazione le ragioni discriminatorie sarebbero solo ricognitive dell'art. 1345 cod. civ.

(8) L. Montuschi, *Artt. 15 e 16*, in G. Ghezzi, G.F. Mancini, L. Montuschi, U. Romagnoli, *Statuto dei diritti dei lavoratori (Artt. 14-18)*, Zanichelli-Foro it., Bologna-Roma, 1981, p. 40.

(9) J. Villalon De La Cruz, *Lo sviluppo della tutela antidiscriminatoria nel diritto comunitario*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2003, p. 358: secondo l'Autore, le tre diret-

In una prima fase è stata riconosciuta meritevole di tutela solo la parità retributiva tra sessi, e non per fini sociali ma con il fine di scongiurare distorsioni della concorrenza tra paesi che la praticavano e paesi irrispettosi del principio di parità di trattamento (art. 119 e Direttiva n. 1975/117) (10). Solo dopo il Trattato di Amsterdam, con le Direttive n. 2000/43 e n. 2000/78, le cd. «direttive di seconda generazione» (11), la non discriminazione ha visto l'inclusione di nuovi motivi ed è stata estesa a pressoché tutti gli aspetti del rapporto di lavoro compreso il licenziamento, pur restando forti limiti alla sua applicazione.

È stato in particolare sottolineato da autorevole dottrina che il divieto di non discriminare «appare solo un programma politico del Consiglio che, su proposta della Commissione, può prendere provvedimenti opportuni per combattere le discriminazioni», ma «esso non è idoneo a fondare un generale principio di uguaglianza» (12) e ciò è confermato dal fatto che i divieti previsti dalla Carta sociale (art. 21 della stessa) sono tassativi «in quanto sono individuati uno per uno gli specifici motivi oggetto del divieto» (13).

Peraltro la Corte di Giustizia ha precisato che le ragioni sulla base delle quali non si può discriminare (introdotte in Italia per attuare le direttive) sono tassative e non suscettibili di estensione analogica (14).

tive, pur ampliando notevolmente i motivi discriminatori, definiscono un elenco limitato e chiuso di tali ragioni non essendovi nel diritto comunitario una clausola generale sui trattamenti discriminatori; P. Chieco, *Il licenziamento nullo*, in *Flessibilità e tutele del lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92*, Cacucci, Bari, 2013, p. 281: le ragioni discriminatorie sono definite come un'ampia (ma finita) gamma di caratteri, stati, condizioni, convinzioni della persona del lavoratore molto diversi tra loro.

(10) Il principio di parità si inseriva in una «dinamica angusta» (così B. Veneziani, *Nel nome di Erasmo da Rotterdam. La faticosa marcia dei diritti sociali fondamentali nell'ordinamento comunitario*, in q. *Riv.*, 2000, I, p. 807).

(11) C. Barnard, *European Labour Law*, Oxford University Press, Oxford, 2006, pp. 300-301; M. Roccella, T. Treu, *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, Cedam, Padova, 2012, p. 289.

(12) B. Veneziani, *op. ult. cit.*, p. 795.

(13) P. Chieco, *Lavoratore comparabile e modello sociale nella legislazione sulla flessibilità del contratto e dell'impresa*, in *Eguaglianza e libertà nel diritto del lavoro. Scritti in memoria di Luciano Ventura*, Cacucci, Bari, 2004, p. 55, nota 27.

(14) Cfr., ad esempio, Corte Giust. Ce 30 aprile 1996, causa C-13/94, *P. v. S. e Cornwall County Council*, in *Racc.*, 1996, p. 2143; Corte Giust. Ce 7 giugno 2004, causa C-117/01, *K.B. v. National Health Service Pensions Agency e Secretary of State for Health*, in *Racc.*, 2004, p. 541, che hanno negato l'estensione del divieto di discriminazione in base al sesso a tutela dei lavoratori transessuali; per ulteriori riferimenti vedi M. Roccella, T. Treu, *op. ult. cit.*, p. 289.

Al contrario, se le ragioni discriminatorie fossero esemplificative non si comprenderebbe la necessità del legislatore europeo di introdurre nuovi motivi accanto a quelli già previsti.

In caso di controversia l'interprete o il giudice avrebbero potuto attraverso la loro attività creativa individuare altre ragioni oltre quelle previste dalla legge; e, invece, si è reso necessario l'intervento del legislatore prima a livello europeo, poi a livello interno per accordare tutela a gruppi di soggetti prima non protetti.

In realtà, la tecnica normativa di prevedere specifici divieti discriminatori o anche specifiche norme sulla parità di trattamento (e di qui il secondo degli argomenti che militano per la tassatività delle ragioni antidiscriminatorie) è stata usata perché la normativa antidiscriminatoria rappresenta un grosso limite all'autonomia negoziale dei privati e, più in particolare, del datore di lavoro (15).

Se i motivi discriminatori fossero solo esemplificativi e non tassativi ciò comporterebbe la possibilità di estendere, senza un preciso limite, il divieto di non discriminare, sino a poter arrivare a dire che esiste una fattispecie o più fattispecie discriminatorie aperte o a maglie larghe. E, a ben vedere, prevedere l'esistenza di una fattispecie discriminatoria aperta è come concepire l'esistenza di un principio generale di parità di trattamento; esistenza osteggiata dalla gran parte della dottrina e della giurisprudenza (16).

Di converso, ritenere che esista un principio generale di parità di trattamento in negativo non vuol dire altro che ritenere esistente un divieto generale di non discriminare che non ha cittadinanza nel nostro ordinamento (17).

(15) Da ciò si spiega la ragione per la quale la parità di solito rileva nel senso che, «più che imporre un trattamento uniforme, la legge vieta che sia fatto, a soggetti che si trovano nella stessa situazione, un trattamento diverso, sulla base di discriminazioni ingiustificate e arbitrarie» (P. Rescigno, *Sul cosiddetto principio d'uguaglianza nel diritto privato*, in *Foro it.*, 1960, I, p. 670).

(16) R. Del Punta, *Parità di trattamento e rapporto di lavoro*, in *Giust. civ.*, 1993, p. 2366: secondo l'Autore, nel caso in cui i fattori di discriminazione fossero totalmente detipicizzati tornerebbe a non esserci più alcuna differenza precettiva tra i due concetti, in quanto il divieto, a quel punto generale, di discriminazione si trasformerebbe in un obbligo generale di giustificazione del trattamento differenziale e cioè in un principio generale di parità di trattamento.

(17) Di diverso avviso M.T. Carinci, *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato. Ragioni tecniche, organizzative, produttive (e sostitutive) come limite a poteri e libertà del datore di lavoro*, Cedam, Padova, 2005, p. 208: secondo l'Autrice vi sarebbe perfetta identità di contenuti tra principio generale di parità di trattamento in senso negativo, divieti di discriminare e divieto di abuso del diritto.

L'esistenza di un principio generale di parità di trattamento o (il che è lo stesso) di un divieto generale di discriminazione causerebbe la funzionalizzazione dell'autonomia privata alla realizzazione della parità (18), perché qualsiasi differenziazione di trattamento potrebbe essere sindacata dal giudice. Peraltro i principi costituzionali che tutelano l'eguaglianza e la dignità (artt. 3, 41, comma 2, Cost.), pur avendo una portata generale, non possono trovare diretta applicazione nei rapporti tra privati perché soltanto la legge ordinaria in attuazione di quei principi e non il giudice può imporre limiti al datore di lavoro (19).

Inoltre la teorizzazione di divieti generali di discriminazione avrebbe effetti dirompenti anche rispetto alla contrattazione collettiva: se esistesse un tale principio i contenuti del contratto collettivo sarebbero stabiliti dal giudice e non dalle parti nel libero contemperamento dei loro interessi (20).

Peraltro anche le ragioni discriminatorie che sembrano avere una maggiore ampiezza applicativa sono, in realtà, state circoscritte nella loro applicazione dalle stesse fonti comunitarie. La dottrina che si è occupata del tema, sostenendo la possibilità di estendere indefinitamente l'ambito di applicazione dei divieti di discriminazione, si è appuntata in special modo sulla discriminazione per età e su quella per convinzioni personali affermando che, in fondo, a ben vedere, tali ragioni potrebbero essere estese all'infinito (21). Sennonché la discriminazione per età è stata notevolmente

(18) Secondo i principi costituzionali l'autonomia privata può essere soggetta a limiti esterni e mai interni (vd. R. Scognamiglio, *Il cosiddetto principio di parità di trattamento tra i lavoratori al taglio delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione*, in *Mass. giur. lav.*, 1993, p. 582, e ora in *Scritti giuridici*, Cedam, Padova, 1996, II, p. 1073; Idem, *Considerazioni in tema di parità delle condizioni di trattamento economico-normativo dei lavoratori subordinati*, in *Questioni attuali di diritto del lavoro – Supplemento del Notiziario di giurisprudenza del lavoro*, Bancaria ed., Roma, 1989, e ora in *Scritti giuridici*, Cedam, Padova, 1996, II, p. 1059; M. Persiani, *Diritto del lavoro e razionalità*, in *Arg. dir. lav.*, 1995, pp. 6-7; G. Santoro Passarelli, L. Ventura, *Il problema della parità di trattamento retributivo*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1990, n. 3, p. 574; per ulteriori richiami mi permetto di rinviare al mio contributo A. Lepore, *Commento all'art. 6 del d.lgs. 2 settembre 2001, n. 368*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2002, pp. 82-83; vd. Cass., Ss.Uu., 29 maggio 1993, n. 6030, in *Giur. it.*, 1994, n. 1, I, cc. 913 ss.; Cass., Ss.Uu., 29 maggio 1993, n. 6031, in *Foro it.*, 1993, I, c. 1794).

(19) A. Pace, *L'iniziativa economica privata come diritto di libertà: implicazioni teoriche e pratiche*, in *Studi in memoria di F. Piga*, II, Giuffrè, 1992, spec. pp. 1615 ss.; G. Minervini, *Contro la funzionalizzazione dell'impresa privata*, in *Riv. dir. civ.*, 1958, I, p. 621.

(20) R. Scognamiglio, *op. ult. cit.*, p. 1073.

(21) A. Lassandari, *Le discriminazioni nel lavoro, nozioni, interessi, tutele*, Cedam, Padova, 2010, p. 154.

ridotta nel suo campo applicativo già dalla stessa disciplina europea. Il Considerando 25 della Direttiva n. 2000/78 Cee prevede che le disparità di trattamento in funzione dell'età possono essere giustificate e richiedono pertanto disposizioni specifiche che possono variare secondo le situazioni degli Stati membri; inoltre che tale principio è sviluppato dall'art. 6 della stessa Direttiva che prevede tutta una serie di deroghe alla discriminazione per età (cfr. art. 6 della Direttiva n. 2000/78). Si può, pertanto, affermare che il divieto di discriminazione per età è limitato a tal punto da far dubitare di una sua possibile applicabilità (22).

Per quanto attiene, invece, alla ragione discriminatoria delle convinzioni personali può trovare applicazione solo a tutela delle libertà ideologiche in consonanza con l'art. 6 del TUE e, soprattutto, con l'art. 10 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea in forza del quale «ogni individuo ha diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione» e, peraltro, tale diritto include «la libertà di cambiare religione o convinzione così come la libertà di manifestare la propria religione o la propria convinzione individualmente o collettivamente, in pubblico o in privato, mediante il culto, l'insegnamento, le pratiche e l'osservanza dei riti».

In definitiva le convinzioni personali nel diritto europeo sono intese nel significato molto più specifico di convinzioni ideologiche e religiose (23).

Nel diritto interno italiano, secondo la giurisprudenza, le convinzioni personali possono includere anche ideologie di altra natura rispetto a quella religiosa e, pertanto, può essere inclusa nell'ambito delle convinzioni personali anche la discriminazione per convinzioni politiche o sindacali (24).

Oltre questi limiti l'interpretazione espansiva delle ragioni discriminatorie non pare possibile.

Peraltro, la non discriminazione non ha un ambito di applicazione generale anche perché è soggetta ad ampie deroghe ed eccezioni (artt. 3, commi 2-4, del d.lgs. n. 215 e art. 3, commi 3-6, del d.lgs. n. 216 del 2003). Tali eccezioni sono di notevole ampiezza e dimostrano la cautela del legi-

(22) M. Mocella, *Età pensionabile e discriminazione per età*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, II, p. 518.

(23) Vd., sul punto, P. Chieco, *Le nuove Direttive comunitarie sul divieto di discriminazione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2002, I, p. 79.

(24) Vd. Trib. Brescia 7 febbraio 2011, in *q. Riv.*, 2011, II, p. 403, secondo la quale l'esposizione del simbolo della Lega Nord nelle scuole pubbliche ha determinato una discriminazione fondata sulle convinzioni personali a danno del personale insegnante, e Corte d'Appello di Roma 19 ottobre 2012, in *Mass. giur. lav.*, 2013, pp. 2 ss.; vd. Cass. 16 febbraio 2011, n. 3821 (in *Arg. dir. lav.*, 2011, n. 2, II, p. 399), nella quale però il dirigente licenziato non è stato ritenuto discriminato per convinzioni personali correlate al suo credo religioso.

slatore nel dare applicazione alla non discriminazione e pur essendo criticabili perché troppo ampie e limitative dei fattori discriminatori sono previste dalla legge (25).

Tali eccezioni, secondo una parte della dottrina, supporterebbero la tesi secondo la quale il licenziamento discriminatorio coprirebbe tutta l'area compresa al di fuori del perimetro della giusta causa e del giustificato motivo soggettivo e oggettivo (26), ma tale ricostruzione conduce a una sovrapposizione tra le fattispecie di licenziamento discriminatorio, licenziamento per motivo illecito e licenziamento ingiustificato.

La tesi ha sicuramente un intento nobile perché cerca di ampliare il comma 1 dell'art. 18 riattribuendo al lavoratore la tutela reintegratoria piena nelle ipotesi in cui, invece, essa è stata sottratta, ma in realtà vi sono diverse ragioni che si aggiungono a quelle già viste sopra che impediscono di ritenere valide queste conclusioni (vedi par. 4).

Insomma tutti gli argomenti militano per la tassatività delle ragioni discriminatorie e conseguentemente, tornando all'argomento che più ci preme, il licenziamento può essere ritenuto discriminatorio e quindi può essere sanzionato solamente se posto in essere in base a una delle ragioni previste e sempreché non ricorra una delle eccezioni previste dalla legge.

2.1. — *Tecnica normativa e modo di interpretazione dei divieti di discriminazione* — A mio avviso, la tecnica usata nelle norme antidiscriminatorie è del tutto simile a quella utilizzata in materia di norme penali.

Alla stessa stregua della norma penale i divieti di discriminazione non possono essere estesi al di là della previsione normativa nemmeno in via analogica (27), mentre è possibile la cd. «interpretazione estensiva».

Nel primo caso (interpretazione analogica) l'interprete esce dall'ambito di applicazione della previsione creando una nuova fattispecie nella seconda ipotesi (interpretazione estensiva) resta dentro i confini della norma ampliandone però il più possibile l'ambito di applicazione (28).

(25) L. Calafà, *Il diritto antidiscriminatorio nazionale «instabile»*. Cronologia degli interventi legislativi recenti e procedure di infrazione, in L. Calafà, D. Gottardi (a cura di), *Il diritto antidiscriminatorio*, Ediesse, Roma, p. 66.

(26) M.T. Carinci, *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato. Ragioni tecniche, organizzative, produttive (e sostitutive) come limite a poteri e libertà del datore di lavoro*, Cedam, Padova, 2005, p. 175.

(27) In senso contrario, errando, estende la disciplina del licenziamento discriminatorio al licenziamento ritossivo per analogia di struttura Cass. 8 agosto 2011, n. 17087, in www.pluris.it.

(28) Vd. A. Cadoppi, P. Veneziani, *Elementi di diritto penale, Parte generale*, Cedam, Padova, 2004, p. 137; D. Pulitanò, *Diritto penale*, Giappichelli, 2009, p.

Attraverso l'interpretazione estensiva l'interprete potrà rinvenire nelle pieghe del dettato della norma ulteriori ipotesi riconducibili alla stessa.

Come è stato messo in evidenza nelle branche del diritto in cui è stato ideato il metodo dell'interpretazione estensiva questo rimane l'unico modo di accrescere la capacità espansiva della norma e di coprire il più ampio numero possibile di casi quando il dettato legale abbia una portata tassativa (29).

È quindi possibile ritenere che ulteriori ipotesi di discriminazione potranno essere invocate ma solo qualora queste possano essere ricondotte direttamente o indirettamente ai motivi previsti dalla legge (30). Così potrà essere considerata una discriminazione vietata il differenziare o il licenziare una lavoratrice perché obesa solamente se si dimostri che il licenziamento non sarebbe stato esercitato nei confronti di un lavoratore obeso. Ciò significa che l'eventuale motivo discriminatorio (obesità) potrà essere fatto valere in giudizio solamente nel caso in cui il lavoratore provi che la discriminazione è stata operata per motivi di genere.

Peraltro la discriminazione indiretta è un tipico esempio di interpretazione estensiva delle ragioni discriminatorie. In tale tipologia di discriminazione un criterio o un requisito utilizzato per selezionare o licenziare il personale apparentemente neutro cela, in realtà, una discriminazione. Si pensi al caso di un bando di concorso che richiedeva come requisito la patente per guidare la moto. È stato dimostrato attraverso l'evidenza statistica che solo una piccola percentuale di donne aveva tale requisito e che quindi tale requisito integrava una discriminazione per sesso (31).

165; G. Vassalli, *Analoga nel diritto penale*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, I, Utet, Torino, 1995, ristampa, p. 159, secondo il quale, l'interpretazione estensiva è il risultato della scoperta che sotto l'espressione letterale della singola disposizione si cela un contenuto più ampio che per quanto non chiaramente enunciato vi è incluso; con l'analogia, invece, si risale da una norma espressa a un principio in essa contenuto e poi si ridiscende alla formulazione di una norma inespressa che contiene la regola del caso analogo a quello espressamente disciplinato; il carattere frammentario del diritto penale derivante dalla tipicità delle fattispecie si può compensare attraverso l'interpretazione estensiva che sfrutta le capacità espansive della fattispecie penale, senza creare nuove fattispecie (vd. G. Fiandaca, G. Musco, *Diritto penale, Parte generale*, Zanichelli, 2008, p. 107); vd., inoltre, R. Guastini, *Le fonti del diritto, Fondamenti teorici*, in *Trattato diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni e continuato da P. Schlesinger, Giuffrè, Milano, 2010, p. 351.

(29) G. Fiandaca, G. Musco, *op. ult. cit.*, p. 105.

(30) M. Barbera, *Il licenziamento alla luce del diritto antidiscriminatorio*, in q. *Riv.*, 2013, I, p. 167.

(31) Tar Sardegna, Sez. II, 25 novembre 2008, sentenza n. 2025/2008, in *www.pluris.it*.

Benché l'interpretazione estensiva possa ampliare le ragioni discriminatorie rimangono molte ipotesi non tutelate. Si pensi alle origini sociali, alle caratteristiche genetiche, alla lingua, all'appartenenza a una minoranza, al patrimonio, all'appartenenza a una classe sociale, alla nascita, alla nazionalità (32).

Le conclusioni testé raggiunte hanno conseguenze rilevanti anche sull'esercizio del potere datoriale di recesso e sull'applicazione dell'apparato sanzionatorio ridisegnato dalla legge n. 92 del 2012 attraverso le modifiche apportate all'art. 18.

Il licenziamento potrà essere ritenuto discriminatorio e quindi nullo solo se esercitato per una delle ragioni discriminatorie tassativamente previste dalla legge oppure per un motivo riconducibile attraverso l'interpretazione estensiva a quest'ultime.

Peraltro sono tassative anche le altre ipotesi di licenziamento nullo previste dall'art. 18, comma 1, Stat. lav., come il licenziamento per causa di matrimonio regolato dall'art. 35, comma 2, del d.lgs. 11 aprile 2006, n. 198, e il divieto di licenziamento della lavoratrice-madre e in gravidanza, quello intimato a seguito della domanda o della fruizione del congedo parentale per la malattia del bambino da parte della lavoratrice o del lavoratore (art. 54, comma 6, d.lgs. n. 151 del 2001).

Anche la disposizione che estende la reintegrazione agli «altri casi di nullità previsti dalla legge» non contraddicono ma confermano la tecnica normativa utilizzata nel senso della tassatività delle ipotesi (33), perché dovrà esservi una specifica previsione di legge che preveda il diritto del lavoratore a chiedere la reintegrazione.

3. — *Licenziamento nullo per motivo illecito e licenziamento discriminatorio* — Il nuovo art. 18 include tra le ipotesi nulle e presidiate dalla reintegrazione anche il licenziamento «determinato da un motivo illecito determinante ai sensi dell'art. 1345 del codice civile».

L'inclusione di tale fattispecie apre una serie di questioni, di non facile soluzione, che hanno tormentato a lungo il diritto civile e in seguito anche gli studiosi del diritto del lavoro riguardanti principalmente l'ambito di applicazione della nozione di motivo.

(32) J. Villalon De La Cruz, *Lo sviluppo della tutela antidiscriminatoria nel diritto comunitario*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2003, p. 358.

(33) Vd. Trib. Torino 29 marzo 2013, in *www.bollettinoadapt.it*: il licenziamento è stato considerato nullo in quanto il lavoratore, pur avendo raggiunto la età pensionabile, aveva deciso per la prosecuzione del rapporto ai sensi dell'art. 24, comma 4, della legge 22 dicembre 2011, n. 214.

Per comprendere meglio tale fattispecie occorre, in primo luogo, valutare la rilevanza del motivo nell'ambito del diritto civile per poi applicare tale categoria al licenziamento.

Come può essere definito il motivo e quale rilevanza ha nell'ambito delle norme che regolano il contratto?

Il motivo è stato definito come lo scopo ulteriore che le parti vogliono perseguire con la conclusione del contratto. Tale scopo essendo personale, variabile ed esterno resta nel maggior parte dei casi irrilevante all'assetto negoziale che le parti hanno predisposto (34).

Il motivo ha tradizionalmente rilievo in pochissimi casi e tra questi va menzionato l'art. 1345 cod. civ. (35).

Secondo la migliore dottrina civilistica, l'art. 1345 cod. civ. si pone, insieme all'art. 1344 cod. civ. che sanziona con la nullità il negozio stipulato in frode alla legge, come disposizione rafforzativa e di completamento dell'art. 1343 cod. civ. che disciplina la causa illecita (36). La collocazione dell'art. 1345 cod. civ. non pone dubbi sul fatto che essa funga da norma di chiusura tra le previsioni sull'illiceità del contratto.

Ne consegue che il motivo ha, rispetto alla causa, una rilevanza marginale. La causa è interna al contratto, è elemento oggettivo ed essenziale dello stesso e rappresenta l'assetto di interessi voluto dalle parti (37); il motivo, invece è esterno al negozio e ai sensi dello stesso art. 1345 cod. civ. rileva solo qualora sia esclusivo, illecito e comune a entrambe le parti.

(34) E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, Utet, Torino, 1952, p. 178: «i motivi individuali [...] sono essenzialmente soggettivi e interni, contingenti, variabili, molteplici, diversi e spesso anche contraddittori. Come tali, essi sono imponderabili e, a differenza della causa, non comportano una valutazione sociale positiva finché non siano assunti a far parte del contenuto del negozio: restano quindi irrilevanti anche per il diritto»; A. Cataudella, *I contratti. Parte generale*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 171; F. Galgano, *Diritto privato*, Cedam, Padova, 2010, p. 270; V. Roppo, *Diritto privato*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 420: il motivo resta irrilevante perché è il movente che ha spinto uno solo dei contraenti a concludere il contratto e per questo resta inespresso. G. Alpa, *Manuale di diritto privato*, Cedam, Padova, 2011, p. 524.

(35) Il motivo rileva inoltre nella donazione qualora sia illecito, sia stato l'unico a determinare il donante e anche se non è comune al donatario purché risulti dall'atto (art. 788 cod. civ.) e nel testamento con una regola analoga (A. Cataudella, *op. ult. cit.*, p. 171).

(36) R. Scognamiglio, *Commento all'art. 1345 cod. civ.*, in A. Scialoja, G. Branca (a cura di), *Commentario del codice civile*, 1970, Zanichelli-Foro it., Roma-Bologna, p. 348.

(37) O anche la sintesi della volontà della legge e delle parti (R. Clarizia, *Introduzione allo studio del diritto privato*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 146).

Il motivo deve essere esclusivo nel senso che le parti hanno posto in essere quel negozio per uno scopo (il motivo) che assume nel regolamento contrattuale un rilievo assoluto, «tale da riverberarsi e in buona sostanza esteriorizzarsi nell'intero contesto dell'autoregolamento contrattuale» (38). Ciò significa, se letto *a contrario*, che, se quello scopo fosse secondario rispetto ai fini del negozio e vi fosse altra ragione o interesse principale per cui le parti abbiano voluto concludere il negozio, il vizio inficerebbe la causa e quindi la nullità sarebbe dichiarata non per illiceità del motivo ma della causa. Questa prima conclusione già dimostra lo spazio risicato che il sistema del codice conferisce al motivo (39).

Il motivo deve essere inoltre illecito e cioè, alla stessa stregua della causa illecita, deve essere contrario a norma imperativa, all'ordine pubblico o al buon costume (40).

Orbene attraverso l'art. 1324 cod. civ. può essere dichiarato nullo per motivo illecito anche l'atto unilaterale e, in particolare, l'atto di licenziamento (41).

(38) R. Scognamiglio, *op. ult. cit.*; il motivo deve avere un ruolo decisivo nella stessa formazione della volontà comune; S. Pugliatti, *Precisazioni in tema di causa del negozio giuridico*, in *Nuova riv. dir. comm.*, 1947, e ora in *Scritti giuridici*, II, Giuffrè, Milano, 2010, p. 1620: il motivo «postula l'identificazione di quel particolare movente della volontà che su di essa ha agito come impulso determinante»; secondo l'Autore, il motivo per essere rilevante deve essere «unico movente» della volontà.

(39) Per tale ragione il motivo ha avuto un'applicazione giurisprudenziale molto rara. È possibile rammentare, tra le altre, le decisioni della Corte di Cassazione 17 giugno 1950, n. 1552, in *Giur. it.*, 1951, I, 1, p. 34; 15 febbraio 1960, n. 234, *Giust. civ.*, 1960, I, p. 961, che hanno sanzionato con la nullità il contratto di mutuo concluso per poter proseguire il giuoco d'azzardo in locale aperto al pubblico; Cass. 19 luglio 1978, n. 3606, in *Rep. Foro it.*, 1978, voce *Contratto in genere*, n. 226, che considera nullo per motivo illecito l'accordo tra due confinanti volto a concedere a uno in cambio di corrispettivo la possibilità di edificare vietata, però, dal piano regolatore; Cass. 1° dicembre 1992, n. 12830, in *Mass. giur. it.*, 1992, e in *www.pluris.it*, che dichiara nullo per motivo illecito il patto di ritrasferimento di un alloggio di una cooperativa a soggetto non avente i requisiti per poterne ottenere la proprietà; Cass. 9 luglio 2009, n. 16130, in *Foro it.*, 2009, I, c. 3337, con la quale è stato dichiarato nullo per motivo illecito il contratto di vigilanza e di custodia attraverso guardie giurate, con operatività anche in aree territoriali in cui la commissionaria non avrebbe potuto operare contravvenendo così le norme di ordine pubblico che sottopongono l'esecuzione di tale attività all'autorizzazione prefettizia.

(40) R. Scognamiglio, *op. ult. cit.*; U. Breccia, *Motivi illeciti*, in *Il contratto in generale*, Tomo III, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Mario Bessone, XIII, Giappichelli, Torino, 1999, p. 292.

(41) G. Pera, voce *I licenziamenti 1) I licenziamenti individuali*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990, p. 3; O. Mazzotta, *I licenziamenti*, Giuffrè, Milano, 1999,

Mentre il motivo ha avuto una rara applicazione nel diritto civile, esso ha avuto maggior successo nel diritto del lavoro.

All'epoca in cui era vigente il recesso *ad nutum* come regola generale, la nozione di motivo illecito aveva la funzione di sanzionare i casi di licenziamento ritenuti nulli perché contrari alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume (42).

Successivamente, tale nozione è destinata ad avere un maggior successo applicativo attraverso l'opera del legislatore: la categoria del motivo è stata fatta propria e tipizzata in una serie di disposizioni. L'art. 4 della legge n. 604 del 1966, l'art. 15 della legge n. 300 del 1970 e tutta la normativa sui motivi discriminatori non sono altro che una particolare applicazione della disciplina del motivo illecito.

È evidente che attraverso l'introduzione di questa normativa è stato risolto il problema dell'applicazione dell'art. 1345 cod. civ. agli atti unilaterali, perché oramai è la legge che applica il motivo all'atto unilaterale di licenziamento.

Avendo la legge tipizzato gran parte delle ipotesi di motivo illecito, qual è lo spazio applicativo che residua per l'art. 1345 cod. civ. in ambito di licenziamento? Quali sono le ipotesi riconducibili al licenziamento per motivo illecito sanzionate con la nullità dal nuovo art. 18, comma 1?

A ben vedere l'unica ipotesi che residua è quella del licenziamento per ritorsione o rappresaglia.

La giurisprudenza ha definito licenziamento ritorsivo o per rappresaglia il licenziamento che costituisce «l'ingiusta e l'arbitraria reazione a un comportamento legittimo del lavoratore o di altra persona a esso legata, tale da attribuire al licenziamento i connotati dell'ingiusta vendetta» (43).

Pertanto il licenziamento ritorsivo deve costituire «un'iniqua risposta a una determinazione lecita del lavoratore» (44).

p. 39: l'Autore rammenta i casi del rifiuto di soggiacere alla richiesta di prestazioni sessuali del datore di lavoro; del licenziamento per partecipazione a uno sciopero, per appartenenza a una confessione religiosa, a un partito politico o a un sindacato.

(42) A. Cessari, «*Iura*» e «*Leges*» nella disciplina dei licenziamenti individuali, in *Riv. it. dir. lav.*, 1979, I, p. 100; G. Pera, voce cit., p. 3; L. Ventura, *Il principio di eguaglianza nel diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 1984, p. 15.

(43) Cass. 8 agosto 2011, n. 17087, e Cass. 18 marzo 2011, n. 6282, entrambe in *www.plurisonline.it*.

(44) E. Gagnoli, *La nozione di licenziamento ritorsivo e le possibili motivazioni del recesso*, in *q. Riv.*, 2010, II, p. 63; Cass. 17 aprile 2014, n. 8975 (in *www.pluris.it*): la ritorsione deve escludersi se il lavoratore abbia posto in essere comportamenti che ledono il vincolo fiduciario con il datore di lavoro.

Per rimanere ad alcuni esempi, la giurisprudenza ha qualificato come ritorsivo il licenziamento del lavoratore a seguito della proposizione di un'azione giudiziaria nei confronti del datore di lavoro (45); il licenziamento del dipendente che si era rifiutato di proseguire il rapporto come socio lavoratore (46); il licenziamento del lavoratore per lo svolgimento di attività sindacale (47).

Il fatto è che spesso la Corte di Cassazione, pur avendo astrattamente indicato la fattispecie, poi nega l'esistenza del licenziamento per motivo illecito rigettando il ricorso del lavoratore.

Questo è dovuto alla difficoltà di provare i diversi elementi della fattispecie.

Il licenziamento per motivo illecito o per rappresaglia o ritorsivo ricorreva solo qualora il motivo di ritorsione fosse l'unico e determinante del licenziamento. Qualora, pertanto, ricorressero altre ragioni concomitanti con il motivo di rappresaglia (come una giusta causa, un giustificato motivo soggettivo od oggettivo) l'atto di recesso non poteva ritenersi viziato e quindi il licenziamento non poteva essere dichiarato nullo (48).

Tale primo limite indicato dalla giurisprudenza non è altro che l'applicazione del principio civilistico secondo il quale il motivo del negozio deve essere esclusivo e determinante perché altrimenti si confonderebbe con la causa e non avrebbe alcuna rilevanza.

(45) Nella giurisprudenza più risalente vd. Cass. 9 luglio 1979, n. 3930, in *Foro it.*, 1979, I, c. 2333; Cass. 29 luglio 1981, n. 4214, in *Giust. civ.*, 1981, I, p. 2931; più recentemente Cass. 18 marzo 2011, n. 6282, in *www.pluris.it*; Cass. 11 aprile 2013, n. 8846, *ivi*.

(46) Cass. 9 luglio 2009, n. 16155, in q. *Riv.*, 2010, n. 1, II, p. 59.

(47) Cass. 10 novembre 2004, n. 21378, in *Guida dir.*, 2005, p. 275; vd. anche Cass. 17 agosto 1977, n. 3781, in *Foro it.*, 1978, I, 110; Cass. 10 agosto 1979, n. 2856, in *Giust. civ.*, 1979, I, p. 1362; Cass. 16 dicembre 1997, n. 12710, in *Mass. giur. lav.*, 1998, p. 197; vd., in dottrina, O. Mazzotta, *I licenziamenti*, Giuffrè, Milano, 1999, p. 364.

(48) Cass. 16 dicembre 1997, n. 12710, cit.; Cass. 6 maggio 1999, n. 4543, in *Orient. giur. lav.*, 1999, I, p. 615; Cass. 17 gennaio 2013, n. 1136, in *www.pluris.it*; Cass. 5 marzo 2013, n. 5422, in *www.plurisonline.it*: essendovi un addebito disciplinare alla base del recesso non poteva esservi un motivo illecito e ritorsivo unico tale da determinare la nullità del licenziamento; nello stesso senso Cass. 9 marzo 2011, n. 5555, in *Orient. giur. lav.*, 2011, n. 1, p. 157; Cass. 18 marzo 2011, n. 6282, cit.; Cass. 11 aprile 2013, n. 8846, in *www.pluris.it*; Cass. 16 giugno 2013, n. 14319, in *Lav. giur.*, 2014, n. 2, p. 145, rilevano la difficoltà della prova dell'intento ritorsivo che deve essere assolta dal lavoratore «indicando elementi idonei a individuare la sussistenza di un rapporto di causalità tra le circostanze pretermesse e l'asserito intento di rappresaglia» vd. anche Cass. 18 marzo 2013, n. 6710, in *www.plurisonline.it*.

Ora, a mio avviso, l'art. 18 Stat. lav. richiedendo oggi che il motivo sia determinante ma non esclusivo supera questa prima difficoltà consentendo un accesso meno accidentato alla tutela della reintegrazione piena del comma 1.

Peraltro, se la regola dell'esclusività ha una precisa *ratio* nell'ambito delle norme sul contratto, ha una minor ragion d'essere nell'ambito del licenziamento ove potrebbero benissimo convivere due ragioni: quella basata sull'inadempimento del lavoratore e quella di rappresaglia. Il datore di lavoro potrebbe infatti intimare il licenziamento sulla base di un inadempimento notevole o grave effettivamente sussistente ma potrebbe, al contempo, essere animato da un intento ritorsivo nei confronti del lavoratore. In questo caso, come emerge molto bene dalla giurisprudenza precedente al nuovo art. 18 (49), il lavoratore non potrebbe mai accedere alla tutela della reintegrazione, perché prevarrebbe sempre la prima ragione di licenziamento rispetto all'intento ritorsivo.

L'altro limite del licenziamento ritorsivo è correlato all'illiceità che si misura per contrarietà alla norma imperativa, all'ordine pubblico o al buon costume.

Perché il licenziamento possa essere considerato ritorsivo dovrà aver violato una norma di legge, un principio dell'ordinamento giuridico oppure dovrà essere un licenziamento connotato da immoralità per contrarietà del motivo al buon costume (50).

Vi sono casi nei quali è agevole individuare la norma di legge violata o il principio dell'ordinamento leso dal negozio di licenziamento.

Si pensi al licenziamento intimato a seguito dell'azione giudiziale del lavoratore – in questo caso l'illiceità del motivo può essere identificata nella contrarietà al diritto di difesa tutelato come uno dei principi fundamenta-

(49) Cass. 10 novembre 2004, n. 21378, cit.: «per affermare il carattere ritorsivo e quindi la nullità del provvedimento espulsivo, in quanto fondato su un motivo illecito, occorre che l'intento discriminatorio e di rappresaglia per l'attività svolta abbia avuto efficacia determinativa esclusiva della volontà del datore di lavoro, anche rispetto ad altri fatti rilevanti ai fini della configurazione di una giusta causa o di un giustificato motivo di recesso». Nella specie il Tribunale, avendo indicato nel grave inadempimento del lavoratore un giustificato e adeguato motivo del licenziamento, attuato dal datore di lavoro, ha ritenuto che tale inadempimento costituisca quanto meno una delle causali del licenziamento e ha così escluso la efficacia determinativa esclusiva delle ragioni di ritorsione riconducibili all'attività sindacale svolta dal lavoratore.

(50) L. Bigliazzi Geri, U. Breccia, F.D. Busnelli, U. Natoli, *Diritto civile. 1.2. Fatti e atti giuridici*, Utet, Torino, 1987, pp. 719-726; vedi su queste nozioni R. Sacco, *I requisiti del contenuto: la liceità*, in *Trattato di diritto privato diretto da Pietro Rescigno, Obbligazioni e contratti*, Utet, Torino, 2002, p. 395.

li nel nostro ordinamento (art. 24 Cost.) (51), o al licenziamento a seguito del rifiuto del lavoratore di compiere un'attività illecita, o di denuncia da parte del lavoratore di attività illecite. In altri casi risulta più difficile.

In giurisprudenza si può ricordare il caso del lavoratore che aveva rifiutato la conversione dal rapporto da lavoratore subordinato a socio di cooperativa (52) o da tempo pieno a tempo parziale (53), il licenziamento intentato nei confronti della figlia per rivendicazioni del padre contro il datore di lavoro (54), il licenziamento del cognato del datore di lavoro che aveva rilevato particolari intimi della vita privata del datore di lavoro inducendo così la sorella a chiedere la separazione personale (55). In tutte queste ipotesi non si comprende quale sia la norma o il principio di diritto violato.

Peraltro la prova dell'illiceità come anche della ricorrenza del motivo dovrà essere esibita dal lavoratore secondo i principi generali (art. 2697 cod. civ.). Non opera in questo caso l'inversione dell'onere della prova ai sensi dell'art. 5 della legge n. 604 del 1966, né vi è un onere della prova facilitato non ricorrendo un licenziamento discriminatorio; di qui la difficoltà della prova del motivo (56).

Ora si deve segnalare una isolata giurisprudenza secondo la quale se il lavoratore deve provare che il licenziamento è sorretto da motivo illecito il datore di lavoro deve prima provare la giustificazione del licenziamento (57).

Tale pronuncia è interessante nell'ottica della maggiore tutela del lavoratore e, peraltro, conferma la tesi della non esclusività del motivo nel li-

(51) Anche se da questa deve essere distinta l'ipotesi, ricadente oramai nell'ambito del licenziamento discriminatorio, di «ogni comportamento pregiudizievole posto in essere nei confronti della persona lesa da una discriminazione diretta o indiretta o di qualunque altra persona, quale reazione a un'attività diretta a ottenere la parità di trattamento» (art. 4-bis, d.lgs. 9 luglio 2003, n. 216), come ha ben messo in evidenza la dottrina [M. Barbieri, *La nuova disciplina del licenziamento individuale: profili sostanziali e questioni controverse*, in M. Barbieri, D. Dalfino (a cura di), *Il licenziamento individuale nell'interpretazione della legge Fornero*, Cacucci, Bari, 2013, p. 20].

(52) Cass. 9 luglio 2009, n. 16155, in q. *Riv.*, 2010, II, p. 59.

(53) Cass. 6 giugno 2013, n. 14319, *www.pluris.it*.

(54) Cass. 8 agosto 2011, n. 17087, *ivi*.

(55) Cass. 18 marzo 2013, n. 6710, *ivi*: la mera sequenza temporale tra la separazione personale e il licenziamento non è sufficiente a provare il motivo ritorsivo.

(56) Cass. 6 giugno 2013, n. 14319, cit.: «il lavoratore deve indicare elementi specifici tali da provare la rappresaglia del datore di lavoro e non può indicare elementi in astratto ma elementi idonei a individuare l'esistenza di un rapporto di causalità tra circostanze e l'intento di rappresaglia».

(57) Cass. 14 marzo 2013, n. 6501, in *Mass. giur. lav.*, 2013, pp. 864 ss.

enziamento pur non ampliando il suo ambito di applicazione e confermando il suo ruolo residuale. Tant'è che nel caso di specie non è stato riconosciuto l'intento ritorsivo del datore di lavoro (non avendo potuto il lavoratore provarlo in giudizio e che, da quanto riferisce la Corte di Cassazione, sembrava sussistere) quanto invece la insussistenza della giusta causa di licenziamento.

In un'epoca nella quale la normativa antidiscriminatoria non vi era o era solo allo stato embrionale il motivo poteva essere utile proprio a sanzionare i licenziamenti che fossero motivati da scopi illeciti. Da quando, però, la discriminazione ha trovato una sua compiuta disciplina, il motivo come strumento di controllo dell'atto di licenziamento ha un ruolo marginale. Anche il richiamo fatto dall'art. 18, comma 1, nuovo testo non ha cambiato la fattispecie, né tanto meno l'apparato sanzionatorio e il regime probatorio precedente alla riforma.

4. — *Licenziamento discriminatorio e licenziamento ingiustificato* — Allo stesso modo il nuovo art. 18 non ha modificato l'ambito di applicazione del licenziamento ingiustificato e la sua collocazione sistematica rispetto al licenziamento discriminatorio.

Deve essere pertanto confutata la dottrina che ha tentato di sovrapporre al licenziamento per giusta causa e giustificato motivo la disciplina del licenziamento discriminatorio e del licenziamento per motivo illecito determinante, affermando che, a ben vedere, ogni qualvolta vi sia un licenziamento illegittimo questo è discriminatorio (58).

Secondo questa ricostruzione il nuovo articolo 18 Stat. lav. confermerebbe che il licenziamento discriminatorio avrebbe una portata generale.

I presupposti di tale ricostruzione sono tre:

1) i fattori di discriminazione non avrebbero una portata tassativa ma esemplificativa (59);

2) la convinzione che la causa del contratto di lavoro non sia la funzione economico-individuale e consiste «nell'interesse di rilievo costituzionale a disporre di un'organizzazione in vista dello svolgimento di un'attività» (60). Secondo tale opinione, anche il licenziamento, quale negozio unilaterale tra vivi avente contenuto patrimoniale, avrebbe la stessa funzione

(58) M.T. Carinci, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi: modelli europei e flexicurity «all'italiana» a confronto*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2012, n. 4, pp. 554-555.

(59) Vd. nota 7.

(60) M.T. Carinci, *Il licenziamento discriminatorio o per motivo illecito determinante alla luce dei principi civilistici: la causa del licenziamento quale atto unilaterale tra vivi a contenuto patrimoniale*, in *q. Riv.*, 2012, I, p. 647.

economico-individuale che si specifica o nell'interesse a modificare l'organizzazione (licenziamento per motivi economici) o a contrastare l'inadempimento (giusta causa, giustificato motivo soggettivo);

3) tale conclusione sarebbe possibile perché la discriminazione avrebbe un ambito di applicazione generale, così come il motivo illecito che è determinante ma non deve essere più esclusivo, e, inoltre, dalla circostanza che il licenziamento ingiustificato non è altro che un licenziamento con causa in concreto illecita che coincide con il motivo illecito (61).

In realtà nel nuovo articolo 18 le due fattispecie, quella del licenziamento discriminatorio e quella della giusta causa e del giustificato motivo, sono tenute ben distinte, in quanto la prima viola limiti esterni rappresentati da valori costituzionali pari o superiori ai diritti di natura economica garantiti al datore di lavoro, invece in caso di licenziamento per giusta causa o giustificato motivo sono violati limiti interni dettati in relazione (questi sì!) allo scopo perseguito dal datore di lavoro (62).

Nella prima ipotesi la legge contrasta un illecito che non ammette motivazione; nella seconda si ammette il recesso ma filtrato attraverso la motivazione, che non è la causa del negozio quanto un presupposto del licenziamento che la legge richiede perché questo sia legittimo (63).

Inoltre la nuova norma tiene ben distinte le diverse ipotesi di licenziamento graduando l'apparato sanzionatorio proprio in funzione delle diverse fattispecie: tale graduazione salterebbe completamente se si accogliesse la tesi qui esposta.

In conclusione tale ricostruzione non sembra accoglibile per le ragioni già ampiamente illustrate sopra (vedi parr. 2 e 3):

- 1) I motivi discriminatori sono tassativi;
- 2) La nozione di motivo ha un ambito di applicazione residuale;
- 3) La nozione di motivo non può essere confusa con la motivazione del licenziamento. La motivazione è il presupposto del licenziamento, la con-

(61) Tale assimilazione è stata criticata da altra dottrina perché forzerebbe il testo della norma [M. Barbieri, *La nuova disciplina del licenziamento individuale: profili sostanziali e questioni controverse*, in M. Barbieri, D. Dalfino (a cura di), *Il licenziamento individuale nell'interpretazione della legge Fornero*, Cacucci, Bari, 2013, p. 29], in quanto «i motivi portano necessariamente a intendere la discriminazione non già come controllo dell'appropriatezza dei motivi per i quali il potere datoriale è stato esercitato – com'è nel caso della sindacabilità del motivo illecito – ma come “limite esterno” a tutela di interessi altri da quelli del titolare del potere» (ancora M. Barbieri, *ivi*, pp. 32-33).

(62) C. Cester, *La riforma della disciplina dei licenziamenti: principi generali*, in C. Cester, *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, cit., p. 24.

(63) P. Bellocchi, *Il licenziamento discriminatorio*, in *Arg. dir. lav.*, 2013, I, pp. 834-835.

dizione (64) che rende possibile il licenziamento, «il fatto giustificativo», «l'elemento legittimante» (65) che viene espresso al momento dell'intimazione del recesso, mentre il motivo è lo scopo ulteriore, di solito, inespreso che induce il datore di lavoro al recesso;

4) L'estensione del licenziamento discriminatorio e di quello per motivo illecito senza un preciso limite finirebbe per determinare la confusione e la sovrapposizione di questo con le altre fattispecie di licenziamento ingiustificato che prescrivono l'inadempimento notevole o grave del lavoratore con conseguente inapplicabilità delle altre figure sanzionatorie compresa persino la tutela obbligatoria prevista dalla legge n. 604 del 1966 (66).

È evidente che l'interprete, nel difficile compito di valutare la sanzione applicabile alla luce della nuova disciplina, dovrà leggere in un diverso modo i singoli elementi delle singole fattispecie dando rilevanza ad alcuni piuttosto che ad altri elementi. Questo, però, non significa che le fattispecie stesse, stratificatesi nel corso del tempo attraverso i numerosi interventi legislativi e la pluridecennale elaborazione giurisprudenziale, siano state modificate. In altri termini non è cambiato l'ambito di applicazione delle fattispecie di licenziamento ma solo il modo in cui devono essere lette alla luce del nuovo apparato sanzionatorio (67). Le letture che, invece, tendono a modificare tale ambito di applicazione sembrano travisare gli intenti del legislatore.

Pare pertanto immotivato il timore di quella parte della dottrina che ritiene possa essere ampliato a dismisura il comma 1 a scapito degli altri che prevedono tutele ridotte (68), perché le ragioni discriminatorie debbono essere intese in senso tassativo. Solo in questo modo potrà essere effettuata una precisa *actio finium regundorum* tra le diverse fattispecie di licenziamento e tra i diversi regimi sanzionatori.

In conclusione se il datore è stato determinato al licenziamento da una delle ragioni discriminatorie espressamente previste dalla legge il licenzia-

(64) M. Napoli, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1980, p. 17; G. Suppiej, *La struttura del rapporto di lavoro*, Cedam, Padova, 1963, II, p. 90.

(65) Così R. Sacco, *I motivi, i fini, gli interessi*, in R. Sacco, G. De Nova, *Il contratto*, I, Utet, Torino, 1998, p. 685.

(66) V. Speciale, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, p. 548; C. Cester, *op. ult. cit.*, p. 23.

(67) Vd. P. Chieco, *Il licenziamento nullo*, p. 288, che parla di «ineludibile autonomia funzionale e strutturale delle due tipologie di licenziamento ancorata a discipline e sanzioni diverse».

(68) F. Carinci, *Complimenti, dottor Frankenstein: il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro*, in *Lav. giur.*, 2012, n. 6, p. 546.

mento dovrà essere considerato discriminatorio, mentre se intimato sulla base di un inadempimento sarà per giustificato motivo soggettivo, oggettivo o per giusta causa. Occorrerà poi vedere se l'adempimento sussiste, non sussiste o se sussiste ma è di minore entità per applicare i diversi regimi introdotti dalla legge; oppure può anche ricorrere l'eventualità che ricorrano entrambe le fattispecie nel senso che il licenziamento, pur sorretto da un inadempimento o da una ragione organizzativa, è anche discriminatorio. Questa interpretazione supera l'orientamento che, invece, ritiene di accordare al licenziamento discriminatorio un'applicazione residuale confinata solo al caso in cui non vi sia una giustificazione.

In effetti, quest'ultima interpretazione conduceva all'impossibilità di applicare la tutela reintegratoria piena tutte le volte in cui vi fosse formalmente una giustificazione, pur ricorrendo poi nei fatti un licenziamento discriminatorio (69).

Proprio per rimediare a questo inconveniente la giurisprudenza di merito, in applicazione del nuovo art. 18, riconosce la ricorrenza di un licenziamento discriminatorio o di un licenziamento per motivo illecito anche qualora sia addotta altra giustificazione, facendo rifluire alcune ipotesi coperte dalla reintegrazione dimidiata o dalla tutela indennitaria verso la tutela reintegratoria piena (70).

Quindi anche se il datore di lavoro provi la legittimità del licenziamento questo potrà essere qualificato dal giudice come discriminatorio sempre, certo, se, a sua volta, il lavoratore riesca a provare la discriminazione (71).

Stesso ragionamento può essere effettuato per il licenziamento per motivo illecito anche perché oggi la norma non richiede più l'esclusività del motivo (v. par. 3).

Ciò, però non significa che vi sia una sovrapposizione tra la fattispecie del licenziamento discriminatorio o per motivo illecito e quella del licenziamento ingiustificato.

(69) O. Mazzotta, *Manuale di diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 2010, p. 521: è «un ragionamento che si chiude in un circolo vizioso, tale da escludere ogni rilievo alla tutela antidiscriminatoria».

(70) Trib. Bologna 19 novembre 2012, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, II, pp. 271 ss.; Trib. Milano 11 febbraio 2013, in *Boll. spec. Adapt*, 2013, p. 21; abbraccia l'impostazione tradizionale dell'alternatività tra le due tipologie di licenziamento Trib. Milano 20 novembre 2012, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, II, p. 654. Per un'illustrazione dei contenuti delle sentenze e delle problematiche da queste poste, vd. M. Biasi, *Il nuovo art. 18 dopo un anno di applicazione giurisprudenziale, un bilancio provvisorio*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 181/2013, pp. 11-18.

(71) P. Albi, *Il licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo dopo la riforma Monti-Fornero*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 160/2012, p. 17.

A ogni modo sarà la giurisprudenza della Corte di Cassazione a decidere quale spazio dare al licenziamento discriminatorio e a quello per motivo illecito con risultati difficilmente prevedibili (72).

5. — *L'«accesso» alla tutela reintegratoria piena: il cd. «rito Fornero» e il rito ai sensi dell'art. 28 del d.lgs. 1° settembre 2011, n. 150* — Mentre sembra, oramai, abbastanza chiara la distinzione tra le fattispecie di licenziamento e, in particolare, tra licenziamento discriminatorio e altre tipologie di recesso datoriale (per motivo illecito o ingiustificato), più difficile è, invece, per il difensore che si appresti a depositare un ricorso scegliere il rito per ottenere tutela, perché in realtà in caso di licenziamento discriminatorio attualmente esistono due tipologie di rito speciale (73). Il primo rito è quello introdotto dalla legge n. 92 del 2012: il cd. «rito Fornero» (legge n. 92 del 2012, art. 1, commi da 48 a 68). Infatti, in forza dell'art. 1, comma 47: «le disposizioni dei commi da 48 a 68 si applicano alle controversie aventi a oggetto l'impugnativa dei licenziamenti nelle ipotesi regolate dall'art. 18, legge 18 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni, anche quando devono essere risolte questioni relative alla qualificazione del rapporto di lavoro». Sono quindi incluse tutte le ipotesi di recesso illegittimo, di licenziamento nullo, tra cui quello discriminatorio (74).

Il nuovo rito è stato classificato dalla dottrina che se ne è occupata un procedimento sommario non cautelare (75) di natura necessaria avente la funzione di anticipazione satisfattiva della pretesa (76).

Il secondo rito è previsto dall'art. 28 del d.lgs. n. 150 del 2011. Anch'esso è un rito sommario come il primo, ma si applica solo al caso del licenziamento discriminatorio.

In particolare, il procedimento in materia di discriminazioni e di licenziamento discriminatorio non è altro che l'ultimo di una serie di procedimenti speciali introdotti da leggi susseguitesesi nel corso degli anni.

In materia di discriminazione di genere vi sono almeno quattro azioni,

(72) C. Cester, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, cit., p. 566.

(73) G. Amoroso, *La giurisprudenza di legittimità in tema di discriminazione di genere e di pari opportunità*, in *Arg. dir. lav.*, 2013, I, p. 1362.

(74) M. De Cristofaro, G. Gioia, *Il nuovo rito dei licenziamenti: l'anelito alla celebrità per una tutela sostanziale dimidiata*, in C. Cester, *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, cit., p. 382.

(75) F.P. Luiso, *Il processo speciale per l'impugnazione del licenziamento*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, I, p. 125.

(76) D. De Feo, *La prima fase del rito speciale in materia di licenziamenti*, in *Arg. dir. lav.*, 2013, I, p. 106.

due a cognizione piena e due a cognizione sommaria, rispettivamente per la tutela delle discriminazioni individuali e delle discriminazioni collettive.

Una via di impugnazione è quella ordinaria del processo del lavoro con la peculiarità che possono agire in giudizio anche il Consigliere e la Consigliera di parità «su delega della persona che vi ha interesse, ovvero di intervenire nei giudizi promossi dalla medesima» (art. 36, comma 2, d.lgs. n. 198 del 2006).

L'art. 38 del d.lgs. n. 198 del 2006 prevede un procedimento a cognizione sommaria, modellato sul procedimento per la repressione della condotta antisindacale, e un'azione nel procedimento a cognizione piena

L'art. 37 introduce l'azione collettiva nel procedimento a cognizione piena, mentre l'art. 37, commi 4 e 5, in quelli a cognizione sommaria. Sono dette azioni collettive perché in queste ipotesi la legittimazione ad agire è attribuita in via esclusiva al Consigliere o alla Consigliera di parità, che possono agire in giudizio anche qualora manchi o non siano individuabili in modo immediato e diretto le lavoratrici o i lavoratori lesi dalle discriminazioni. Inoltre perché possono prevedere un piano di rimozione delle discriminazioni (77).

Accanto a tali azioni occorre menzionare quelle introdotte dall'art. 44 del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, contro le discriminazioni di cui sono vittima gli immigrati. Anche questo Testo Unico prevede due azioni: la prima individuale (art. 44, commi 1 e 6, dello stesso d.lgs.); la seconda collettiva che può essere presentata dalle rappresentanze locali delle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative a livello nazionale (art. 44, comma 10, d.lgs. cit.) (78).

Infine, ulteriori azioni con riguardo però alle nuove ragioni discriminatorie sono state introdotte dai d.lgs. n. 215 e n. 216 del 2003. Entrambe le azioni sono modellate sull'art. 44. I procedimenti testé illustrati sono oggi inquadrati, da ultimo, dal d.lgs. n. 150 del 2011 tra i riti sommarî di cognizione che si caratterizzano per la celerità. La nuova disciplina ripete quasi pedissequamente quanto dettato nelle altre disposizioni in materia di risarcimento del danno, e cioè tutela demolitoria e ripristinatoria, piano di rimozione delle discriminazioni (art. 28, comma 5, d.lgs. cit.), quantificazione del danno sulla base della ritorsione o ingiusta rea-

(77) Essendo però non il gruppo dei lavoratori o il sindacato ad agire ma l'autorità amministrativa, queste azioni sono in realtà non *collective actions* ma *administrative actions*. Il prototipo dell'azione collettiva rimane, in ogni caso, l'art. 28 della legge n. 300 del 1970 sulla repressione della condotta antisindacale.

(78) A. Lassandari, *Le discriminazioni nel lavoro, nozioni, interessi, tutele*, Cedam, Padova, 2010, p. 313.

zione del datore di lavoro (comma 6), pubblicazione del provvedimento di condanna (comma 7).

La vera novità della norma è in tema di onere della prova. Proseguendo nella linea dell'alleggerimento di tale onere, prevede che qualora «il ricorrente fornisce elementi di fatto, desunti anche da dati di carattere statistico, dai quali si può presumere l'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori, spetta al convenuto l'onere di provare l'insussistenza della discriminazione» (79). Inoltre statuisce che «i dati di carattere statistico possono essere relativi anche alle assunzioni, ai regimi contributivi, all'assegnazione delle mansioni e qualifiche, ai trasferimenti, alla progressione in carriera e ai licenziamenti dell'azienda interessata» (art. 28, comma 4, del d.lgs. n. 150 del 2011).

Il quadro complessivo di questi strumenti processuali appare disorganico e non omogeneo rispetto alle differenti ragioni discriminatorie (80).

Inoltre in dottrina prevale la tesi che il nuovo rito in materia di licenziamenti sarebbe obbligatorio e quindi impedirebbe al lavoratore la possibilità di optare per il rito ordinario del lavoro (81).

Orbene il lavoratore potrebbe imboccare la via del rito Fornero o del rito in materia di discriminazioni, entrambi sommari e quindi celeri al fine di ottenere la nullità del licenziamento e, pertanto, la reintegrazione nel posto di lavoro.

In realtà, però, a ben vedere, dalle prime risultanze giurisprudenziali (82) il nuovo rito sui licenziamenti è preferito di gran lunga a quello sulle discriminazioni in caso di sospetto licenziamento discriminatorio (83). A mio parere ciò si verifica perché il rito sommario in materia di licenziamento, dettato dalla legge n. 92, permette di avere più possibilità di far valere il licenziamento in quanto consente, nel caso in cui non sia riconosciuta la ricor-

(79) L'art. 4, comma 4, dei d.lgs. n. 215 e n. 216 del 2003 prevedono che «il ricorrente possa dedurre in giudizio, anche sulla base di dati statistici, elementi di fatto, in termini chiari, precisi e concordanti, che il giudice valuta ai sensi dell'art. 2729, comma 1, del codice civile».

(80) A. Lassandari, *op. ult. cit.*

(81) F.P. Luiso, *op. ult. cit.*, p. 132; D. Dalfino, *Il licenziamento dopo la legge n. 92 del 2012: profili processuali*, in *Il licenziamento individuale nell'interpretazione della legge Fornero*, Cacucci, Bari, 2013, p. 66.

(82) Spiccano solo la sentenza del Trib. di Ravenna del 18 marzo 2013, in q. *Riv.*, 2014, II, p. 127, e quella del Trib. di Roma del 28 novembre 2011, in *www.giustlavoristi.it*.

(83) Invero anche la dottrina se ne è occupata poco o niente quasi a ignorare l'esistenza di questi riti e la loro possibile utilizzazione in caso di licenziamento discriminatorio.

renza della discriminazione, la possibilità di far valere, in via subordinata, l'ingiustificatezza del licenziamento e gradatamente, in via ulteriormente subordinata, la tutela indennitaria forte o debole (art. 18, par. 4 ss.).

Inoltre, secondo l'interpretazione più accreditata (84), nell'ambito dello stesso rito potrebbero essere richiesti anche i danni non patrimoniali derivanti dal licenziamento discriminatorio rendendo sostanzialmente inutili le azioni in materia di discriminazione.

Al contrario, in caso in cui venga scelto il rito speciale per le discriminazioni, l'unica possibilità è quella di sentirsi dichiarare dal giudice la natura discriminatoria del licenziamento con tutte le difficoltà di dimostrare tale assunto in giudizio.

Inoltre nel caso si voglia far valere l'ingiustificatezza del licenziamento il lavoratore gode dell'inversione dell'onere della prova; nel caso di rito sulle discriminazioni solo di un alleggerimento dell'onere (vd. par. 7).

6. — *Il regime sanzionatorio in caso di licenziamento discriminatorio e nullo* — Per tutte le fattispecie di licenziamento illustrate sopra è applicabile la tutela prevista dall'art. 18, comma 1, che prevede la reintegrazione nel posto di lavoro e il pagamento del risarcimento del danno commisurato all'ultima retribuzione globale di fatto maturata dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione.

La nullità del licenziamento comporta la corresponsione di tutte le retribuzioni dal momento del licenziamento sino alla riammissione in servizio. In aggiunta il datore di lavoro condannato dovrà versare i contributi previdenziali e assistenziali, mentre tali contributi non risultano dovuti nel caso in cui il lavoratore ai sensi dell'art. 18, comma 3, opti per l'indennità sostitutiva della reintegrazione, pari a 15 mensilità di retribuzione, perché la richiesta determina la risoluzione del rapporto e, dunque, non è somma che ha origine nel rapporto di lavoro (85).

Orbene, il nuovo art. 18, citando espressamente le ipotesi di licenziamento nullo e disciplinando specificamente il regime sanzionatorio a esse applicato, supera definitivamente la *querelle* sull'applicazione del regime di diritto comune sugli atti nulli o di quello speciale previsto dall'art. 18 (86),

(84) G. Vidiri, *Il nuovo rito sui licenziamenti: una norma di difficile lettura*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, I, p. 53; vd., *contra*, A. Vallebona, *La riforma del lavoro 2012*, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 73-74.

(85) M. Marazza, *L'art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei lavoratori*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, n. 3, p. 616.

(86) Vd. P. Tullini, *La cd. tutela reale di diritto comune*, in *Piccola impresa e diritto del lavoro*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, Utet, Torino, 1991, pp. 103 ss.

propendendo oramai per una marginalizzazione del primo (87). Il regime dettato con la finalità di risarcire il lavoratore illegittimamente licenziato risulta essere parzialmente diverso in punto di quantificazione della somma erogabile rispetto a quella di diritto comune. Prevede, infatti, che il datore di lavoro sia condannato a risarcire il danno pagando una somma (la norma continua a usare il termine «indennità» con un'evidente imprecisione terminologica) commisurata «all'ultima retribuzione globale di fatto maturata dal giorno del licenziamento fino a quello dell'effettiva reintegrazione dedotto quanto percepito, nel periodo di estromissione, per lo svolgimento di altre attività lavorative».

La quantificazione del risarcimento sembra, da un lato, essere migliorativa perché non prende in considerazione come computo le retribuzioni effettivamente percepite dal lavoratore durante il periodo che va dal licenziamento alla reintegrazione, quanto solo l'ultima retribuzione che il lavoratore ha percepito, a differenza del regime previgente che prevedeva l'erogazione delle retribuzioni globali di fatto (88); al contempo, però, prescrive la sottrazione dell'*aliunde perceptum*.

Come è stato opportunamente sottolineato, nei casi di licenziamento particolarmente odioso come i licenziamenti nulli perché discriminatori o per motivo illecito non ha ragione di essere applicato il principio previsto dall'art. 1227 cod. civ., comma 2, che obbliga il creditore a collaborare ai fini della riduzione dell'entità del danno (89).

Nelle ipotesi di divieto di licenziamento per causa di matrimonio, licenziamento della lavoratrice-madre e in gravidanza, fruizione del congedo parentale, congedo per il lavoratore-padre è prevista, in aggiunta alla reintegrazione, l'irrogazione di una sanzione amministrativa da euro 1032,00 a euro 2582,00, della quale non è ammesso il pagamento in misura ridotta ai sensi della legge n. 689 del 1981 (art. 54, comma 8, del d.lgs. n. 151 del 2001).

Nel complesso le tutele che sono accordate al lavoratore in caso di licenziamento nullo sembrano accresciute rispetto al regime previgente, ma risulta invece ridotto il loro ambito di applicazione.

7. — *Luci e ombre nel conseguire tutele antidiscriminatorie in caso di licenziamento: profili comparati* — In linea teorica non è errato porre al cen-

(87) A. Vallebona, *op. ult. cit.*, p. 49.

(88) C. Cester, *I quattro regimi sanzionatori del licenziamento illegittimo fra tutela reale rivisitata e nuova tutela indennitaria*, in C. Cester, *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, cit., p. 61.

(89) C. Cester, *op. ult. cit.*, p. 66.

tro della tutela reintegratoria forte il licenziamento discriminatorio. Questo è un atto che colpisce il lavoratore nelle sue caratteristiche personali facenti parte della sua identità. Mentre il licenziamento correlato a inadempimenti può colpire illegittimamente comportamenti del lavoratore e quindi un suo *modus operandi* e non la sua persona, così come le ragioni economiche che spingono il datore di lavoro a recedere sono dettate da convenienze dello stesso imprenditore. Sembra dunque opportuna la scelta del legislatore. La questione è, però, che nel nostro ordinamento, a differenza di altri, la normativa antidiscriminatoria ha una scarsa effettività. Le ragioni sono certamente sociali, culturali, politiche, ma non solo. A guardare bene la legislazione attuativa di direttive comunitarie sembra risultare, per molti aspetti, di scarso impatto applicativo in termini di azionabilità delle tutele (*enforcement*). È, infatti, proprio sul versante del processo che risulta estremamente difficile dare a essa attuazione.

Le ragioni dello scarso impatto pratico nel nostro ordinamento della normativa antidiscriminatoria individuate dalla dottrina sono, in primo luogo, di natura psicologica. Il soggetto leso non ha coscienza della possibilità di poter agire in giudizio in quanto è convinto che la sottoposizione ai poteri del datore di lavoro comporta anche una necessaria sminuizione della persona che può sfociare nella discriminazione (90).

Altre ragioni sono da rinvenirsi, a mio parere, nello stesso assetto della disciplina protettiva del diritto del lavoro. La protezione offerta dal diritto del lavoro è una protezione superindividuale basata sulla tutela del gruppo di lavoratori accomunati dall'interesse collettivo che trova la sua massima espressione nelle statuizioni del contratto collettivo di lavoro. La non discriminazione invece, trovando la sua origine negli ordinamenti liberali di radice anglosassone, rappresenta la protezione attribuita dallo Stato al singolo individuo o a singoli gruppi di individui portatori di determinate caratteristiche o in particolari condizioni. L'interesse collettivo, invece, per essere conseguito comporta il sacrificio del singolo. Ciò è particolarmente evidente anche nella classificazione professionale dei contratti collettivi ove spesso non viene rispettata la parità di trattamento e la non discriminazione (91). Questo accade perché il gruppo protetto dalla normativa antidiscriminatoria non coincide con quello tutelato dai contratti collettivi e

(90) E.M. Mastinu, *Diritto e processo nella lotta contro le discriminazioni di genere*, Cedam, Padova, 2010, p. 98; M. Pedrazzoli, *Lesione dei beni della persona e risarcibilità del danno nei rapporti di lavoro*, in *Dir. rel. ind.*, 1995, p. 285.

(91) G. De Simone, G.A. Rivara, *Report on Collective Bargaining by the Network of Legal expert on the application of Community law on equal treatment between women and men* [June 2006], Italy, p. 42.

benché sia astrattamente possibile in concreto non è legittimato a chiedere al giudice di sindacare il contratto collettivo. Anche se due contratti collettivi prevedessero un diverso trattamento per uomini e donne dando luogo a una discriminazione il singolo lavoratore non potrebbe riuscire a ottenere tutela sulla base della non discriminazione e contro le statuizioni del contratto collettivo (92).

In altre parole il sistema delle relazioni industriali italiano è molto protettivo per i lavoratori (93), nella dimensione collettiva, ma questa dimensione collettiva tende a livellare le posizioni dei singoli lavoratori senza considerare le singole condizioni suscettibili di discriminazione (94).

Inoltre, sul versante strettamente tecnico, la normativa antidiscriminatoria presenta alcuni profili che riducono, o rendono più difficile, invocare protezione contro le discriminazioni illegittime.

I d.lgs. n. 215 e n. 216 del 2003, all'art. 3, comma 3 e comma 5 (sul lavoro nelle organizzazioni di tendenza), prevedono accanto ai divieti ampie eccezioni. Queste possono rendere pressoché giustificabile qualsiasi discriminazione e, parimenti, qualsiasi licenziamento discriminatorio.

In particolare il riferimento «al contesto» nel quale la prestazione viene eseguita può rendere la facoltà di deroga talmente ampia da svuotare completamente lo stesso ambito di applicazione dei divieti di discriminazione (95).

Ma è proprio nell'ambito delle tecniche processuali che sono riscontrabili le più significative carenze.

Nonostante siano stati introdotti sofisticati strumenti processuali e benché il giudice del lavoro italiano abbia notevoli poteri istruttori, risulta difficile dare la prova della discriminazione (96).

(92) J. Villalon De La Cruz, *Lo sviluppo della tutela antidiscriminatoria nel diritto comunitario*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2003, p. 366.

(93) Ciò è dimostrato dalla alta percentuale di lavoratori sindacalizzati in Italia, B. Ebbinghaus, J. Visser, *Trade Unions in Western Europe since 1945*, Pelgrave, London, 2004, p. 376).

(94) E. Ghera, *Commento agli artt. 15 e 16*, in U. Prosperetti, *Commentario dello Statuto dei lavoratori*, Giuffrè, Milano, 1975, p. 410, che rivela il contrasto tra la tecnica di protezione individuale della non discriminazione e la dimensione sindacale che si esplica a livello collettivo.

(95) Condivisibili sono le considerazioni di P. Chieco, *Frantumazione e ricomposizione delle nozioni di discriminazione*, in *q. Riv.*, 2006, I, pp. 580-581: secondo il quale le esenzioni previste dai due decreti legislativi sono a carattere indefinito e per tale ragione in contrasto con le direttive comunitarie.

(96) Già rilevava la difficoltà di provare la discriminazione in giudizio A. Vallebona, *L'onere della prova degli atti discriminatori*, in *Lav. dir.*, 1989, p. 333; ma vedi anche F. Guarriello, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*,

Vero è che le norme introdotte hanno determinato un alleggerimento dell'onere della prova che, invece, prima era solo a carico del lavoratore: ora il ricorrente può fornire fatti desunti anche da dati di carattere statistico, dai quali si può presumere l'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori e a quel punto spetta al convenuto-datore di lavoro l'onere di provare l'insussistenza della discriminazione (art. 40, d.lgs. n. 198 del 2006, e art. 28, comma 4, d.lgs. n. 150 del 2011), ma è anche vero che non vi è l'inversione dell'onere della prova a presidio della tutela antidiscriminatoria, come è invece in altri paesi. Oggi la prova della discriminazione può essere fornita anche attraverso elementi statistici, ma è il lavoratore che deve produrre in giudizio tali elementi, e solo e soltanto dopo che li avrà forniti sarà il datore di lavoro a dovere allegare in giudizio elementi a sua discolpa. Tale previsione, mutuata dalla normativa europea, è una buona pratica nella prova delle discriminazioni ma non determina (97), come in caso di licenziamento ingiustificato, l'inversione dell'onere della prova in capo al datore di lavoro (vedi art. 5, legge n. 604 del 1966) (98).

Neppure la modifica apportata ai decreti n. 215 e n. 216 del 2003 a seguito della procedura di infrazione contro l'Italia per la non adeguata attuazione della Direttiva comunitaria n. 54 del 2006, che invece prevede l'inversione dell'onere della prova (procedura n. 2005/2358) (99), ha modificato tale stato di cose.

L'art. 4 dei d.lgs. n. 215 e n. 216 del 2003 è stato prima modificato dall'art. 8-*sexies* della legge 6 giugno 2008, n. 101, imponendo che il lavoratore dovesse provvedere indizi «gravi e concorrenti»; anche se non più richiesto dalla legge che tali indizi siano anche precisi, la modifica era troppo marginale per alleggerire l'onere della prova del lavoratore e ben lontano dalla vera e propria inversione dell'onere della prova (100). Oggi tale disciplina è stata riscritta dall'art. 28 del d.lgs. 1° settembre 2011, n. 150. In

2003, n. 3-4, p. 344, afferma che l'esperienza applicativa delle direttive di genere nel nostro paese «non è stata edificante».

(97) E.M. Mastinu, *Diritto e processo nella lotta contro le discriminazioni di genere*, Cedam, Padova, 2010, pp. 121-133.

(98) Su cui ampiamente O. Mazzotta, *I licenziamenti*, Giuffrè, Milano, 1999, p. 403.

(99) J. Malmberg, *Effective enforcement of EC Labour Law* (a cura di J. Malmberg ed.), Kluwers, 2003, pp. 68-89; la procedura di infrazione riguardava anche la definizione di discriminazione (art. 2); l'attività lavorativa (art. 4); la protezione dei diritti (art. 7); per ulteriori informazioni vedi L. Calafà, *Il diritto antidiscriminatorio nazionale instabile. Cronologia degli interventi legislativi recenti e procedure di infrazione in corso*, in D. Gottardi, L. Calafà (a cura di), *Il diritto antidiscriminatorio*, Roma, 2009, p. 67.

(100) E.M. Mastinu, *op. ult. cit.*, p. 121.

forza di tale previsione «Quando il ricorrente fornisce elementi di fatto, desunti anche da dati di carattere statistico, dai quali si può presumere l'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori, spetta al convenuto l'onere di provare l'insussistenza della discriminazione»; ma la prova statistica che consente di fornire il fatto attraverso cui onerare della controprova il datore di lavoro è molto difficile da fornire (101). Il lavoratore dovrebbe provvedere in giudizio elementi relativi all'organizzazione del datore di lavoro che sono per lo più a lui sconosciuti.

Le sentenze del Tribunale di Roma del 21 giugno 2012 (102) e della Corte d'Appello di Milano 19 ottobre 2012 (103) sono casi emblematici di utilizzazione dell'elemento statistico per provare con successo la discriminazione. La prima pronuncia è particolarmente interessante perché è stata riconosciuta la ricorrenza di una discriminazione collettiva attraverso la prova statistica (104); inoltre è anche un'applicazione del nuovo rito introdotto dal d.lgs. n. 150 del 2011.

Il caso ha riguardato la riassunzione dei lavoratori iscritti al Fiom nel nuovo stabilimento Fiat di Fabbrica Italia Pomigliano Spa perché illegittimamente pretermessi.

L'utilizzo della prova statistica è stato abbastanza agevole, essendo la vicenda venuta agli onori della cronaca ed essendo per molto tempo sotto i riflettori della pubblica opinione, ma è restato isolato.

Uguale esito non ha avuto la causa intentata dagli stessi lavoratori per sospetto licenziamento collettivo ritorsivo proprio perché mancante di prove sufficienti a dimostrare la ritorsione dovuta a motivi sindacali e a convinzioni personali (105); inoltre la Corte di Cassazione ha chiarito che la

(101) Cass. 5 giugno 2013, n. 14206, in *Mass. giur. lav.*, 2013, pp. 667 ss.: secondo la Cassazione il regime probatorio è alleggerito ma non siamo in presenza di un'inversione dell'onere della prova ma di «un onere probatorio asimmetrico», perché il ricorrente deve dimostrare circostanze di fatto fondate su presunzioni precise e concordanti anche se non gravi da cui si possa inferire la discriminazione a danno del lavoratore.

(102) Pubblicata in *Mass. giur. lav.*, 2012, pp. 610 ss.

(103) In *Mass. giur. lav.*, 2013, pp. 2 ss.

(104) Nella pronuncia è affermato che l'esito della simulazione statistica «è oltremodo significativo e non solo suggestivo, essendo stato dimostrato che in una selezione casuale, appunto, le probabilità che nessuno degli iscritti Fiom venisse selezionato per l'assunzione ammontano a una su dieci milioni». «Deve pertanto ritenersi che gli elementi di fatto forniti da parte ricorrente, desunti anche da dati di carattere statistico – che l'accademico, ancorché su incarico di parte, ha ritenuto idonei a costituire premesse della simulazione –, consentano di presumere l'esistenza di atti discriminatori, con conseguente insorgenza dell'onere della parte convenuta di provare l'insussistenza della discriminazione».

(105) Trib. Roma 22 gennaio 2013, in *Arg. dir. lav.*, 2013, II, p. 363.

prova statistica «ancorché non caratterizzata da rigore scientifico cui *resisti non potest* non può che essere caratterizzata, ai fini della controllabilità globale dei risultati, da una chiara esplicitazione delle modalità di rilevazione degli stessi, dalla misurazione oggettiva e quantitativa dei fenomeni, da chiare modalità di presentazione delle informazioni» (106).

Orbene la prova della discriminazione rimane una prova difficile. Più semplice è provare il licenziamento ingiustificato perché vi è inversione dell'onere probatorio.

Ma v'è di più. La posizione del lavoratore è ancor più svantaggiata in termini di onere della prova nel caso di altre ipotesi di licenziamento nullo (per motivo illecito o per frode alla legge) ove la prova è totalmente a suo carico, non essendo estensibile la particolare disciplina prevista in caso di licenziamento discriminatorio.

In altri paesi, come ad esempio la Gran Bretagna, ove la *non-discrimination law* è uno dei fulcri delle tutele lavoristiche, è stata introdotta con l'*Equality law Act* del 2010 l'inversione dell'onere della prova. La *Section 136* dell'*Equality law Act* 2010 prevede che «Se ci sono fatti dai quali la Corte può decidere senza altre spiegazioni che una persona (A) contravvenga alle disposizioni qui coinvolte, la Corte deve convenire che l'infrazione delle norme vi sia stata, ma ciò non si applica se A dimostra che non ha commesso l'infrazione». Come si può vedere, questa disposizione inverte a carico del datore di lavoro l'onere della prova. Questo regime consente un ricorso alla normativa antidiscriminatoria molto più frequente che in Italia. Come è stato sottolineato dalla dottrina, in Gran Bretagna l'acquisizione degli elementi di prova prevede due fasi (107). In una prima fase il lavoratore ricorrente deve fornire fatti da cui con buona probabilità il giudice possa inferire la ricorrenza della discriminazione. In una seconda fase, invece, dovrà essere il datore di lavoro a provare che non vi era discriminazione. La *case law* in questa ipotesi ha specificato che il datore di lavoro deve dare «una prova irrefutabile per adempiere all'onere della prova» (108).

Ben diversa è la situazione italiana ove, invece, pur se alleggerito, l'onere della prova grava sul lavoratore.

(106) Cass. 5 giugno 2013, n. 14206, cit.: la lavoratrice aveva tentato di provare l'evidenza statistica attraverso due interpellanze parlamentari che dimostravano l'esiguità del personale femminile promosso e i giudici della Cassazione hanno ritenuto tali elementi non sufficienti a provare la discriminazione.

(107) B. Hepple, *Equality The new legal framework*, Hart Publishing, Oxford, 2011, p. 166.

(108) Vd. *Igen Ltd v. Wong* [2005], in *Industrial relations law reports*, p. 258.

8. — *Conclusioni* — Queste ultime riflessioni pongono seri dubbi sull'effettività del nuovo art. 18 in termini di tutela del lavoratore. Non si comprende come potrebbe la tutela reintegratoria piena avere un'effettiva applicazione in giudizio. Com'è accaduto per la normativa antidiscriminatoria anche il nuovo art. 18, comma 1, potrebbe avere, per gli stessi punti di debolezza di quella normativa, uno scarso impatto pratico. E infatti già a una prima approssimativa valutazione numerica delle sentenze in tema di licenziamento discriminatorio si può da subito notare una scarsa casistica avente a oggetto, per lo più, le ragioni sindacali o politiche, mentre risultano assenti pronunce su licenziamenti per le altre ragioni discriminatorie correlate alle condizioni personali o alle caratteristiche del lavoratore; e, invece, si contano a decine le sentenze per le altre ipotesi di licenziamento illegittimo.

Se il nuovo regime sanzionatorio dei licenziamenti nulli e discriminatori è il solo che consente di reinstaurare il rapporto di lavoro come se il licenziamento non sia mai avvenuto, tale traguardo sembra difficilmente conseguibile per tutte le ragioni illustrate sopra che hanno reso più in generale l'impatto pratico della normativa discriminatoria in Italia estremamente ridotto.

In conclusione l'impressione è che l'intento pur nobile di mettere al centro del sistema di tutela dei licenziamenti la persona e di porre in secondo piano le modalità di comportamento o le ragioni economiche, destinando a esse una tutela meno effettiva, sia andato a scapito dello stesso lavoratore che per ragioni culturali, sociali e politiche, ma soprattutto per ragioni tecniche legate alla poca efficienza degli strumenti processuali a disposizione, molto difficilmente potrà avere la tutela reintegratoria piena.

ABSTRACT

L'art. 18 della legge 20 maggio 1970, n. 300, anche a seguito delle modifiche apportate dalla legge 28 giugno 2012, n. 92, protegge il lavoratore in caso di licenziamento discriminatorio o di licenziamento nullo con la tutela più forte costituita dalla reintegrazione piena e dal regime speciale che caratterizzava il vecchio testo dell'art. 18, mentre, com'è noto, il nuovo articolo 18 introduce una graduazione del sistema sanzionatorio.

La scelta di attribuire la tutela della reintegrazione al caso del licenziamento discriminatorio non sembra essere irrazionale: la non discriminazione presidia diritti fondamentali della persona che debbono essere tutelati in maniera prioritaria dall'ordinamento. Senonché l'esperienza pratica mostra che la normativa antidiscriminatoria ha trovato scarsa applicazione nel nostro ordinamento. Se tale stato di cose dovesse persistere la tutela della reintegrazione piena avrebbe una limitatissima applicazione pratica. Una più frequente applicazione potrebbe essere ottenuta attraverso un miglioramento degli strumenti processuali e, soprattutto, l'introduzione dell'inversione dell'onere della prova già presente in altri paesi europei.

NON-DISCRIMINATION LAW, DISCRIMINATORY DISMISSAL AND PROTECTIONS EFFECTIVITY

Article 18 of the law 20th of may 1970, n. 300, although modified by the law 28th of june 2012, n. 92, protects employee with the reinstatement and with the special regime of compensation provided by the previous version of the article 18, in case of discriminatory dismissal or in case of the other unfair dismissals declared void by law. But now the new art. 18 introduces a graduation of the sanctions in case of different kinds of unfair dismissal.

The choice to protect employees dismissed for discriminatory reasons with the reinstatement is not illogical. Now non-discrimination law protects fundamental rights of the person whose dignity must be fully guaranteed. Practical experience shows that non-discrimination law have a rarely practical application. If this situation will persist the new reinstatement regime will be applied very rarely.

A more frequent practical application of art. 18 could be obtained through an improvement of procedural instruments and, in particular, by the introduction of the reversal of the burden of proof already introduced by law in other European countries.

Marco Lozito (*)

TENDENZE DELLA CONTRATTAZIONE NAZIONALE
IN MATERIA DI CONTRATTO A TERMINE, *PART-TIME*
E APPRENDISTATO PROFESSIONALIZZANTE (PARTE I) (**)

SOMMARIO, PARTE I: 1. Premessa. — 2. Contrattazione collettiva e contratto a termine. — 2.1. Le ipotesi di legittima opposizione del termine. — 2.2. Altri profili oggetto di rinvio. — 2.3. Gli intervalli temporali minimi tra due contratti a termine. — 3. Contrattazione collettiva e *part-time*. — 3.1. La flessibilizzazione del *part-time*. a) clausole elastiche e flessibili; b) lavoro supplementare. — 3.2. Tutele negoziali (ulteriori) per i lavoratori a tempo parziale.

SOMMARIO, PARTE II: 4. Contrattazione collettiva e apprendistato professionalizzante. — 4.1. La formazione. — 4.2. Gli altri profili del rapporto di lavoro. — 5. Considerazioni conclusive.

1. — *Premessa* — L'attenzione della dottrina giuslavoristica per i contratti di lavoro usualmente denominati «flessibili» (o anche, in senso atecnico, «atipici») (1) è un dato ormai acquisito. Questa attenzione può ricollegarsi allo sviluppo, soprattutto nell'ultimo decennio, di una disciplina legale molto articolata e sempre più frequentemente modificata del legislatore (2), fi-

(*) Dottore di ricerca in Diritto del lavoro presso l'Università di Bari «Aldo Moro».

(**) La Parte II dello studio verrà pubblicata nel prossimo fascicolo di q. *Riv.*

(1) Tale denominazione, come noto, è dovuta al fatto che i contratti in questione si discostano dal «tradizionale» rapporto di lavoro subordinato, sebbene per profili diversi.

(2) La tendenza del legislatore a operare tali modifiche non pare del resto arrestarsi. Quando il presente studio era già stato consegnato, la legge 16 maggio 2014, n. 78 (nei termini che saranno analiticamente esaminati da Aa. Vv. nel prossimo fascicolo di q. *Riv.*), è intervenuta sul contratto a termine e sull'apprendistato ridefinendo, per quanto più interessa in questa sede, i confini di utilizzo del primo e la disciplina relativa alla quota minima di apprendisti da stabilizzare. Il legislatore ha scelto di allentare questi due vincoli rispetto (alla previgente disciplina legale e) alla disciplina prevista da alcuni contratti collettivi, di seguito esaminata. Ebbene, sino a un ulteriore intervento delle parti negoziali, l'impatto di quest'ultima riforma sulla disciplina contrattuale in materia non potrà che valutarsi, ad avviso di chi scrive, secondo le logiche indicate di seguito nel testo con riferimento alle precedenti riduzioni legislative di alcuni vincoli per l'utilizzo dei contratti flessibili.

nalizzata a governare e regolare il massiccio utilizzo dei contratti flessibili (3).

D'altro canto, in questo ambito si è registrato negli anni un intervento regolativo diffuso, consistente e significativo della contrattazione nazionale, con particolare riferimento al contratto a termine, a tempo parziale e di apprendistato professionalizzante. Le scelte delle parti negoziali giocano in materia un ruolo decisivo e incidono, innanzitutto, sull'ambito di utilizzo dei contratti flessibili, spesso fornendo risposte differenti a seconda dei settori produttivi nonché della situazione di mercato in cui si collocano.

La ricostruzione critica delle principali tendenze della contrattazione nazionale in relazione ai menzionati istituti contrattuali, operata in questo lavoro, risulta quindi indispensabile per tracciare un quadro che, integrato con l'attuale assetto normativo (che spesso è il risultato di convulse e contraddittorie modifiche e riforme) (4), consenta una valutazio-

(3) Su tali contratti e, più in generale, sulla cosiddetta flessibilità del lavoro (che, peraltro, può realizzarsi anche all'interno del «tradizionale» contratto di lavoro subordinato o ricorrendo a contratti di lavoro non subordinato), si rinvia, fra i diversi contributi, ad Aa.Vv., *Interessi e tecniche nella disciplina del lavoro flessibile. Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro*, Pesaro-Urbino, 24-25 maggio 2002, Milano, 2003, M.G. Garofalo, G. Leone (a cura di), *La flessibilità del lavoro: un'analisi funzionale dei nuovi strumenti contrattuali*, Cacucci, Bari, 2009, L. Mariucci (a cura di), *Dopo la flessibilità, cosa? Le nuove politiche del lavoro*, il Mulino, Bologna, 2006, e M. Rusciano, C. Zoli, L. Zoppoli (a cura di), *Istituzioni e regole del lavoro flessibile*, Esi, Napoli, 2006, ove si trovano altri ampi riferimenti in materia.

(4) La mole degli studi dedicati alla disciplina legale degli istituti considerati è sterminata. In ragione dell'oggetto della presente analisi, all'interno della successiva trattazione verranno richiamati contributi dottrinali relativi alla disciplina negoziale di volta in volta esaminata. Sui profili generali degli istituti considerati, si rinvia, senza pretesa di esaustività e anche per ulteriori richiami, con riferimento al contratto a tempo determinato, a M. Biagi (a cura di), *Il nuovo lavoro a termine*, Giuffrè, Milano, 2002; S. Ciucciovino, *Il contratto a tempo determinato: la prima stagione applicativa*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2007, p. 455; G. Franza, *Il lavoro a termine nell'evoluzione dell'ordinamento*, Giuffrè, Milano, 2010; L. Menghini, *Il lavoro a termine*, in A. Vallebona (a cura di), *I contratti di lavoro*, Utet, Torino, 2009, p. 959; Id., *Contratto a termine: nuove regole*, in F. Carinci, M. Miscione (a cura di), *Commentario alla riforma Fornero (legge n. 92/2012 e legge n. 134/2012)*, *Supplemento a Dir. prat. lav.*, 2012, 33, p. 93; V. Speciale, *La nuova legge sul lavoro a termine*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2001, p. 361; Id., *Il contratto a termine*, in Aa.Vv., *Interessi e tecniche nella disciplina del lavoro flessibile. Atti delle giornate di studio di Diritto del lavoro*, Pesaro-Urbino, 24-25 maggio 2002, 2003, p. 399; Id., *La riforma del contratto a termine nella legge 28 giugno 2012, n. 92*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 153/2012, *csdle.lex.unict.it*; S. Giubboni, *Il contratto di lavoro a tempo determinato nella legge n. 183 del 2010*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 115/2011, *csdle.lex.unict.it*; R. Voza, *Il contratto a tempo determinato*, in P. Chieco (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della*

ne complessiva delle tutele concernenti i lavoratori occupati con uno dei contratti considerati.

La produzione negoziale nazionale intervenuta in materia (5), sebbene regoli alcuni aspetti prescindendo dall'esistenza di rinvii legali alla contrat-

legge 28 giugno 2012, n. 92, Cacucci, Bari, 2012, p. 75; Id., *Le oscillazioni del pendolo: flessibilità e rigidità nell'accesso al lavoro subordinato dopo la legge Fornero*, in *q. Riv.*, 2012, I, p. 663; con riferimento al *part-time*, a Aa.Vv., *Il lavoro a tempo parziale*, a cura di F. Liso, Luiss edizioni, Roma, 2002; C. Alessi, *La flessibilità del lavoro dopo la legge di attuazione del Protocollo sul welfare: prime osservazioni*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona»*.IT, n. 68/2008, *csdle.lex.unict.it*; M. Brollo, *La flessibilità del lavoro a tempo parziale e i differenti equilibri fra autonomia collettiva e autonomia individuale*, in Aa.Vv., *Interessi e tecniche nella disciplina del lavoro flessibile. Atti delle giornate di studio di Diritto del lavoro*, Pesaro-Urbino, 24-25 maggio 2002, 2003, p. 233; Id., *Il lavoro a tempo parziale*, in A. Vallebona (a cura di), *op. ult. cit.*, p. 1177; B. Caruso, *Riforma del part-time e diritto sociale europeo: verso una teoria dei limiti ordinamentali*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona»*.IT, n. 11/2003, *csdle.lex.unict.it*; M. Delfino, *Il lavoro part-time nella prospettiva comunitaria. Studio sul principio volontaristico*, Jovene, Napoli, 2008; R. Del Punta, *Lavoro a tempo parziale*, in M. Pedrazzoli (coordinato da), *Il nuovo mercato del lavoro. D.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Zanichelli, Bologna, 2004, p. 469; V. Leccese, *A volte ritornano: il «diritto di ripensamento» nel lavoro a tempo parziale*, in P. Chieco (a cura di), *op. ult. cit.*, 2012, p. 93; R. Romei, *Prime riflessioni sulla nuova legge sul rapporto di lavoro a tempo parziale*, in *Arg. dir. lav.*, 2000, I, p. 247; V. Pinto, *Lavoro e nuove regole. Dal Libro bianco al decreto legislativo 276/2003*, Ediesse, Roma, 2004; R. Voza, *I contratti a orario «ridotto, modulato o flessibile» tra lavoro e disponibilità*, in P. Curzio (a cura di), *Lavoro e diritti a tre anni dalla legge n. 30/2003*, Cacucci, Bari, 2006, p. 333; con riferimento all'apprendistato professionalizzante, a M. Barbieri, *Apprendistato professionalizzante: la leale collaborazione impossibile (per ora)*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, II, p. 1070; F. Carinci, *E tu lavorerai come apprendista (L'apprendistato da contratto «speciale» a contratto «quasi-unico»)*, *Quaderni Arg. dir. lav.*, 2012, n. 11; S. Ciucciovino, *Apprendimento e tutela del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2013; M. D'Onghia, *Il contratto di apprendistato*, in P. Chieco, *op. ult. cit.*, p. 147; D. Garofalo, *L'apprendistato*, in A. Vallebona (a cura di), *op. ult. cit.*, p. 1505; M. Tiraboschi, *Rilancio dell'apprendistato e somministrazione di lavoro*, in M. Tiraboschi (a cura di), *Il Testo Unico dell'apprendistato e le nuove regole sui tirocini*, Giuffré, Milano, p. 278.

(5) Nel corso della ricerca che ha condotto alla redazione del presente contributo, sono stati consultati prevalentemente gli accordi contrattuali disponibili su www.cnel.it, www.adapt.it, www.diariodellavoro.it, www.dplmodena.it, www.fareapprendistato.it. Si è inoltre tenuto conto, in particolare, delle indagini sulla contrattazione nazionale svolte dal Cnel [L. Bellardi, V. Leccese, G. Leone, G. Roma, *L'evoluzione degli istituti contrattuali: la disciplina negoziale dei rapporti di lavoro*, sez. III del Rapporto Cnel su *Contrattazione, retribuzioni e costo del lavoro in Italia (2000-2001)*, Roma, 2002, p. 131; L. Bellardi, V. Leccese, G. Lella, G. Roma, *L'evoluzione degli istituti contrattuali: la disciplina negoziale dei rapporti di lavoro*, sez. III del Rapporto Cnel su *Contrattazione, retribuzioni e costo del lavoro in Italia nel contesto europeo (2002-2003)*, Roma, 2006, p. 185; Id., *L'evoluzione degli istituti contrattuali*, sez. III del

tazione, si colloca in gran parte all'interno di questi ultimi, seguendo linee di intervento che, nei termini che verranno illustrati, testimoniano un atteggiamento differenziato degli attori collettivi nazionali rispetto al noto schema del garantismo collettivo. Del resto, si avrà modo di evidenziare come, nell'ambito di indagine prescelto, l'interazione fra ordinamento intersindacale e statutale si riveli via via più complessa, anche per la tendenza del legislatore ad «allentare» progressivamente i vincoli all'utilizzo dei contratti flessibili rispetto a quelli definiti (dalla legge previgente e) dalla contrattazione.

La valutazione complessiva e integrata del quadro normativo legale e contrattuale relativo ai tre contratti considerati risulta altresì funzionale a ponderare il rischio, il peso e la portata delle deroghe potenzialmente operabili in materia attraverso «specifiche intese» di prossimità (6). È evidente, infatti, come attraverso queste intese, seppure nel rispetto dei limiti previsti dall'art. 8, d.l. 13 agosto 2011, n. 138, le parti negoziali, al livello decentrato, possono compiere scelte che alterano significativamente l'assetto regolativo definito (anche) in materia di contratti flessibili dalla contrattazione nazionale (oltre che dalla legge). Pertanto, si è ritenuto opportuno esaminare in maniera più analitica la disciplina negoziale introdotta dai contratti collettivi vigenti, operando una scelta che consente, peraltro, di dar conto più puntualmente delle principali soluzioni adottate dalle parti collettive nell'attuale situazione del mercato del lavoro.

2. — *Contrattazione collettiva e contratto a termine* —

2.1. — *Le ipotesi di legittima apposizione del termine* — Il ruolo e l'azione della contrattazione collettiva in relazione al contratto a tempo determi-

Rapporto Cnel su *Le relazioni sindacali in Italia e in Europa. Retribuzioni e costo del lavoro (2004-2005)*, Roma, 2006, p. 111, www.cesos.org/archivio/LIBRI.htm; Id., *Aspetti della contrattazione nazionale e decentrata ed evoluzione degli istituti contrattuali in Italia*, sez. III del Rapporto Cnel su *Le relazioni sindacali in Italia e in Europa. Retribuzioni e costo del lavoro (2006-2007)*, Roma, 2009, p. 75, www.cesos.org/archivio/LIBRI.htm, e L. Bellardi, V. Leccese, G. Roma, *Evoluzione della contrattazione nel 2008-2009*, sez. IV del Rapporto Cnel su *Le relazioni sindacali in Italia e in Europa. Rapporto 2008-2009*, Roma, 2010, p. 122, www.cesos.org/archivio/LIBRI.htm] e dal Diario del lavoro [V. Leccese, G. Lella, G. Roma, *La contrattazione di categoria*, in M. Mascini (a cura di), *L'Annuario del lavoro 2008*, Ed. Il diario del lavoro, 2008, p. 89, e i contributi di V. Leccese, G. Roma e M. Lozito sulla contrattazione nazionale di categoria, pubblicati sui successivi volumi dell'Annuario 2009, 2010, 2011, 2012 e 2013].

(6) Tali intese, come è noto, sono previste e regolamentate dall'art. 8, d.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito, con modificazioni, con legge 14 settembre 2011, n. 148.

nato (d'ora in poi, Ctd) sono mutati a seguito del d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368, che – trasponendo (formalmente) nell'ordinamento italiano la Direttiva n. 99/70/Ce – ha abrogato la precedente disciplina e regolato *ex novo* la materia.

Dalla fine del 2001 in poi, i contratti nazionali si sono mossi nell'ambito della disciplina prevista dal d.lgs. n. 368/01, successivamente modificata, con frequenza crescente, da diversi interventi normativi, che, in alcuni casi, hanno fra l'altro introdotto nel predetto decreto legislativo ulteriori rinvii all'autonomia collettiva, sugli aspetti esaminati nel prosieguo. Del resto, in diverse intese precedenti al suddetto decreto, le parti collettive si erano impegnate a incontrarsi, nell'eventualità di una modifica della disciplina del Ctd, per armonizzare la disciplina contrattuale di tale istituto con le sopravvenute norme di legge (7).

L'atteggiamento delle parti collettive in relazione al d.lgs. n. 368/01 è significativamente differenziato, sia nel metodo che nel merito (8).

Mentre in alcune categorie l'adeguamento della disciplina contrattuale al mutato assetto legale non è stato operato con il primo rinnovo contrattuale successivo al citato decreto n. 368, ma rinviato a un momento successivo (9), in altre le parti collettive hanno operato tale adeguamento alla prima occasione utile (10). In quest'ultimo ambito, diverse intese hanno ignorato il predetto decreto legislativo ed effettuato, invece, un rinvio all'Accordo quadro europeo Unice-Ceep-Ces del 18 marzo 1999 annesso alla Direttiva n. 99/70/Ce (11); tuttavia, anche in tali ipotesi, la disciplina adottata, generalmente, ricalca quella prevista dal decreto del 2001 sopra menzionato (12).

(7) Tessili 2000 ed edili artigiani 2000.

(8) Per una puntuale disamina critica della disciplina prevista in materia di contratto a termine dai contratti collettivi nazionali sottoscritti dal 2001 al 2006, vd., fra gli altri, anche per ulteriori riferimenti, M. Ranieri, *Disciplina del contratto a termine e ruolo della contrattazione collettiva*, in *Dir. lav. merc.*, 2006, pp. 349 ss.

(9) Chimici 2002 e assicurazioni 2003. Cfr., anche per ulteriori riferimenti contrattuali, M. Aimo, *Il contratto a termine alla prova*, in *Lav. dir.*, 2006, pp. 468 ss.

(10) Alimentaristi 2003 e turismo 2003.

(11) M. Ranieri, *op. ult. cit.*, pp. 353 ss., e G. Roma, *Il contratto di lavoro a tempo determinato nella contrattazione collettiva di categoria*, in Aa.Vv., *Studi in onore di Edoardo Ghera*, Cacucci, Bari, 2008, pp. 1023-4.

(12) Calzaturieri 2004, tessili abbigliamento moda 2004, giocattoli 2004 e telecomunicazioni 2005. Sul punto, anche per ulteriori riferimenti contrattuali, vd. L. Bellardi, V. Leccese, G. Lella, G. Roma, *L'evoluzione degli istituti contrattuali: la disciplina negoziale dei rapporti di lavoro*, sez. III del Rapporto Cnel su *Contrattazione, retribuzioni e costo del lavoro in Italia nel contesto europeo (2002-2003)*, Roma, 2006, p. 123.

Il cambiamento del ruolo della contrattazione collettiva, determinato dal d.lgs. n. 368/01, ha in particolare riguardato l'individuazione delle ipotesi di legittima apposizione del termine al contratto di lavoro. Da un elenco di attività per le quali era possibile stipulare il Ctd tassativamente previsto per legge e integrabile dalla contrattazione collettiva, si è passati, con il predetto decreto, a una formula aperta, contenuta nell'art. 1, comma 1, dello stesso. L'ampiezza di tale formula («ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo») (13) ha inciso in maniera rilevante sulla funzione autorizzatoria del ricorso al Ctd, attribuita in precedenza all'autonomia collettiva, in particolare, dall'art. 23, legge n. 56/87. Il ruolo della contrattazione, in relazione alle cosiddette causali del Ctd, è divenuto, semmai, quello di delimitare ambiti più ristretti all'interno dell'ampia area individuata dall'art. 1, comma 1, d.lgs. n. 368/01 (14).

Dopo tale decreto, nella maggior parte dei casi le intese negoziali confermano la scelta dallo stesso compiuta di consentire l'apposizione del termine al contratto di lavoro per un'ampia gamma di ipotesi, in quanto non intervengono affatto sul Ctd, non disciplinano le causali per le quali è ammesso il ricorso a tale contratto, riproducono testualmente la disciplina legale in materia o, infine, rinviando alla stessa (15). Diversamente, in alcune intese è stato concordato un elenco esemplificativo delle predette ragioni previste dell'art. 1, comma 1, d.lgs. n. 368/01 (16). È invece ridotto il numero di accordi che prevedono un elenco tassativo di ipotesi di legittima apposizione del termine (a volte affidando alla contrattazione collettiva di secondo livello la possibilità di individuarne ulteriori, secondo le specifiche

(13) Tale formula, per un verso, è stata integrata, a opera della legge n. 133/08, con l'inciso «anche se riferibili alla ordinaria attività del datore di lavoro» e, per altro verso, va considerata alla luce di quanto previsto dal comma 01, introdotto nell'art. 1, d.lgs. n. 368/01, dalla legge n. 247/07, che (a seguito di diverse modifiche) così dispone: «il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato costituisce la forma comune di rapporto di lavoro».

(14) Cfr. Cass. 10 gennaio 2006, n. 167, in *Lav. giur.*, 2006, p. 699, e in *www.wikilabour.it*.

(15) Anche per i rispettivi riferimenti contrattuali, vd. M. Aimo, *op. ult. cit.*, p. 470, S. Ciucciavino, *Il contratto a tempo determinato: la prima stagione applicativa*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2007, pp. 497-498, e G. Leone, *La declinazione dell'eccezionalità nella disciplina del contratto a tempo determinato*, in M.G. Garofalo, G. Leone, (a cura di), *La flessibilità del lavoro: un'analisi funzionale dei nuovi strumenti contrattuali*, Cacucci, Bari, 2009, p. 56.

(16) Tra gli altri, vd. i Ccnl turismo 2003, turismo 2004, alimentaristi Confapi 2004 (che, peraltro, riprende in parte le causali già definite ai sensi del previgente art. 23, legge n. 56/87), acconciatura 2008, giornalisti 2009, enti culturali, turistici e sportivi 2009 e gomma e plastica 2010.

esigenze aziendali) (17). Quanto alla tipologia delle «causali negoziali», la scelta ricade prevalentemente su causali connotate dalla temporaneità e dall'eccezionalità (18).

In materia, la contrattazione collettiva deve peraltro oggi specificamente coordinarsi, secondo le modalità di seguito illustrate, con la parziale liberalizzazione del primo Ctd prevista dalla legge 28 giugno 2012, n. 92, cosiddetta riforma Fornero (19), sia nel caso in cui l'intervento contrattuale sia precedente rispetto alla legge appena menzionata, sia nel caso in cui, invece, sia avvenuto o debba avvenire successivamente.

Un primo problema riguarda le intese che, prima della citata riforma, hanno delimitato le ipotesi di accesso al Ctd rispetto alla formula adoperata dall'art. 1, comma 1, d.lgs. n. 368/01. Ebbene, essendo tale disposizione ancora vigente, seppure con esclusivo riferimento al primo Ctd di durata superiore a 12 mesi e a quelli successivi al primo, fino a un nuovo intervento negoziale che tenga conto del mutato quadro normativo pare plausibile ritenere ancora applicabile la predetta disciplina contrattuale, limitatamente però ai Ctd «causali» (ancora regolati, per l'appunto, dall'art. 1, comma 1, d.lgs. n. 368/01). Diversamente, la disciplina di quei Ccnl (ad esempio, panificatori 2010) che hanno previsto ipotesi tassative di ricorso al Ctd senza fare alcun riferimento all'art. 1, comma 1, d.lgs. n. 368/01,

(17) In questo senso, vd., ad es., i Ccnl cemento calce e gesso (Confindustria) 2004, panificatori 2010 (quest'ultima intesa rinvia la definizione di ulteriori ipotesi alla contrattazione collettiva di livello regionale), cemento calce e gesso (Confapi) 2004, distribuzione cooperativa 2004, trasporto 2006 e metalmeccanici 2013. Sono presumibilmente tassative anche le elencazioni operate in tal senso dai Ccnl area meccanica 2011 e autostrade e trafori 2011, in quanto anch'essi rinviando alla contrattazione regionale l'individuazione di altre ipotesi. Cfr., anche per ulteriori riferimenti contrattuali, M. Aimo, *Il contratto a termine alla prova*, in *Lav. dir.*, 2006, pp. 470 ss., e M. Ranieri, *Disciplina del contratto a termine e ruolo della contrattazione collettiva*, in *Dir. lav. merc.*, 2006, pp. 356 s. In giurisprudenza, cfr. Trib. Bari 1° dicembre 2010, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2010, p. 1040.

(18) In alcuni casi vi è, del resto, una preliminare esplicitazione della temporaneità delle causali individuate negozialmente (Ccnl turismo 2002 e 2004); d'altra parte, nell'ambito di una ricostruzione critica delle scelte dell'autonomia collettiva sul punto, è stata evidenziata la presenza anche di «causali negoziali» non temporanee e non eccezionali [D. Garofalo, *Riforma e controriforma della disciplina del contratto a termine*, in M. D'Onghia, M. Ricci (a cura di), *Il contratto a termine nel lavoro privato e pubblico*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 92, cui si rinvia anche per i relativi riferimenti Contrattuali].

(19) Ai sensi dell'art. 1, comma 1-bis, d.lgs. n. 368/01, introdotto appunto dalla riforma Fornero, per il primo Ctd non superiore a dodici mesi non è richiesta la sussistenza delle ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo (di cui all'art. 1, comma 1, del decreto stesso).

prescindendo quindi dal quadro legale (allora) vigente, potrebbe ritenersi operativa per tutti i Ctd anche dopo la riforma Fornero. Del resto, almeno in linea teorica, non è preclusa la possibilità che, dopo la riforma appena citata, le parti collettive impongano (o meglio ripristinino) la causalità del Ctd di durata inferiore a 12 mesi.

In secondo luogo, dopo la riforma Fornero e, in particolare, dopo l'ulteriore modifica dell'art. 1, comma 1-*bis*, del predetto decreto, operata dal d.l. 28 giugno 2013, n. 76, convertito, con modificazioni, con legge 9 agosto 2013, n. 99, la contrattazione collettiva ha il compito di stabilire, anche a livello aziendale, se e in quali termini modulare l'area dell'acausalità, ossia dell'ambito entro il quale può utilizzarsi il Ctd senza indicare le ragioni richieste dall'art. 1, comma 1, d.lgs. n. 368/01.

La riforma Fornero aveva introdotto in materia un rinvio alla contrattazione che poteva definirsi «ridotto», in quanto abilitava la stessa a introdurre, *in luogo* dell'ipotesi di acausalità del primo Ctd prevista per legge, ipotesi negoziali di acausalità *solo in determinati casi e nel rispetto di determinati limiti* (20). Con il d.l. n. 76/03, invece, il predetto rinvio è stato sostituito da un rinvio (più) «ampio», alla luce del quale i contratti collettivi, anche aziendali (stipulati dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative), possono *liberamente* individuare ipotesi di acausalità del Ctd *ulteriori* rispetto a quelle previste dalla legge (21).

(20) Le ipotesi di «acausalità contrattuale», che potevano essere introdotte, in ogni caso, nel limite complessivo del 6% del totale dei lavoratori occupati nell'ambito dell'unità produttiva, potevano riguardare assunzioni a termine effettuate nell'ambito di un processo organizzativo determinato dall'avvio di una nuova attività, dal lancio di un prodotto o di un servizio innovativo, dall'implementazione di un rilevante cambiamento tecnologico, dalla fase supplementare di un significativo progetto di ricerca e sviluppo e, infine, dal rinnovo o dalla proroga di una consistente commessa. Sui dubbi interpretativi che suscitava il previgente rinvio legale richiamato nel testo, in ragione della sua formulazione, vd., fra gli altri, P. Tosi, *Il contratto a tempo determinato dopo la legge n. 92/2012*, in *Dir. rel. ind.*, 2012, pp. 964-965, e R. Voza, *Le oscillazioni del pendolo: flessibilità e rigidità nell'accesso al lavoro subordinato dopo la legge Fornero*, in q. *Riv.*, 2012, I, pp. 671 ss.

(21) Va tuttavia rilevato che – a seguito del d.l. n. 76/2013 – il quadro normativo nazionale non appare coerente con l'art. 5.1 dell'Accordo quadro allegato alla Direttiva n. 99/70/Ce. Questa disposizione impone agli Stati membri di contrastare l'abuso derivante dall'utilizzo di una successione Ctd, in assenza di norme equivalenti, attraverso «una o più misure relative a: a) ragioni obiettive per la giustificazione del rinnovo dei suddetti contratti o rapporti; b) la durata massima totale dei contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato successivi; c) il numero dei rinnovi dei suddetti contratti o rapporti». Ebbene, poiché il legislatore del 2013 non impedisce ai

Ebbene, mentre in alcuni accordi le parti sociali, in merito alla cosiddetta «acausalità *ex lege*» del Ctd, si sono limitate a ribadire quanto disposto dal citato art. 1, comma 1-*bis* (22), in altri hanno prontamente ottemperato al rimando legale previsto in materia di acausalità dalla disposizione appena menzionata. Nel senso da ultimo indicato, la contrattazione è intervenuta sia nella vigenza del rinvio legale «ridotto», introdotto dalla riforma Fornero, sia dopo il passaggio al rinvio «ampio», operato dal d.l. 28 giugno 2013, n. 76.

Considerata la particolare rilevanza della questione dell'accesso al Ctd, devono peraltro effettuarsi alcune precisazioni in merito al rapporto delle clausole contrattuali introdotte in materia con il quadro normativo e alla portata precettiva delle stesse.

Quanto alla disciplina negoziale prevista prima del d.l. n. 76/13, potrebbero ritenersi efficaci, anche dopo questo decreto, le clausole dell'Accordo separato metalmeccanici (Confindustria) 2012 e dell'Accordo unitario metalmeccanici cooperative 2013, che, sulla base del previgente rinvio «ridotto», rimandano al contratto aziendale l'individuazione di ipotesi di acausalità del Ctd (sarebbe tuttavia auspicabile un intervento dei soggetti negoziali di aggiornamento e chiarimento del dato contrattuale). In tal senso depone il fatto che, nonostante abbia formalmente abrogato il rinvio legale in base al quale tali clausole contrattuali sono intervenute, sostanzialmente il legislatore del 2013 non ha eliminato il predetto rinvio, ma anzi, nei termini sopra evidenziati, lo ha ampliato (considerata la mancata firma della Fiom-Cgil, potrebbe tuttavia dubitarsi sull'inclusione dell'Accordo separato sopra menzionato fra quelli «stipulati dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale»: gli unici abilitati, al livello interconfederale, di categoria o ai livelli decentrati, a intervenire in materia dall'art. 1, comma 1-*bis*, anche nella versione poi modificata dal d.l. n. 76/13 e tuttora vigente) (23).

contratti collettivi di individuare ipotesi di acausalità *anche relative ai Ctd successivi al primo*, la successione di Ctd è oggi possibile anche in assenza di ragioni obiettive, senza alcun tetto al numero massimo dei rinnovi e senza un limite di durata. Si potrebbe obiettare che quest'ultimo limite è fissato in 36 mesi dall'art. 5, comma 4-*bis*, d.lgs. n. 368/2001; senonché, ciò non pare sufficiente a garantire la conformità della disciplina del Ctd con l'art. 5.1 dell'Accordo quadro sopra menzionato, in quanto il medesimo art. 5, comma 4-*bis*, consente alla contrattazione di (allentare o) rimuovere il predetto limite di 36 mesi.

(22) Alimentaristi 2012, cooperative di trasformazione dei prodotti agricoli e zootecnici 2012, elettrici 2013 ed energia concorrente 2013.

(23) Su tale questione, già sollevata dalla dottrina anche con riferimento a precedenti accordi separati, vd., fra gli altri, M. Aimo, *Commento sub art. 4, sez. IV, Tit. I*

Del resto, non può omettersi di rilevare che i contratti collettivi aziendali (stipulati dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale) possono in generale individuare ipotesi negoziali di acausalità del Ctd, in quanto il vigente art. 1, comma 1-*bis*, lett. *b*, d.lgs. n. 368/01, introdotto dal d.l. n. 76/13, prevede un rinvio espresso e «diretto» in tal senso, come sopra evidenziato (24).

Ciò chiarito, meritano altresì attenzione altri Ccnl successivi al d.l. n. 76/13, che incrementano direttamente la «flessibilità in entrata», in alcuni casi nella dichiarata ottica della «promozione dell'occupazione» e secondo la «volontà condivisa di favorire il ricorso al contratto a termine quale risposta alle esigenze temporanee di assunzione dei lavoratori» (i virgolettati sono tratti dall'Accordo alimentaristi 2013).

L'Accordo appena menzionato prevede la possibilità che, dopo il primo Ctd «legalmente acausale» o dopo uno o più rapporti a termine causali, i contraenti sottoscrivano un contratto «negozialmente acausale», che, nella prima ipotesi, non può superare la durata del primo contratto (e quindi avrà una durata massima di 12 mesi) e, nella seconda ipotesi, soggiace esclusivamente al limite legale complessivo di 36 mesi (25); il Ccnl legno (Confindustria) 2013, oltre a rimandare alla contrattazione aziendale l'individuazione di (ulteriori) ipotesi negoziali di acausalità, consente la sottoscrizione di contratti acausali a termine con determinati soggetti (26), anche se hanno già avuto rapporti di lavoro con l'azienda e, infine, rinvia a un accordo, da stipularsi con le Rsu (o, in mancanza, con le rappresentanze sindacali territoriali delle parti firmatarie del

(*Tipologie contrattuali*), in M.G. Garofalo, M. Roccella (a cura di), *Commentario al contratto collettivo dei metalmeccanici*, Cacucci, Bari, 2010, p. 217; più in generale, sulla complessa questione della coesistenza di diversi contratti collettivi nazionali nella stessa categoria, vd., fra i tanti, anche per ulteriori riferimenti, A. Lassandari, *Pluralità di contratti collettivi nazionali per la medesima categoria*, in *Lav. dir.*, 1997, p. 26, e G. Pera, *Note sui contratti collettivi pirata*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1997, I, p. 381. Cfr., in giurisprudenza, Trib. Monza 6 ottobre 2009, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2009, p. 981.

(24) Peraltro, resta ferma la possibilità, ex art. 8, legge n. 148/11, di ricorrere in materia a specifiche intese di prossimità a livello aziendale o territoriale, ove esse soddisfino criteri e requisiti ivi previsti e, in particolare, non contrastino con la Costituzione e con i vincoli derivanti dalle normative comunitarie e dalle convenzioni internazionali sul lavoro.

(25) È del resto evidente come tale limite legale, previsto per i Ctd relativi a mansioni equivalenti dall'art. 5, comma 4-*bis*, d.lgs. n. 368/01, operi indipendentemente dall'eventuale puntualizzazione operata in tal senso in sede negoziale.

(26) Ad es., con lavoratori e lavoratrici che hanno una determinata età e con soggetti inoccupati o collocati in cassa integrazione.

rinnovo stesso), la possibilità di prolungare il periodo di acausalità oltre i 12 mesi; analogamente, il Ccnl legno (Confapi) 2013, oltre a permettere il ricorso acausale al Ctd per le medesime ipotesi previste dal Ccnl legno (Confindustria) sopra menzionato, autorizza la sottoscrizione di un Ctd acausale non superiore a 12 mesi *in tutti i casi di assunzione* di soggetti che abbiano già avuto rapporti di lavoro a termine con l'azienda per un periodo non superiore a 12 mesi.

Va inoltre evidenziata la particolare attenzione dedicata dalla contrattazione nazionale, soprattutto negli ultimi anni, alle ragioni sostitutive. Alcune intese sono intervenute con riferimento all'assenza di lavoratori per congedo di maternità, paternità o parentale: ipotesi in cui l'art. 4, comma 1, d.lgs. n. 151/01, consente l'assunzione a termine «anticipata» di *un mese* rispetto all'assenza del lavoratore che deve usufruire del congedo. Sfruttando lo spazio concesso alla contrattazione in tal senso (art. 4, comma 2, d.lgs. n. 151/01), le parti negoziali hanno previsto la possibilità di effettuare la predetta assunzione a termine «anticipata» all'interno di un periodo superiore rispetto a quello di un mese previsto per legge, nell'intento di agevolare l'affiancamento e il passaggio delle consegne tra i due lavoratori (27). Del resto, prescindendo da un rinvio legale in tal senso, in molte altre ipotesi la contrattazione ha più in generale consentito, nel caso di ricorso al Ctd per ragioni sostitutive, l'affiancamento fra il lavoratore sostituito e il sostituto (28).

2.2. — *Altri profili oggetto di rinvio* — Dalla fine del 2001 in poi, le parti hanno inoltre adempiuto ai rinvii all'autonomia collettiva, presenti nel d.lgs. n. 368/01 (anche in virtù delle modifiche legislative intervenute di seguito), riguardanti aspetti della disciplina del Ctd ulteriori rispetto alle ipotesi di legittima apposizione del termine.

Innanzitutto, i Ccnl hanno individuato, ai sensi dell'art. 10, comma 7, d.lgs. n. 368/01, i limiti quantitativi di utilizzazione dell'istituto del Ctd,

(27) Turismo 2003, trasporto 2006, metalmeccanici (separato) 2009, elettrici 2013, energia concorrente 2013 e comunicazione e informatica 2013 (gomma e plastica 2010 e ceramica e piastrelle 2010 hanno contemplato anche un affiancamento «in uscita», prima della conclusione della sostituzione).

(28) Autostrade e trafori 2011. Nel caso da ultimo richiamato nel testo, alcune intese ammettono la stipulazione del Ctd sostitutivo per un periodo precedente all'assenza e successivo al rientro del lavoratore sostituito, per consentire un doppio affiancamento (panificatori 2009, alimentazione panificazione 2010 e area meccanica 2011). In controtendenza si pongono, invece, alcuni contratti (grafici 2011 e area chimica-ceramica 2011), che modificano in senso restrittivo la precedente disciplina collettiva relativa all'affiancamento fra i lavoratori coinvolti nella sostituzione.

attraverso le cosiddette «clausole di contingentamento» (29). Rispetto alla diffusa tendenza a confermare limiti numerici e percentuali stabiliti da intese sottoscritte nella vigenza del precedente quadro normativo, in non pochi casi l'autonomia collettiva ha provveduto ad aumentarli (o comunque ad «ammorbidirli», escludendo dal relativo computo particolari Ctd), consentendo così un più ampio ricorso al Ctd (30), oppure ha affidato alla contrattazione aziendale la facoltà di elevare le percentuali di contingentamento definite in sede nazionale (31). Generalmente, risulta confermata la tendenza maggioritaria a fissare un valore percentuale massimo oscillante tra il 12% e il 20% rispetto ai contratti a tempo indeterminato (32), anche se, in alcuni casi, vengono individuate percentuali differenziate, inversamente proporzionali al numero dei dipendenti in organico con contratto a tempo indeterminato (33).

(29) Per una puntuale ricostruzione critica della disciplina introdotta sul punto dai contratti collettivi nel primo quinquennio di applicazione del d.lgs. n. 368/01, vd. M. Aimo, *Il contratto a termine alla prova*, in *Lav. dir.*, 2006, pp. 478 ss., e, anche per puntuali riferimenti contrattuali, P. Passalacqua, *Autonomia collettiva e mercato del lavoro. La contrattazione gestionale e di rinvio*, Torino, Giappichelli, 2005, pp. 172 ss. Va peraltro sottolineato come, a fronte dell'originaria esclusione dall'operatività delle clausole di contingentamento di diverse ipotesi, queste siano state ridotte dalla legge n. 247/07; successivamente, il d.l. 28 giugno 2013, n. 76, convertito, con modificazioni, con legge 9 agosto 2013, n. 99, integrando l'art. 10, comma 7, d.lgs. n. 368/01, ha incluso, fra le ipotesi di esenzione, i Ctd stipulati «per specifici spettacoli ovvero specifici programmi radiofonici o televisivi» e quelli sottoscritti «con lavoratori di età superiore a 55 anni». In giurisprudenza, vedi, fra le altre, Trib. Milano 19 ottobre 2006, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2007, p. 229, con nota di G. Bulgarini d'Elci, e in *www.wikilabour.it*, e Trib. Milano 3 marzo 2011, in *Lav. giur.*, 2011, p. 635, e in *www.wikilabour.it*.

(30) Cemento calce e gesso (Confapi) 2004, edili (Confapi) 2004, edili (Confindustria) 2004, edili artigiani 2004, impianti sportivi 2009, assicurazione assistenza 2009, giornalisti 2009 ed enti culturali turistici e sportivi 2009. Vd. M. Aimo, *op. ult. cit.*, p. 480 (ove si trovano ampi rimandi ad altre intese).

(31) In questo senso dispongono, ad es., i Ccnl grafici 2004 e trasporto 2006, operando una scelta che, come evidenziato dalla dottrina, può plausibilmente innescare una *spinta al ribasso* delle tutele (M. Aimo, *op. ult. cit.*, p. 481).

(32) Tale tendenza è stata segnalata, con riferimento agli accordi nazionali sottoscritti tra il 2004 e il 2007, da G. Roma, *Il contratto di lavoro a tempo determinato nella contrattazione collettiva di categoria*, in Aa.Vv., *Studi in onore di Edoardo Ghera*, Cacucci, Bari, 2008, p. 1026.

(33) Turismo 2004, calzaturieri 2004, tessili abbigliamento moda 2004, tessili abbigliamento moda 2005 e autotrasporto cooperative (Unci-Confsal) 2010. Quest'ultimo accordo, in ragione delle parti firmatarie, non rientra però fra i «contratti collettivi nazionali di lavoro stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi», cui l'art. 10, comma 7, d.lgs. n. 368/01, rinvia la previsione delle clau-

Fra le clausole negoziali concernenti il profilo dei limiti quantitativi, risulta ricorrente l'individuazione di un «minimo garantito» di Ctd sti-

sole di contingentamento (sul punto, Trib. Monza 6 ottobre 2009, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2009, p. 981, perviene a questa conclusione anche con riferimento al Ccnl metalmeccanici 2003, non sottoscritto da Fiom-Cgil). Dovrebbe quindi escludersi che la disciplina in materia di contingentamento in esso contenuta sia in grado di produrre un effetto legalmente valido, non essendo lo stesso «autorizzato» a intervenire in tal senso dalla legge. Tuttavia, a un'opposta conclusione si perviene ove (applicando la distinzione operata per primo, con riferimento alla disciplina del *part-time*, da V. Pinto, *Lavoro part-time e mediazione sindacale: la devoluzione di funzioni normative al contratto collettivo*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2002, pp. 281 s.) si includa il predetto rinvio tra quelli *impropri* che, al contrario di quelli *propri*, non autorizzano la contrattazione a stabilire clausole contrattuali integrative della legge, ma affidano alla contrattazione un compito che, in realtà, già possiede. In tal caso, alla selezione dei contratti destinatari del rinvio non può attribuirsi un «reale valore selettivo», V. Pinto, *ivi*, p. 281), pena il contrasto con l'art. 39, comma 1, Cost. (U. Carabelli, V. Leccese, *Una riflessione sul sofferto rapporto tra legge e autonomia collettiva: spunti dalla nuova disciplina dell'orario di lavoro*, in Aa.Vv., *Studi in onore di Giorgio Ghezzi*, vol. I, Cedam, Padova, 2005, par. 4.1 e 6). E invero, nell'esercizio della libertà negoziale assicurata dalla citata previsione costituzionale, qualunque contratto collettivo potrebbe introdurre limiti al ricorso a forme meno tutelate di lavoro, quali il Ctd. In una prospettiva analoga, si è osservato che la contrattazione, ex art. 39, comma 1, Cost., potrebbe legittimamente introdurre clausole di contingentamento anche in relazione a casi per cui – con una scelta che risulterebbe dunque di dubbia compatibilità rispetto alla predetta norma costituzionale, l'art. 10, comma 7, lett. *a, b, c e d*, d.lgs. n. 368/01 – esclude l'intervento negoziale (vd., anche per ulteriori riff., M. Aimo, *op. ult. cit.*, pp. 482 ss., P. Campanella, *Contrattazione collettiva e lavoro a termine*, in *Interessi e tecniche nella disciplina del lavoro flessibile. Atti delle giornate di studio di Diritto del lavoro*, Pesaro-Urbino, 24-25 maggio 2002, 2003, p. 604, R. Del Punta, *La sfuggente temporaneità: note accorpate su lavoro a termine e lavoro interinale*, in *Dir. rel. ind.*, 2002, p. 545, L. Ferramosca, *Le clausole di contingentamento del lavoro a termine e il problema dell'ultrattività di un seguito da accordo separato*, in *Dir. rel. ind.*, 2010, pp. 1122 s., S. Giubboni, *Contratto a termine e contrattazione*, in q. *Riv.*, 2002, I, p. 510, e V. Speciale, *La riforma del contratto a tempo determinato*, in *Dir. rel. ind.*, 2003, p. 228; *contra*, S. Ciucciovino, *Il contratto a tempo determinato: la prima stagione applicativa*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2007, pp. 490 ss.). Del resto, i limiti negoziali all'utilizzo del Ctd appaiono migliorativi rispetto alla disciplina legale se la comparazione viene effettuata con riferimento al contratto a tempo indeterminato, «che si presume essere la forma contrattuale più tutelata per il lavoratore» [G. Leone, *La declinazione dell'eccezionalità nella disciplina del contratto a tempo determinato*, in M.G. Garofalo, G. Leone, (a cura di), *La flessibilità del lavoro: un'analisi funzionale dei nuovi strumenti contrattuali*, Cacucci, Bari, 2009, p. 56; cfr. M. Aimo, *op. ult. cit.*, p. 473] e, conseguentemente, l'introduzione di tali limiti non dovrebbe essere condizionata a un'autorizzazione da parte del legislatore. Tuttavia, un'altra parte della dottrina ha assunto, in termini generali, una posizione diversa, che potrebbe condurre a esiti difformi da quelli sopra prospettati. In particolare, A. Zoppoli, *Sull'efficacia soggettiva del contratto collettivo nella disciplina dei rapporti di lavoro «flessibili»*, in M. Rusciano, C. Zoli, L.

pulabili nell'unità produttiva (34), mentre, in un ridotto numero di ipotesi, si è optato per l'introduzione di un limite cumulativo per assunzioni a termine e «utilizzo» di lavoratori somministrati (35) o per l'esenzione dai predetti limiti dei Ctd stipulati in situazioni di difficoltà occupazionale relative a determinate aree geografiche (36). Inoltre, in diverse intese le parti negoziali definiscono, come richiesto dall'art. 10, comma 7, lett. a, d.lgs. n. 368/01, la fattispecie della fase di avvio di nuove attività, in cui non operano i limiti quantitativi all'utilizzo del Ctd stabiliti dai contratti collettivi stessi (37), o indicano semplicemente la durata di detta fase (38). Non mancano, del resto, accordi che diversificano la durata della fase di avvio di nuove attività in ragione della localizzazione geografica dell'azienda (39) e di esigenze specifiche di singoli comparti merceologici ricompresi all'interno della categoria (40) (come peraltro espressamente previsto dalla norma da ultimo citata) o che consentono una differenziazione della disciplina contrattuale sul punto in ragione delle esigenze specifiche delle singole aziende e/o unità produttive, affidando al-

Zoppoli (a cura di), *Istituzioni e regole del lavoro flessibile*, Esi, Napoli, 2006, p. 325, è critico rispetto alla distinzione fra rinvii propri e impropri e alla sopra prospettata «cancellazione [parziale] della selezione dei soggetti legittimati a negoziare» (per rilievi critici sulla predetta classificazione dei rinvii legislativi, vd. anche M. Napoli, *Replique*, in Aa.Vv., *Autonomia individuale e autonomia collettiva alla luce delle più recenti riforme. Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro*, Abano Terme-Padova, 21-22 maggio 2004, Milano, 2005, p. 358); infatti, nel contributo sopra citato, L. Zoppoli dubita che, nell'ambito della disciplina del lavoro flessibile, la relazione tra legge e autonomia collettiva «possa impostarsi secondo lo schema classico della derogabilità *in melius*/inderogabilità *in peius*» (p. 324), anche in ragione dell'emersione nel quadro legislativo «dell'interesse all'occupazione quale interesse generale» (p. 325).

(34) Grafici 2004, tessili, abbigliamento, moda 2005, telecomunicazioni 2005 e cemento calce e gesso (Confindustria) 2004 (in quest'ultimo caso, stabilita la percentuale massima di Ctd stipulabili e la soglia minima garantita, si rinvia all'accordo sindacale aziendale la possibilità di modificare la predetta percentuale, qualora se ne ravvisi la necessità, in funzione delle specifiche esigenze aziendali).

(35) Per questa opzione, vd., ad es., il Ccnl laterizi 2013. Sul punto, anche per riferimenti a precedenti intese contrattuali che hanno introdotto il limite cumulativo di cui si è detto nel testo, vd. M. Aimo, *op. ult. cit.*, p. 478.

(36) Alimentaristi (Confapi) 2008, ceramica e piastrelle 2010 e vetro 2010.

(37) Turismo 2002, alimentaristi 2003, distribuzione cooperativa 2004, giocattoli 2004 e tessile abbigliamento moda 2005. Anche per ulteriori riferimenti contrattuali, vd. P. Passalacqua, *Autonomia collettiva e mercato del lavoro. La contrattazione gestionale e di rinvio*, Giappichelli, Torino, pp. 174 ss.

(38) Assicurazione assistenza 2009, ceramica e piastrelle 2010, vetro 2010 e Area tessile-moda 2010.

(39) Chimici (Confind.) 2004.

(40) Tessile abbigliamento moda 2002 e giocattoli 2004.

le intese sottoscritte in tali sedi la possibilità di elevare la durata della fase di avvio prevista dal Ccnl (41).

La contrattazione collettiva, in un primo momento, ha altresì adempiuto al rinvio contenuto nel previgente art. 10, commi 9 e 10, d.lgs. n. 368/01, attribuendo in alcune ipotesi il diritto di precedenza ai lavoratori a termine (42) o incaricando la contrattazione di secondo livello di definire condizioni e modalità di esercizio di tale diritto (43). Dopo che la legge n. 247/07, a determinate condizioni, ha riconosciuto direttamente il diritto di precedenza ai lavoratori a termine in relazione alle successive assunzioni a tempo indeterminato e ai lavoratori assunti a termine per attività stagionali in relazione alle successive assunzioni a tempo determinato per le medesime attività (44), la contrattazione nazionale ha, in diversi casi, eliminato le previgenti clausole contrattuali che attribuivano tale diritto in maniera più ampia rispetto a quanto previsto nel mutato quadro normativo (45), ha imposto limitazioni sostanziali o procedurali più stringenti rispetto a quelle previste per legge (46) o, in una prospettiva diversa, ha previsto la non applicazione del generale limite legale complessivo di durata massima di 36 mesi (imposto dall'art. 5, comma 4-bis, d.lgs. n. 368/01, nel caso di sottoscrizione di diversi Ctd fra le stesse parti per lo svolgimento di mansioni equivalenti) qualora il datore di lavoro attribuisca la precedenza nell'assunzione al lavoratore a termine pur non essendo obbligato a farlo per legge o per contratto (47).

Con riferimento, appunto, alla durata (minima e massima) del rapporto di lavoro a tempo determinato, pochi contratti sono intervenuti «spon-

(41) Commercio (Confcommercio) 2004, distribuzione cooperativa 2004 e chimici 2004.

(42) Alimentaristi 2003 e turismo 2004.

(43) Distribuzione cooperativa 2004.

(44) Vd. l'art. 5, comma 4-quater, *quinquies* e *sexies*, d.lgs. n. 368/01.

(45) Enti culturali turistici e sportivi 2009.

(46) Telecomunicazioni 2009, chimici 2009, panificatori 2010, metalmeccanici (separato) 2010, ceramica e piastrelle 2010, area tessile-moda artigiani 2010, area chimica-ceramica artigiani 2011, area meccanica artigiani 2011 e autostrade e trafori 2011. Tali accordi, seppure secondo modalità differenti, dal punto di vista oggettivo si muovono nello spazio derogatorio concesso alla contrattazione dall'art. 5, comma 4-quater, d.lgs. n. 368/01, in virtù delle modifiche introdotte dalla legge 6 agosto 2008, n. 133. Tuttavia, nel caso del contratto separato metalmeccanici, potrebbe riproporsi il già segnalato dubbio dell'inclusione di un accordo non sottoscritto da Fiom-Cgil fra quelli stipulati con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale (gli unici abilitati dall'art. 5 sopra richiamato a derogare il quadro legale).

(47) Turismo (Confcommercio) 2010, turismo (Confesercenti) 2010 e turismo (Confindustria) 2010.

taneamente» (48). Abbastanza diffuso è invece l'intervento dell'autonomia collettiva in materia a seguito della legge n. 247/07, che – introducendo il comma 4-*bis* dell'art. 5, d.lgs. n. 368/01 – ha fissato il limite complessivo di 36 mesi del rapporto di lavoro a tempo determinato (comprensivo di proroghe e rinnovi) e ha affidato all'autonomia collettiva il compito di definire la durata di un eventuale Ctd stipulabile tra le stesse parti per mansioni equivalenti «oltre» i 36 mesi. Tale materia è stata disciplinata da alcuni «avvisi comuni» (espressamente menzionati dalla disposizione da ultimo richiamata) (49) e dai Ccnl. Questi ultimi hanno stabilito la durata del predetto contratto con soluzioni profondamente diverse, attestandosi, in molti casi, su 12 mesi e con una generale tendenza a elevare tale durata nel tempo (50). Inoltre, a norma dell'art. 5, comma 4-*ter*, introdotto nel d.lgs. n. 368/01 dalla legge n. 247/07, in diverse ipotesi l'autonomia collettiva ha individuato le attività – ulteriori rispetto a quelle stagionali di cui al d.P.R. 7 ottobre 1963, n. 1525 – alle quali non si applica il predetto limite massimo complessivo di 36 mesi (51).

Pochi contratti hanno invece sfruttato la possibilità, introdotta dalla modifica operata dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, sul testo dell'art. 5,

(48) I pochi Ccnl che hanno regolato tale profilo in assenza di un espresso rinvio legale hanno fissato limiti molto differenziati, che vanno da 6 mesi (rinnovabili) a 48 mesi. Fra questi, vd. i Ccnl edili 2004 e chimici 2006. Anche per ulteriori riferimenti, si rimanda a G. Roma, *Il contratto di lavoro a tempo determinato nella contrattazione collettiva di categoria*, in Aa.Vv., *Studi in onore di Edoardo Ghera*, Cacucci, Bari, 2008, pp. 1028-9.

(49) Avviso comune per l'industria 2008 (che prevede una durata di 8 mesi, incrementabile dai contratti collettivi) e per il turismo 2008 (8 mesi, elevabili dalla contrattazione integrativa sino a 12).

(50) Alimentaristi (Confindustria) 2008, alimentaristi (Confapi) 2008, edili (Confindustria) 2008, edili (Confapi) 2008, calzaturieri 2008, impianti sportivi 2009, giornalisti 2009, telecomunicazioni 2009, panificatori 2009, panificatori 2010, turismo (Confindustria) 2010, logistica trasporto merci 2011, area legno-lapidei 2011, Area meccanica 2011 e acconciatura 2011.

(51) Alimentaristi (Confindustria) 2008, alimentaristi (Confapi) 2008, cartai e cartotecnici 2009, panificatori 2010 (che rinvia al livello regionale l'individuazione delle attività ulteriori citate nel testo) e metalmeccanici (separato) 2009 (che rinvia a un accordo aziendale la concreta individuazione delle predette attività, secondo i principi concordati nel medesimo). Con riferimento al Ccnl da ultimo menzionato, potrebbe riproporsi il dubbio, analogo a quello segnalato in precedenza in relazione ad altri profili, dell'inclusione di un accordo non sottoscritto dalla Fiom-Cgil fra quelli stipulati dalle organizzazioni dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative (gli unici abilitati, dall'art. 5, comma 4-*ter*, d.lgs. n. 368/01, a individuare le ulteriori attività in relazione alle quali si possono stipulare Ctd senza sottostare al limite dei 36 mesi).

comma 4-*bis*, d.lgs. n. 368/01, di escludere l'operatività del predetto limite massimo di 36 mesi (52).

Vi sono, inoltre, diversi contratti che, alla maturazione di determinati requisiti temporali, introducono il diritto alla stabilizzazione (ossia all'assunzione a tempo indeterminato) dei lavoratori assunti con Ctd nell'ipotesi in cui, sommando i periodi in cui hanno essi svolto le stesse mansioni o mansioni equivalenti presso un'azienda (anche attraverso la somministrazione di manodopera), si raggiunga un certo lasso di tempo (44 mesi) (53).

2.3. — *Gli intervalli temporali minimi tra due contratti a termine* — In un numero consistente di categorie, gli accordi disciplinano l'ulteriore e «travagliato» profilo degli intervalli temporali minimi che devono intercorrere tra un Ctd e il successivo, pena la trasformazione del secondo in contratto a tempo indeterminato. L'autonomia collettiva è intervenuta in tale ambito, nella maggior parte dei casi, su invito e nei limiti del rinvio a essa operato dal legislatore (54).

La durata dei predetti intervalli temporali era originariamente fissata dall'art. 5, comma 3, d.lgs. n. 368/01, in 10 giorni per contratti fino a sei mesi e in 20 giorni per contratti superiori a sei mesi. Tale disposizione è stata modificata, innanzitutto, dalla legge n. 92/12, aumentando (rispettivamente, a 60 e 90 giorni) la durata di tali intervalli minimi e affidando alla contrattazione la possibilità di prevedere intervalli ridotti (rispettivamente, di 20 e 30 giorni) in ipotesi specifiche (55). Successivamente, la legge 7

(52) Tale possibilità è stata sfruttata dal Ccnl giornalisti 2009 (che, ad es., esclude l'operatività del predetto limite per determinate ipotesi causali di ricorso al Ctd) e dal Ccnl autostrade e trafori 2011 (che esclude il predetto limite per determinate figure professionali).

(53) Metalmeccanici 2008 (che, in tal modo, fissa indirettamente in 8 mesi la durata dell'ulteriore Ctd stipulabile in deroga al limite complessivo di 36 mesi, *ex art. 5, comma 4-bis*, d.lgs. n. 368/01, come rilevato da M. Aimo, *Il contratto a termine alla prova*, in *Lav. dir.*, 2006, pp. 214 ss.), gomma e plastica 2010, energia e petrolio 2010, ceramica e piastrelle 2010 e vetro 2010. In dottrina, vd., fra gli altri, A. Stanchi, *La «stabilizzazione» nel contratto nel contratto a tempo determinato: legge e contrattazione collettiva*, in *Lav. giur.*, 4/2001, pp. 367 ss.

(54) Per una puntuale analisi dei recenti interventi negoziali su tale profilo, vd. G. Tolve, *Dall'Accordo del settore turismo ai recenti rinnovi: la successione di più contratti a termine*, in *Dir. rel. ind.*, 2013, p. 809.

(55) Il legislatore faceva riferimento alle assunzioni a termine effettuate nell'ambito di un processo organizzativo determinato dall'avvio di una nuova attività, dal lancio di un prodotto o di un servizio innovativo, dall'implementazione di un rilevante cambiamento tecnologico, dalla fase supplementare di un significativo progetto di ricerca e sviluppo e, infine, dal rinnovo o dalla proroga di una consistente commessa.

agosto 2012, n. 134 (56), ha stabilito l'applicazione dei predetti intervalli ridotti alle attività stagionali, di cui all'art. 5, comma 4-ter, e, senza predefinire ipotesi specifiche, ha affidato alla contrattazione collettiva la delega a individuare ulteriori casi di applicazione di tali intervalli ridotti (57).

Le parti negoziali, in diversi casi, hanno sfruttato tale (più ampia) delega legislativa, individuando le ipotesi di applicazione dei predetti intervalli ridotti (58). Peraltro, non può non segnalarsi come, in alcuni casi, l'autonomia collettiva sia fuoriuscita dal predetto spazio derogatorio concesso dal legislatore. L'aver convenuto, a livello nazionale, «l'assenza di intervalli» per determinate tipologie di assunzione a termine (59) non era – al momento della sottoscrizione degli accordi in questione – un'operazione giuridicamente giustificabile con il richiamo all'art. 5, comma 3, d.lgs. n. 368/01, che (prima dell'ultima modifica, di cui si dirà qui di seguito), contemplava la *riduzione* negoziale degli intervalli, ma non la *soppressione* dei medesimi. Un altro scenario si presenta tuttavia all'interprete ove ritenga che l'intento delle parti negoziali sia quello di rimandare l'eliminazione degli intervalli a specifiche «intese di prossimità», di cui all'art. 8, d.l. n. 138/11 (come appare plausibile a una lettura complessiva delle clausole dei precitati Ccnl) (60). In tale prospettiva, potrebbe essere ammissibile, al livello aziendale o territoriale, la riduzione, per via contrattuale, degli intervalli previsti per legge (salva la verifica del rispetto delle condizioni impo-

(56) Tale legge ha convertito, con modificazioni, il d.l. 22 giugno 2012, n. 83.

(57) Rispetto al precedente quadro normativo, insomma, veniva meno la predefinizione legale delle ipotesi di riduzione negoziale degli intervalli minimi.

(58) In questo senso sono intervenuti, ad es., secondo diverse modalità, l'Accordo turismo 2012 sulla successione dei Ctd (seppure con una disciplina transitoria, vigente sino al 30 giugno 2013), i Ccnl alimentaristi 2012, cooperative di trasformazione di prodotti agricoli e zootecnici 2012, telecomunicazioni 2013, panificatori 2013, elettrici 2013, cemento calce e gesso 2013, chimica farmaceutica coibentazioni acustiche 2013, energia concorrente 2013, laterizi 2013 e metalmeccanici (separato) 2012. Tuttavia, come più volte evidenziato con riferimento ad altri profili, considerata la mancata firma di Fiom-Cgil, potrebbe dubitarsi dell'inclusione di tale ultimo accordo fra quelli stipulati con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale (gli unici abilitati dall'art. 5, comma 3, d.lgs. n. 368/01, a derogare il quadro legale).

(59) Alimentaristi 2012, cooperative di trasformazione di prodotti agricoli e zootecnici 2012 e panificatori 2013.

(60) Le clausole cui si fa riferimento nel testo prevedono che l'*assenza di intervalli* sia *realizzata* attraverso specifiche intese al secondo livello di contrattazione, precisando inoltre che tale assenza è finalizzata a incrementare l'occupazione e la competitività (insomma, a essere franchi, sembra che dell'art. 8, legge n. 148/11, manchi solo l'espressa menzione).

ste per la sottoscrizione degli «accordi di prossimità»); ci si dovrebbe, però, interrogare, da un lato, sull'efficacia e sulla vincolatività, per la contrattazione di secondo livello, di clausole del Ccnl che «prevedono» le intese di prossimità (61) e, dall'altro, sulla coerenza del comportamento delle parti sociali, che, introducendo nei contratti nazionali le clausole contrattuali sopra citate, avrebbero applicato il predetto art. 8 – o ne avrebbero quantomeno invocato (o «evocato») l'applicazione – dopo essersi impegnate, con la postilla inserita il 21 settembre 2011 nell'Accordo interconfederale Confindustria del 28 giugno 2011 (almeno secondo la lettura prevalente), a non avvalersi della disposizione da ultimo citata.

Ciò chiarito, non può omettersi di ricordare che, come anticipato, il d.l. 28 giugno 2013, n. 76, convertito, con modificazioni (relative anche al Ctd), con legge 9 agosto 2013, n. 99, è nuovamente intervenuto in materia, sostituendo l'art. 5, comma 3, d.lgs. n. 368/01. Il nuovo testo prevede intervalli di 10 e 20 giorni (come nell'originaria versione della norma da ultimo citata) e dispone che questi non si applichino all'ipotesi di ricorso al Ctd per le attività stagionali (di cui all'art. 5, comma 4-ter, d.lgs. n. 368/01) e nelle ipotesi individuate dai contratti collettivi, anche aziendali, stipulati dalle Oo.Ss. dei datori e dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale. Inoltre, in entrambe le ipotesi sopra citate, in ragione di una modifica apportata, in sede di conversione del predetto decreto legge, dalla legge 9 agosto 2013, n. 99, non opera neppure il divieto di assunzioni successive a termine (ossia effettuate senza soluzione di continuità), previsto dall'art. 5, comma 4, d.lgs. n. 368/01 (62).

Sorvolando sulla «schizofrenia» del legislatore, va segnalato come la definizione negoziale di intervalli minimi di 20 e 30 giorni, operata dalla contrattazione sopra citata in ottemperanza al previgente rinvio legale, non debba considerarsi necessariamente superata dalla scelta del d.l. n. 76/13 di prevedere *ex lege* intervalli minimi di 10 e 20 giorni, sebbene sia comunque auspicabile un intervento dei soggetti negoziali di aggiornamento e chiarimento della predetta disciplina contrattuale. Almeno secondo una

(61) Queste ultime, come è noto, non necessitano dell'autorizzazione da parte del Ccnl, posto che, anzi, possono derogare, oltre alla legge, proprio la disciplina prevista nel contratto collettivo nazionale di lavoro.

(62) Se, con riferimento all'esclusione degli intervalli minimi nel caso delle attività stagionali, appare curiosa la fattispecie, ammessa dal legislatore, di assunzioni a termine senza soluzione di continuità effettuate in relazione a un'attività stagionale, deve soprattutto evidenziarsi il notevole «peso» del rinvio con cui si attribuisce alla contrattazione la possibilità di consentire il ricorso a più Ctd con lo stesso lavoratore senza alcuna interruzione.

certa prospettiva, questa disciplina negoziale risulta infatti migliorativa per i lavoratori, in quanto, attraverso l'individuazione di tali intervalli minimi, più lunghi di quelli poi definiti dal legislatore del 2013, impone una condizione più stringente rispetto al sopravvenuto e vigente quadro legale, definendo un limite negoziale al ricorso a una forma contrattuale meno tutelata rispetto al lavoro subordinato a tempo indeterminato.

Analogo esito potrebbe ipotizzarsi in relazione alla disciplina introdotta dai Ccnl comunicazione e informatica 2013 ed edili 2013, successivi al d.l. n. 76/13. Tuttavia, in queste peculiari ipotesi è fortemente auspicabile un intervento chiarificatore delle parti contrattuali, in quanto le predette intese, sebbene prevedano intervalli di 20 e 30 giorni, analogamente a quelle sopra richiamate, e li definiscano «ridotti», in realtà individuano intervalli più elevati di quelli (di 10 e 20 giorni) imposti dal d.l. n. 76/13, vigente al momento della stipulazione delle intese stesse.

È evidente, infine, la legittimità della scelta «consapevole», riscontrata in altri contratti successivi al d.l. n. 76/13 (63), di stabilire intervalli minimi *più lunghi* di quelli definiti dal legislatore (vedi la nota del ministero del Lavoro del 4 ottobre 2013), come anche di quella, in verità sinora maggioritaria, di optare per la *riduzione* della durata degli intervalli minimi rispetto a quella stabilita dalla legge (64) e/o per l'*eliminazione* degli intervalli stessi (65).

3. — Contrattazione collettiva e part-time —

3.1. — La flessibilizzazione del part-time: a) clausole elastiche e flessibili; b) lavoro supplementare —

a) clausole elastiche e flessibili

Dopo l'emanazione del d.lgs. 25 febbraio 2000, n. 61, si è assistito a un'opera di adattamento della disciplina negoziale del *part-time* (d'ora in

(63) Vd., ad es., il Ccnl trasporto 2013.

(64) L'Accordo alimentaristi 2013, rispettivamente per i contratti di durata inferiore o superiore a sei mesi, prevede un intervallo minimo di 5 e 10 giorni «per tutte le tipologie di assunzioni a termine effettuate per le ragioni di cui all'art. 1 [del d.lgs. n. 368/01]».

(65) Tale eliminazione riguarda un numero ridotto di attività nel caso dell'Accordo alimentaristi 2013; con un scelta più netta, i Ccnl legno (Confindustria) 2013 e legno (Confapi) 2013 eliminano gli intervalli minimi in un numero più elevato di ipotesi, ivi comprese le ipotesi di acausalità negoziale del Ctd, contestualmente definite.

poi, Pt) alla nuova disciplina legale. In particolare, l'intervento della contrattazione si è concentrato sulla «flessibilizzazione» del Pt. L'autonomia collettiva è stata chiamata, soprattutto in virtù dei rinvii presenti nel predetto decreto, poi modificato e integrato da successivi interventi legislativi, ad autorizzare e regolare la variazione della prestazione oraria concordata originariamente. Come è noto, la rilevanza di tale profilo è legata al fatto che un utilizzo non regolamentato della predetta flessibilizzazione rischia di impedire la possibilità per il lavoratore di conciliare il lavoro a tempo parziale con altri interessi individuali (anche di tipo professionale) (66).

Le parti negoziali si sono occupate delle clausole elastiche (che, prima delle modifiche apportate dal d.lgs. n. 276/03 al d.lgs. n. 61/00, erano quelle clausole che, ove previste dalla contrattazione e previo consenso del lavoratore, permettevano al datore di lavoro di variare la fascia oraria di svolgimento della prestazione lavorativa) e del lavoro supplementare (67). Sin dai primi interventi negoziali, le parti collettive sono intervenute in merito all'apposizione delle clausole elastiche – intese secondo l'originaria definizione del legislatore – senza tuttavia individuare, come indicato espressamente (anche nel testo allora vigente) dall'art. 3, comma 7, d.lgs. n. 61/00, *condizioni e modalità* per la variazione della collocazione tempo-

(66) Cfr. la nota sentenza della Corte cost. 4 maggio 1992, n. 210, in *Riv. it. dir. lav.*, 1992, II, con nota di P. Ichino, p. 731. Sul profilo della flessibilità «funzionale» (che si distingue da quella «genetica») del Pt e sui contrapposti interessi su cui essa incide, vd., fra i tanti, anche per ulteriori riferimenti, C. Alessi, *Lavori a orario ridotto e prevedibilità dell'orario di lavoro*, in L. Guaglianone, F. Malzani (a cura di), *Come cambia l'ambiente di lavoro: regole, rischi, tecnologie*, Giuffrè, Milano, 2007, M. Brollo, *La flessibilità del lavoro a tempo parziale e i differenti equilibri fra autonomia collettiva e autonomia individuale*, in Aa.Vv., *Interessi e tecniche nella disciplina del lavoro flessibile. Atti delle giornate di studio di Diritto del lavoro*, Pesaro-Urbino, 24-25 maggio 2002, 2003, pp. 735 ss., M. D'Antona, *L'autonomia individuale e le fonti di diritto del lavoro*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1991, p. 477, e A. Perulli, *Interessi e tecniche di tutela nella disciplina del lavoro flessibile*, in Aa.Vv., *op. ult. cit.*, pp. 82 ss.

(67) Sulla disciplina contrattuale relativa alla flessibilizzazione del Pt, cfr., ad es., Cass. 23 gennaio 2009, n. 1721, Trib. Firenze 23 novembre 2001, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2002, p. 391, con nota di I. Romoli, e in *www.wikilabour.it*, Trib. Milano 16 luglio 2002, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2003, p. 118, con nota di C. Schettini, e in *www.wikilabour.it*, Trib. Milano 2 gennaio 2006, in *Dir. lav.*, 2006, p. 501, con nota di G. Cordedda, e in *www.wikilabour.it*, e Corte d'App. Milano 7 gennaio 2008, in *Dir. lav.*, 2008, 2, p. 606, con nota di R.M. Paris. Per una disamina critica delle pronunce giurisprudenziali concernenti la disciplina negoziale delle clausole elastiche e flessibili, vd., tra gli altri, M. Cottone, *Gli orientamenti giurisprudenziali in materia di clausole elastiche e flessibili nel contratto di lavoro a tempo parziale*, in *Arg. dir. lav.*, 2009, II, p. 917.

rale della prestazione (68), non prevedendo quindi limiti «collettivi» all'utilizzo delle predette clausole e alla flessibilizzazione della gestione del contratto a tempo parziale (69). Altri accordi hanno invece controllato il ricorso alle clausole elastiche, individuando, seppure con formule molto ampie, le ragioni che consentono l'apposizione delle stesse (70) o fissandone una durata massima di utilizzo (71).

L'art. 3, comma 7, d.lgs. n. 61/00, è stato poi modificato dal d.lgs. n. 276/03, che ha denominato flessibili le clausole attraverso le quali può variarsi la collocazione temporale della prestazione originariamente concordata e ha introdotto la possibilità, accanto a queste, di concordare clausole elastiche, che consentono al datore di lavoro, nel Pt verticale e misto, di aumentare la durata della prestazione rispetto a quella originariamente concordata. La norma da ultimo citata, anche dopo l'intervento legislativo del 2003, attribuisce un importante ruolo alla contrattazione collettiva, prevedendo che questa stabilisca *condizioni e modalità* di utilizzo delle clausole flessibili e che, in relazione alle clausole elastiche, determini altresì i *limiti massimi* della variazione in aumento della prestazione.

Ebbene, anche dopo il d.lgs. n. 276/03, risulta diffusa la scelta di prevedere negozialmente l'apposizione di clausole elastiche e flessibili, senza però individuare le ragioni che legittimano tale apposizione (72); inoltre, analogamente alle intese precedenti al predetto decreto legislativo, quando

(68) Alimentaristi 2000, edili 2000 e alimentaristi 2003.

(69) La dottrina, già con riferimento alle prime intese contrattuali intervenute in tal senso, si è interrogata sulla possibilità di ricorrere alla variazione oraria della prestazione ove manchi una disciplina collettiva dei profili espressamente indicati dalla legge e richiamati nel testo (vd., ad es., L. Bellardi, V. Leccese, G. Lella, G. Roma, *L'evoluzione degli istituti contrattuali: la disciplina negoziale dei rapporti di lavoro*, sez. III del Rapporto Cnel su *Contrattazione, retribuzioni e costo del lavoro in Italia nel contesto europeo (2002-2003)*, Roma, 2006, pp. 210-211).

(70) Trasporto aereo e servizi aeroportuali 2001 e gas-acqua 2002.

(71) Grafici 2000.

(72) Come per altri istituti, dal momento della diffusione del *Libro bianco sul mercato del lavoro* del 2001 fino all'emanazione del d.lgs. n. 276/03, che ha (fra l'altro) riformato la disciplina del Pt, si registra una fase di «attesa» della contrattazione; in questo lasso di tempo, i contratti collettivi, se, da una parte, hanno proseguito l'opera di manutenzione della disciplina contrattuale – spesso attraverso clausole che vengono espressamente dichiarate transitorie – e di adeguamento della stessa al quadro normativo disegnato dal d.lgs. n. 61/00, dall'altra, hanno rinviato la regolazione contrattuale del Pt a incontri successivi all'entrata in vigore dei decreti attuativi della legge delega n. 30/03 (poi attuata con il d.lgs. n. 276/03). In questo senso, vd., ad es., i Ccnl metalmeccanici (separato) 2003, assicurazioni 2003 e conciaristi 2003. Vd., anche per ulteriori riferimenti contrattuali, P. Passalacqua, *Autonomia collettiva e mercato del lavoro. La contrattazione gestionale e di rinvio*, Giappichelli, Torino, pp. 193 s.

la contrattazione individua le ipotesi in cui possono utilizzarsi le clausole flessibili ed elastiche, generalmente le indica in modo vago (73) – salvo eccezioni (74) –, non ponendo, quindi, un reale filtro selettivo alla flessibilizzazione del Pt. Con riferimento alla prima scelta, si ripropone la questione, già segnalata, relativa alla possibilità di ricorrere alla variazione della collocazione temporale della prestazione nel caso di attuazione «incompleta» del rimando legale, ossia ove la disciplina negoziale non regoli tutti i profili individuati dalla legge in materia (rispettivamente, condizioni e modalità di utilizzo delle clausole flessibili e condizioni, modalità e limiti massimi di utilizzo delle clausole elastiche) (75).

(73) Legno 2004, turismo (Confcommercio) 2007, turismo (Confesercenti) 2007, edili 2008 e telecomunicazioni 2009. Alcuni contratti, analogamente, prevedono un'unica causale descritta con una formula molto ampia: chimici 2004 conferma la precedente causale correlata a esigenze tecniche, organizzative e produttive (per una disciplina analoga, vd. panificatori 2005 e trasporto 2006); agricoltura impiegati 2008 e servizi ambientali 2009, similmente, fanno riferimento a esigenze di carattere tecnico, produttivo, organizzativo e sostitutivo; consorzi di bonifica 2004 continua a richiedere la sussistenza di comprovate ragioni tecniche e organizzative, e agricoltura operai 2010 la sussistenza di oggettive esigenze tecnico-produttive o connesse alla funzionalità del servizio o dell'attività produttiva.

(74) Telecomunicazioni 2009 consente il ricorso alle clausole flessibili ed elastiche solo in relazione a esigenze, tassativamente indicate, di carattere temporaneo.

(75) Tuttavia, il ruolo della contrattazione (e conseguentemente il rilievo della questione ricordata nel testo) risultava svalutato dalla contestuale introduzione, a opera del d.lgs. n. 276/03, dell'art. 8, comma 2-ter, d.lgs. n. 61/00 (poi abrogato dalla legge n. 247/07), ai sensi del quale le parti individuali potevano concordare direttamente l'adozione di clausole flessibili o elastiche «in assenza di contratti collettivi». Tale svalutazione risultava peraltro più marcata se si riteneva possibile, sulla base della predetta disposizione, che le parti del contratto *part-time* ricorressero alla variazione oraria della prestazione (accordandosi direttamente o «mutuando» la disciplina di un altro Ccnl) anche nell'ipotesi in cui il Ccnl effettivamente applicato disciplinasse il Pt ma non le clausole elastiche e flessibili (vd. circolare ministero del Lavoro 18 marzo 2004, n. 9, e, in dottrina, fra gli altri, M. Delfino, *La contrattazione collettiva nel part-time dopo il d.lgs. n. 276/03: profili teorici e applicativi*, in q. *Riv.*, 2006, I, pp. 147 s., e S. Scarponi, *Il lavoro a tempo parziale*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona»*.INT, n. 18/2004, *csdle.lex.unict.it*, pp. 21-22, R. Voza, *I contratti a orario «ridotto, modulato o flessibile» tra lavoro e disponibilità*, in P. Curzio (a cura di), *Lavoro e diritti a tre anni dalla legge n. 30/2003*, Cacucci, Bari, 2006, pp. 336-337, e C. Zoli, *Contratto e rapporto tra potere e autonomia nelle recenti riforme del diritto del lavoro*, in Aa.Vv., *Autonomia individuale e autonomia collettiva alla luce delle più recenti riforme. Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro*, Abano Terme-Padova, 21-22 maggio 2004, Milano, 2005, pp. 94-95). Peraltro, secondo una diversa interpretazione, l'assenza dei contratti collettivi era da intendere come riferita esclusivamente all'ipotesi di non applicazione di alcun contratto collettivo al rapporto di lavoro *part-time* [A. Allamprese, *Tempo della prestazione e poteri del datore di lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2007,

In diversi casi, le intese limitano «quantitativamente» l'utilizzo delle predette clausole. Diversi accordi definiscono come espressamente richiesto dall'art. 3, comma 7, n. 3, d.lgs. n. 61/00, il limite massimo di variabilità in aumento della prestazione lavorativa, individuando, rispetto alla durata dell'orario a tempo parziale riferita all'anno solare, una percentuale massima che si attesta, generalmente, intorno al 25-30% (76). Si riscontra invece raramente una limitazione quantitativa, o meglio temporale, delle clausole flessibili (77). Diversi contratti nazionali, inoltre, prevedono un intervento della contrattazione di secondo livello sulle modalità di apposizione delle clausole elastiche e flessibili. In alcune ipotesi, il Ccnl regola la materia solo provvisoriamente, in attesa dell'intervento del contratto di secondo livello (78); in altri, si prevede la possibilità, nella sede appena richiamata, di integrare la disciplina del Ccnl in materia (79) o di derogarla, nel rispetto di principi ivi stabiliti (80). Una scelta radicale è quella del rinnovo metalmecc-

I, p. 355, M. Brollo, *Le modifiche al d.lgs. n. 61/2000 sul lavoro a tempo parziale*, in M. Brollo, M.G. Mattarolo, L. Menghini (a cura di), *Contratti di lavoro flessibili e contratti formativi*, in F. Carinci (coordinato da), *Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, III, Ipsoa, Milano, 2004, pp. 152 ss., V. Leccese, *Il lavoro a tempo parziale nella legge n. 247 del 2007*, in Aa.Vv., *Studi in onore di Edoardo Ghera*, Cacucci, Bari, 2008, pp. 588 ss., M. Roccella, *Manuale di diritto del lavoro*, II ed., Giappichelli, Torino, 2005, p. 157]; in tal modo, si ridimensionava la presunta svalutazione della contrattazione operata sul punto dal d.lgs. n. 276/03. Quanto al quadro normativo vigente, va puntualizzato che, sebbene l'art. 3, comma 7, d.lgs. n. 61/00 (come da ultimo modificato dalla legge 12 novembre 2011, n. 183), preveda che *le parti* (e non più *i contratti collettivi*) possono concordare (l'introduzione di) clausole elastiche e flessibili, questo non pare sufficiente a eliminare la necessità dell'autorizzazione collettiva in materia, considerata l'assenza di una previsione espressa in tal senso, equiparabile al previgente art. 8, comma 2-ter, d.lgs. n. 61/00 [*contra*, M. Brollo, *Lavoro a tempo parziale: meno flex, più security*, in F. Carinci, M. Miscione (a cura di), *Commentario alla riforma Fornero (legge n. 92/2012 e legge n. 134/2012)*, *Supplemento a Dir. prat. lav.*, 2012, 33, p. 120, e R. Voza, *Le oscillazioni del pendolo: flessibilità e rigidità nell'accesso al lavoro subordinato dopo la legge Fornero*, in q. *Riv.*, 2012, I, p. 685]; ai sensi del vigente art. 3, comma 7, d.lgs. n. 61/00, del resto, l'introduzione delle clausole suddette deve avvenire (innanzitutto) «nel rispetto del presente comma» e, quindi, nel rispetto dell'intervento della contrattazione (relativo ai profili individuati già nel precedente quadro normativo e ricordati nel testo).

(76) Gomma e plastica 2004, chimici (Confapi) 2006, turismo 2008 e metalmeccanici (separato) 2009.

(77) Agricoltura operai 2010 consente l'utilizzo delle clausole flessibili, ove sussistano i requisiti causali ivi previsti, per un periodo continuativo non superiore a sei mesi.

(78) Turismo (Confcommercio) 2007 e turismo (Confesercenti) 2007.

(79) Telecomunicazioni 2009.

(80) Turismo 2008.

canici 2008, che, non regolando affatto le clausole elastiche e flessibili, preclude la possibilità di flessibilizzare, per questa via, la gestione del Pt (possibilità invece ammessa dalla precedente disciplina contrattuale) (81).

Quanto alle «specifiche compensazioni» per il ricorso a clausole flessibili o elastiche – la cui fissazione spetta alla contrattazione in base all'art. 3, comma 8, d.lgs. n. 61/00 – le parti negoziali le hanno prevalentemente intese *sub specie* di maggiorazione retributiva, senza diversificare le forme di compensazione (82) (come è possibile in virtù della modifica operata alla predetta disposizione dal d.lgs. n. 276/2003); in molti casi, si è concordata una maggiorazione diversa e più consistente nel caso del ricorso alle clausole elastiche (spesso fissata al 20%) rispetto a quella prevista per le clausole flessibili (che, nella maggior parte dei casi, oscilla fra il 10 e il 15%) (83).

Diversi e diversificati sono gli interventi delle parti sociali sul diritto di ripensamento del lavoratore che abbia prestato il consenso a effettuare la propria prestazione in un orario diverso da quello originariamente convenuto. Nonostante il riconoscimento di tale diritto sia fondamentale per il rispetto del «tempo di non lavoro» – ma anche per consentire al *part-timer* di svolgere altre attività lavorative utili a ottenere complessivamente una retribuzione sufficiente (e una pensione adeguata) (84) –, lo stesso ha avuto una «storia legislativa» alquanto travagliata (85). Le parti sociali, prima del-

(81) Di segno opposto è l'opzione del successivo metalmeccanici (separato) 2009, che prevede e disciplina le clausole elastiche e flessibili. Tuttavia, considerata la mancata sottoscrizione di Fiom-Cgil, potrebbe dubitarsi che tale ultima disciplina negoziale sia introdotta «dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale», cui si riferisce il rinvio dell'art. 3, comma 7, d.lgs. n. 61/00 (cfr. quanto segnalato nel precedente paragrafo, anche con riferimento a questo accordo, riguardo a diversi profili del Ctd).

(82) Trasporto 2006, agricoltura impiegati 2008, tessili abbigliamento calzature 2008, chimici 2008, telecomunicazioni 2009 e agricoltura operai 2010. Quest'ultimo accordo, con una clausola che potrebbe prestarsi a facili abusi, prevede che la predetta maggiorazione, stabilita dal contratto stesso, non spetti qualora la variazione temporale della prestazione sia richiesta dal lavoratore interessato per sua necessità o scelta.

(83) Alimentaristi artigiani 2008, turismo 2008, edili (Confindustria) 2008, edili cooperative 2008, edili (Confapi) 2008 e metalmeccanici (separato) 2009.

(84) Cfr. la già richiamata sentenza della Corte cost. 4 maggio 1992, n. 210.

(85) Il diritto di ripensamento a fronte di una variazione della collocazione oraria, originariamente previsto dall'art. 3, comma 10, d.lgs. n. 61/00, in caso di esigenze di carattere familiare, esigenze di tutela della salute certificate dal competente Servizio sanitario pubblico e di necessità di attendere ad altra attività lavorativa subordinata o autonoma, è stato soppresso con l'intervento del d.lgs. n. 276/03. Successivamente, la legge 28 giugno 2012, n. 92, ha rinviato alla contrattazione collettiva la definizione di condizioni e modalità che consentono l'eliminazione o la modifica delle clausole flessibili (introducendo l'art. 3, comma 7, numero 3-*bis*, d.lgs. n. 61/00) e, modificando

l'abolizione del diritto di ripensamento a opera del d.lgs. n. 276/03, hanno introdotto, in alternativa alla «denuncia» del patto, che faceva venir meno definitivamente la facoltà del datore di utilizzare le clausole elastiche, la possibilità di sospendere tale facoltà per un determinato periodo, su richiesta del lavoratore (86).

Dopo il decreto legislativo da ultimo menzionato, l'autonomia collettiva, in alcuni casi, riprende sostanzialmente quanto stabilito nel previgente quadro normativo, riconoscendo al lavoratore il diritto al ripensamento anche dopo la diversa scelta del legislatore del 2003 (87). Una tutela inferiore, ma comunque consistente, è riconosciuta ai lavoratori da altre disposizioni negoziali che (analogamente a quanto previsto da alcuni Ccnl precedenti al d.lgs. n. 276/2003) dispongono la sospensione dell'applicazione delle clausole elastiche e flessibili nel caso in cui sopraggiungano documentate ragioni, fino al permanere delle stesse (88); uno scarso contributo all'effettiva tutela del lavoratore sembra offerto, invece, dai contratti che stabiliscono che, ove il datore o il lavoratore interessato lo richiedano, *con il consenso dell'altra parte* può sospendersi l'operatività delle clausole predette (89).

Le citate disposizioni contrattuali possono, in un certo senso, considerarsi anticipatorie dell'intervento della legge n. 92/12, che ha rinviato alla contrattazione collettiva la definizione di condizioni e modalità per l'eliminazione e la modifica delle clausole flessibili ed elastiche, salvo il necessario coordinamento con la diretta attribuzione *ex lege* a soggetti specifici della facoltà di revocare il consenso all'utilizzazione delle predette clausole.

l'art. 3, comma 9, del decreto stesso, ha riconosciuto il diritto di ripensamento per i lavoratori studenti e per i lavoratori affetti da patologie oncologiche o che assistano parenti e/o familiari con suddette patologie (cfr. art. 12-*bis*, d.lgs. n. 61/00).

(86) Chimici 2002.

(87) Turismo 2008, edili cooperative 2008, servizi ambientali 2009, trasporto 2006 (che, riprendendo l'originario art. 3, comma 10, d.lgs. n. 61/00, prevede la possibilità per il *part-timer* di dare disdetta alle clausole elastiche e flessibili decorsi 5 mesi dalla stipulazione del patto di flessibilità e con un preavviso di un mese) e autostrade 2013 (che, analogamente, prevede la possibilità di denunciare il predetto patto o di chiederne la modifica dopo 5 mesi). Sul punto, vd. C. La Macchia, *Prime osservazioni sui contratti collettivi successivi alla riforma del mercato del lavoro del 2003*, in *q. Riv.*, 2005, I, p. 75, e P. Passalacqua, *Autonomia collettiva e mercato del lavoro. La contrattazione gestionale e di rinvio*, Torino, Giappichelli, p. 194.

(88) Alimentaristi artigiani 2008, alimentaristi (Confapi) 2008 e metalmeccanici (separato) 2009 (in quest'ultimo caso, a fronte dell'elencazione tassativa nel contratto nazionale delle esigenze che implicano la sospensione delle clausole flessibili ed elastiche, la contrattazione aziendale è esplicitamente incaricata di individuarne altre di analoga valenza sociale).

(89) Tessili (Confindustria) 2008 e calzaturieri 2008.

Quanto alla contrattazione successiva alla riforma Fornero, in alcune intese le parti negoziali hanno confermato l'attribuzione della facoltà di revoca del predetto consenso del lavoratore nei casi previsti dalla legge e hanno altresì disposto che l'azienda, in relazione alle esigenze tecnico-organizzative, può valutare le richieste di modificare o revocare il patto di elasticità o di flessibilità sottoscritto dal lavoratore a tempo parziale, motivate dalla sopraggiunta esigenza di conciliare tempi di vita e di lavoro (90). In altre intese, invece, le parti negoziali sembrano aver travisato e travalicato, in materia, il rinvio legale contenuto nell'art. 3, comma 7, numero 3-*bis*, d.lgs. n. 61/00. Difatti, piuttosto che definire condizioni e modalità di esercizio del diritto di ripensamento in relazione alle clausole flessibili ed elastiche stabilite ai sensi dello stesso art. 3, comma 7, sono state previste limitazioni formali, temporali e quantitative all'esercizio del diritto in relazione alle uniche ipotesi in cui il medesimo diritto è *già previsto* per legge (art. 3, comma 9, d.lgs. n. 61/00) (91). Ebbene, seppure si autodichiarino attuativi del rinvio previsto dall'art. 3, d.lgs. n. 61/00, tali interventi negoziali risultano in contrasto con l'attribuzione incondizionata del diritto di ripensamento nelle ipotesi previste, al comma 9, dal medesimo art. 3 del d.lgs. n. 61/00 (come modificato dalla legge n. 92/12).

b) lavoro supplementare

Anche sulla base del rinvio previsto dalla versione originaria dell'art. 3, d.lgs. n. 61/00 (92), diverse intese nazionali sono intervenute in materia di lavoro supplementare, in relazione al quale, prima del d.lgs. n. 276/03, si richiedeva in ogni caso il consenso del lavoratore. Alcuni contratti hanno tassativamente elencato le causali per il ricorso al lavoro supplementare (93), mentre, in altre ipotesi, i Ccnl si sono limitati a prevederne l'utilizzo nel caso di non meglio precisate situazioni incidenti sulla programmazione dell'attività produttiva (94), di imprescindibili e indifferibili necessità tecniche, produttive, organizzative o di mercato con durata temporanea (95)

(90) Elettrici 2013 ed energia concorrente 2013.

(91) Alimentaristi 2012, cooperative di trasformazione di prodotti agricoli e zootecnici 2012 e laterizi 2013.

(92) Tale disposizione affidava alla contrattazione la definizione del numero massimo giornaliero e annuo delle ore effettuabili e delle causali obiettive per la richiesta del lavoro supplementare.

(93) Alimentaristi 2000 ed edili 2000.

(94) Grafici 2000. In giurisprudenza, seppure con riferimento al quadro normativo precedente al d.lgs. n. 61/00, vedi Trib. Trento 23 maggio 2003, in q. *Riv.*, 2004, II, p. 798, con nota di E. Stenico.

(95) Chimici 2002.

o, semplicemente, a consentire il ricorso al lavoro supplementare senza altre precisazioni (96). Diversi contratti nazionali (97), adempiendo all'ulteriore (previgente) rinvio legale di cui all'art. 3, comma 6, d.lgs. n. 61/00, hanno definito criteri e modalità di operatività del cosiddetto diritto al consolidamento delle ore di lavoro supplementari svolte, per dirla con il legislatore, «in via non meramente occasionale».

Anche dopo il d.lgs. n. 276/03 l'art. 3, comma 2, d.lgs. n. 61/00, opera un rinvio alla contrattazione collettiva, con riferimento alle *ipotesi* in cui il datore può ricorrervi, al *numero massimo di ore* di lavoro supplementare effettuabili e alle *conseguenze* del superamento di tale limite. Peraltro, il ruolo della contrattazione in materia di lavoro supplementare assume un «peso» maggiore, in quanto il d.lgs. n. 276/03, modificando l'art. 3, comma 2, del d.lgs. n. 61/00, dispone che, ove l'autonomia collettiva *preveda e regoli* il lavoro supplementare (*rectius*, disciplini quantomeno i tre profili indicati dalla legge e sopra richiamati) (98), non è necessario il consenso del lavoratore per la prestazione oraria supplementare (99).

(96) Edili 2000.

(97) Alimentaristi 2000 e calzaturieri 2000.

(98) In questo senso vd., fra gli altri, M. Delfino, *La contrattazione collettiva nel part-time dopo il d.lgs. n. 276/03: profili teorici e applicativi*, in q. *Riv.*, 2006, I, pp. 139 ss., e R. Del Punta, *Sub art. 46*, in M. Pedrazzoli (coordinato da), *Il nuovo mercato del lavoro, d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Zanichelli, Bologna, 2004, p. 502. *Contra*, M. Brollo, *Le modifiche al d.lgs. n. 61/2000 sul lavoro a tempo parziale*, in M. Brollo, M.G. Mattarolo, L. Menghini (a cura di), *Contratti di lavoro flessibili e contratti formativi*, in F. Carinci (coordinato da), *Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, III, Ipsoa, Milano, 2004, pp. 152 ss., p. 142.

(99) In merito a tale alterazione dei delicati equilibri fra autonomia collettiva e individuale, vd., fra gli altri, anche con riferimento a profili che in questa sede non è possibile trattare, M. Brollo, *op. ult. cit.*, pp. 140 ss. e 171 ss., V. Pinto, *Lavoro e nuove regole. Dal Libro bianco al decreto legislativo 276/2003*, Ediesse, Roma, 2004, pp. 151 ss., S. Scarponi, *Il lavoro a tempo parziale*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona»*.INT, n. 18/2004, *csdle.lex.unict.it*, pp. 21-22, e R. Voza, *I contratti a orario «ridotto, modulato o flessibile» tra lavoro e disponibilità*, in P. Curzio (a cura di), *Lavoro e diritti a tre anni dalla legge n. 30/2003*, Cacucci, Bari, 2006, pp. 335 ss. Fra i Ccnl che regolano i tre aspetti menzionati nel testo, vd. metalmeccanici (separato) 2009, in relazione al quale, tuttavia – come segnalato da ultimo con riferimento alle clausole elastiche e flessibili –, considerata la mancata sottoscrizione di Fiom-Cgil si potrebbe dubitare dell'inclusione fra i stipulati da Oo.Ss. dei datori e dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale: gli unici abilitati dalla legge a intervenire in materia (cfr. l'art. 1, comma 3, e l'art. 3, comma 1, d.lgs. n. 61/00). Molto diffusa è, tuttavia, la scelta dei Ccnl di mantenere (o reintrodurre) il requisito del consenso del lavoratore a tempo parziale per l'effettuazione del lavoro supplementare (ma su tale profilo si tornerà di seguito).

Diversi accordi, sottoscritti dopo l'approvazione del d.lgs. n. 276/03, scelgono, diversamente dal passato, di non prevedere le specifiche causali per il ricorso al lavoro supplementare (100) o, comunque, di non introdurre una disciplina in tal senso (101). Fra le intese che, invece, individuano tali causali, si consolida la già segnalata tendenza a ricorrere a formule ampie, in genere richiamando semplicemente le esigenze organizzative dell'azienda (102), o comunque si riscontra, a fronte della previsione di causali connotate dalla temporaneità, l'autorizzazione al ricorso al lavoro supplementare per esigenze organizzative e produttive (103). È ridotto il numero degli accordi che, in maniera più circoscritta, ammettono l'utilizzo del lavoro supplementare solo per esigenze temporanee e contingenti (104).

Ulteriore limite all'utilizzo del lavoro supplementare è costituito dalla definizione, in sede negoziale, del numero massimo di ore di lavoro supplementare effettuabili, in attuazione del predetto rinvio espresso operato, sul punto, dall'art. 3, comma 2, d.lgs. n. 61/00. Nella maggior parte delle categorie, si prevede al riguardo una percentuale massima di ore di lavoro supplementare (che si attesta spesso intorno al 30% dell'orario concordato in origine) (105); in altre si quantifica direttamente un monte orario massimo (106) e, in altre ancora, si combinano queste due soluzioni (107).

Non molto diffusa risulta, invece, l'attuazione dell'ulteriore rinvio legale, contenuto nella disposizione da ultimo citata, concernente le conseguenze del superamento del predetto limite contrattuale alle ore di lavoro

(100) Tessili abbigliamento moda 2004, calzature 2004 e pelli e cuoio 2004.

(101) Alimentaristi (Confapi) 2008 e calzaturieri 2008.

(102) Alimentaristi artigiani 2008, turismo 2008, chimici 2008, edili (Confapi) 2008, agricoltura impiegati 2008, edili (Confindustria) 2008, giornalisti 2009, telecomunicazioni 2009 e agricoltura operai 2010.

(103) Tessili abbigliamento calzature 2008 e chimici artigiani 2008.

(104) Panificatori 2005, trasporto 2006, calce e gesso (Confindustria) 2008, calce e gesso Confapi 2008 e servizi ambientali (Federambiente) 2009.

(105) Grafici 2004, chimici (Confapi) 2004, gomma e plastica 2004, elettrici 2006, trasporto 2006, vetro 2007, agricoltura impiegati 2008, alimentaristi (Confapi) 2008, alimentaristi artigiani 2008 (questi ultimi due accordi stabiliscono una percentuale massima variabile a seconda delle dimensioni dell'azienda), chimici 2008, tessile abbigliamento calzature 2008 (in quest'ultimo caso, si attribuisce espressamente alla contrattazione territoriale la facoltà di elevare il tetto orario previsto dal Ccnl), giornalisti 2009, telecomunicazioni 2009 e agricoltura operai 2010.

(106) Turismo 2008, che prevede un limite massimo di 130 ore annue, elevabile dalla contrattazione di secondo livello.

(107) Metalmeccanici 2008, che fissa un limite massimo settimanale di 40 ore complessive e uno mensile pari al 50% della prestazione convenuta nel contratto individuale.

supplementare effettuabili, solitamente individuate in una maggiorazione della retribuzione più alta di quella già prevista per lo svolgimento del lavoro supplementare entro i limiti contrattuali (108).

Sono numerosi gli accordi nazionali che, nel caso di svolgimento di lavoro supplementare, prevedono una maggiorazione sulla retribuzione oraria (109). Generalmente le parti individuano al riguardo un valore percentuale oscillante fra il 10 e il 20% (110), salvo optare, in sporadiche ipotesi, per compensazioni non economiche (riposo compensativo) (111). Peculiare, rispetto a tali tendenze contrattuali, è l'assetto regolativo del Ccnl servizi ambientali (Federambiente), nel quale, dopo il rinnovo del 1° febbraio 2013, è disposto che le maggiorazioni retributive, generalmente previste per il lavoro supplementare, non siano corrisposte qualora si ricorra a tale istituto in strutture adibite a particolari attività, in relazione a ragioni specificamente previste nel contratto stesso ed entro determinati limiti orari.

3.2. — *Tutele negoziali (ulteriori) per i lavoratori a tempo parziale* — Un'altra rilevante opzione effettuata dall'autonomia collettiva è la previsione di alcune tutele dei lavoratori *part-timer* la cui garanzia, prima del d.lgs. n. 276/03, era prevista direttamente dal d.lgs. n. 61/00 o era da questo affidata alla contrattazione collettiva. In diverse categorie, le parti negoziali – nonostante la diversa scelta operata dal legislatore con il decreto per primo menzionato (112) – continuano a richiedere il consenso del lavoratore a

(108) Alimentaristi artigiani 2008, agricoltura impiegati 2008, servizi ambientali 2009 e agricoltura operai 2010. In giurisprudenza, cfr., ad es., Trib. Milano 23 novembre 2001, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2002, p. 159, con nota di L. Franceschinis, e in *www.wikilabour.it*, Corte d'App. Milano 29 aprile 2004, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2004, p. 381, con nota di V. Ferrante, e in *www.wikilabour.it*, e Trib. Milano 29 settembre 2006, in *Orient. giur. lav.*, 2006, p. 867.

(109) Cfr. F. Bano, *Contratti flessibili: lavoro a tempo parziale e lavoro intermittente*, in *Lav. dir.*, 2006, p. 302, M. Delfino, *La contrattazione collettiva nel part-time dopo il d.lgs. n. 276/03: profili teorici e applicativi*, in *q. Riv.*, 2006, I, p. 144, e C. La Macchia, *Prime osservazioni sui contratti collettivi successivi alla riforma del mercato del lavoro del 2003*, in *q. Riv.*, 2005, I, p. 72. In giurisprudenza, vd., ad es., Trib. Milano 18 giugno 2007, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2007, p. 1180, con nota di F. Capurro, e in *www.wikilabour.it*.

(110) Tessili abbigliamento moda 2004, chimici (Confindustria) 2004, legno 2004, trasporto 2006, tessili abbigliamento calzature 2008, chimici 2008, agricoltura impiegati 2008, edili (Confindustria) 2008, edili cooperative 2008, edili (Confapi) 2008, giornalisti 2009 e metalmeccanici (separato) 2009.

(111) Edili cooperative 2004.

(112) Come ricordato, l'art. 3, comma 3, d.lgs. n. 61/00, come sostituito dal d.lgs. n. 276/03, richiede il consenso del lavoratore per l'effettuazione del lavoro supplementare solo ove quest'ultima non sia «prevista e regolamentata dal contratto collettivo».

tempo parziale per la prestazione del lavoro supplementare (113). Diversamente, altri accordi prevedono esplicitamente l'obbligatorietà dell'effettuazione del lavoro supplementare, nei limiti previsti dalla legge e dal contratto stesso, salvo il caso in cui sussistano effettive ragioni documentate dal lavoratore (114).

Altri contratti (115) si sono altresì preoccupati di garantire al lavoratore a tempo parziale il diritto al consolidamento delle ore supplementari effettuate con continuità (116).

Per quanto riguarda il computo dei lavoratori a tempo parziale, alcuni Ccnl, riprendendo quanto stabilito dall'abrogato comma 2 dell'art. 6, d.lgs. n. 61/00, hanno previsto che tali lavoratori, per regola generale computati in organico in proporzione all'orario svolto (art. 6, comma 1, d.lgs. n. 61/00), siano computati come unità intere ai fini del Titolo III dello Statuto dei lavoratori (117). Altri accordi prevedono, inoltre, il diritto di precedenza per i *part-timers*, nel caso di assunzioni a tempo pieno (118) (tale diritto,

(113) Vd. F. Bano, *op. ult. cit.*, p. 301, M. Brollo, *Il lavoro a tempo parziale*, in A. Vallebona (a cura di), *I contratti di lavoro*, Utet, Torino, 2009, p. 959, p. 1196, R. Del Punta, *Il part-time nella contrattazione collettiva del 2004*, in E. Rustichelli, *Il nuovo part-time. La concertazione della flessibilità*, Isfol, Roma, 2005, p. 47, C. La Macchia, *op. ult. cit.*, p. 74, e P. Passalacqua, *Autonomia collettiva e mercato del lavoro. La contrattazione gestionale e di rinvio*, Torino, Giappichelli, p. 188. Nel senso indicato nel testo, vd., fra gli altri, i Ccnl grafici 2004, tessili abbigliamento moda 2004, commercio (Confcommercio) 2004, commercio (Confesercenti) 2004, imprese di pulizia 2007, turismo 2008, chimici 2008 e calzaturieri 2008. All'opposto, altri accordi, fra cui alimentaristi artigiani 2008 e alimentaristi (Confapi) 2008, prevedono espressamente l'obbligatorietà dell'effettuazione del lavoro supplementare, nei limiti previsti dalla legge e dal contratto stesso, salvo il caso in cui sussistano effettive ragioni documentate dal lavoratore.

(114) Alimentaristi artigiani 2008 e alimentaristi (Confapi) 2008. Il Ccnl servizi ambientali 2009, stabilito, in linea generale, l'obbligo del lavoratore di effettuare il lavoro supplementare ove richiesto, fa salvo il caso in cui la prestazione del lavoro supplementare pregiudichi alcune esigenze del *part-timer*, tassativamente elencate (prevedendo, in questa ipotesi, previa documentazione delle predette esigenze, l'esenzione – su richiesta – dal predetto obbligo). Sul punto, cfr. F. Bano, *op. ult. cit.*, p. 301.

(115) Consorzi agrari 2004 e alimentaristi (Confapi) 2008.

(116) Il previgente art. 3, comma 7, d.lgs. n. 61/00, prevedeva espressamente il compito della contrattazione di definire «criteri e modalità per assicurare al lavoratore a tempo parziale, su richiesta del medesimo, il consolidamento nel proprio orario di lavoro, in tutto o in parte, del lavoro supplementare svolto in via non meramente occasionale».

(117) Vd., ad es., il Ccnl commercio (Confesercenti) 2004.

(118) Consorzi agrari 2004, laterizi (Confindustria) 2004, laterizi (Confapi) 2004 e Ccnl separato metalmeccanici 2003 (in quest'ultima ipotesi, il diritto di precedenza è riconosciuto ai lavoratori a tempo parziale «a parità di mansioni» e facendo salve le esigenze tecnico-organizzative). Vd. M. Aimò, *Il contratto a termine alla prova*, in *Lav. dir.*, 2006, pp. 226 ss.

garantito originariamente dall'art. 5, comma 2, d.lgs. n. 61/00, dopo il d.lgs. n. 276/03 *può essere previsto* nel contratto individuale) (119).

Deve segnalarsi, altresì, un intervento abbastanza diffuso dell'autonomia collettiva in merito alla trasformazione del rapporto a tempo pieno in Pt (120), generalmente teso ad ampliare le ipotesi – individuate negozialmente – in cui può avvenire tale trasformazione (121).

Accordi citati

- Acconciatura artigiane 7 luglio 2008, 3 ottobre 2011
 Agricoltura impiegati 4 giugno 2008
 Agricoltura operai 25 maggio 2010
 Alimentaristi artigiani 24 gennaio 2008
 Alimentaristi Confapi 14 marzo 2000, 6 maggio 2004, 17 aprile 2008
 Alimentaristi Confindustria 10 ottobre 2013 – Accordo per l'attuazione dei rinvii al Ccnl previsti dalla legge 9 agosto 2013, n. 99, di conversione del decreto legge 28 giugno 2013, n. 76 (contratto a termine)
 Alimentaristi Confindustria 14 luglio 2003, 17 marzo 2008, 27 ottobre 2012
 Alimentazione panificazione artigiani 27 aprile 2010
 Area chimica-ceramica artigiani (accorpa chimici, gomma plastica, vetro, ceramica, terracotta, *gres*, piastrelle) 25 luglio 2011
 Area legno-lapidei artigiani (accorpa legno, arredamento, mobili ed escavazione lapidei) 27 gennaio 2011

(119) Il diritto di precedenza richiamato nel testo, dopo le modifiche operate dalla legge n. 247/07 sul d.lgs. n. 61/00, spetta, in ogni caso, ai lavoratori passati dal tempo pieno al Pt (art. 12-*ter*, d.lgs. n. 61/00) e a quelli affetti da patologie oncologiche (art. 12-*bis*, comma 1); per alcune disposizioni contrattuali che estendono l'ambito di tale ultima disposizione, vd. il Ccnl separato metalmeccanici 2009 e il Ccnl chimici 2009.

(120) Al riguardo, il d.lgs. n. 61/00, in seguito alle modifiche e integrazioni intervenute con il d.lgs. n. 276/03 e, da ultimo, con la legge n. 247/07, obbliga il datore a prendere in considerazione le domande di trasformazione dei dipendenti a tempo pieno, rimandando alla contrattazione la definizione dei criteri applicativi di tale previsione (art. 5, comma 3), e riconosce il diritto alla trasformazione o la semplice priorità in ipotesi tassativamente previste, rispettivamente, ai commi 2 e 3 dell'art. 12-*bis*.

(121) Il Ccnl metalmeccanici 2008 ha elevato la percentuale (dal 2 al 3%) e ampliato le ipotesi in cui l'azienda deve *valutare positivamente* la richiesta di passare al Pt, affiancando alle esigenze familiari di assistenza e di cura, già previste in precedenza, quelle di studio del lavoratore richiedente (vd. M. Aimo, *op. ult. cit.*, pp. 224 ss.). Il Ccnl enti culturali, turistici e sportivi 2009, analogamente, ha introdotto nuove ipotesi in tal senso e le ha ordinate in base alla priorità. In giurisprudenza, vd. Trib. Milano 24 dicembre 2007, ord., in *Riv. crit. dir. lav.*, 2008, p. 207, con nota di M.C. Romano, e in *www.wikilabour.it*.

- Area meccanica artigiani (accorpa metalmeccanici e installazione impianti artigiani, orafi, argentieri e affini e odontotecnici) 25 luglio 2011
- Area tessile-moda artigiani (accorpa tessili abbigliamento calzaturiero, occhialerie e pulitintolavanderie) 3 dicembre 2010
- Assicurazione assistenza Aisa 27 marzo 2009
- Assicurazioni Ania 18 luglio 2003
- Autostrade e trafori Fedderreti e Fise Acap 4 agosto 2011, 1° agosto 2013
- Autotrasporto Cooperative Unci-Confsal 1° dicembre 2010
- Calce e gesso Confapi 14 marzo 2008
- Calce e gesso Confindustria 19 febbraio 2008
- Calzaturieri Confindustria 27 aprile 2000, 18 maggio 2004, 2 luglio 2008
- Cartai e cartotecnici Confindustria 4 novembre 2009
- Cemento calce e gesso Confapi 5 maggio 2004
- Cemento calce e gesso Confindustria 5 marzo 2004, 20 marzo 2013
- Ceramica e piastrelle Confindustria 22 ottobre 2010
- Chimica farmaceutica coibentazioni acustiche Anicta 4 aprile 2013
- Chimici artigiani 19 febbraio 2008
- Chimici Confapi 2 marzo 2004, 5 ottobre 2006
- Chimici Confindustria 12 febbraio 2002, 28 maggio 2004, 10 maggio 2006, 18 novembre 2009
- Commercio Confcommercio 2 luglio 2004
- Commercio Confesercenti 6 luglio 2004
- Comunicazione e informatica Confapi 2 luglio 2013
- Conciari Confapi 17 settembre 2003
- Consorzi agrari 5 aprile 2004
- Consorzi di bonifica 2 luglio 2004
- Cooperative di trasformazione di prodotti agricoli e zootecnici Agci, Federagri, Legacoop 5 dicembre 2012
- Distribuzione cooperativa 2 luglio 2004
- Edili artigiani 15 giugno 2000, 1° ottobre 2004
- Edili Confapi 11 giugno 2004, 1° luglio 2008
- Edili Confimi Impresa 28 ottobre 2013
- Edili Confindustria 29 gennaio 2000, 18 giugno 2008, 20 luglio 2004
- Edili cooperative 24 maggio 2004, 24 giugno 2008
- Elettrici Confindustria 18 luglio 2006, 18 febbraio 2013
- Energia concorrente 20 maggio 2013
- Energia e petrolio Confindustria 9 dicembre 2003, 23 marzo 2010, 30 marzo 2006
- Enti culturali turistici e sportivi Federculture 7 luglio 2009
- Gas-acqua Confindustria e Confservizi 1° marzo 2002
- Giocattoli Confindustria 24 giugno 2004
- Giornalisti Fieg e Fnsi 22 aprile 2009
- Gomma e plastica Confindustria 2 giugno 2004, 18 marzo 2010
- Grafici Confindustria 5 aprile 2000, 24 febbraio 2004, 30 maggio 2011

- Impianti sportivi Confcommercio 24 marzo 2009
- Imprese di pulizia Confindustria 19 dicembre 2007
- Industria 10 aprile 2008 – Avviso comune sul contratto a termine (Confindustria)
- Laterizi Confapi 5 maggio 2004
- Laterizi Confindustria 22 aprile 2004, 24 giugno 2013
- Legno Confapi 22 settembre 2004, 25 ottobre 2013
- Legno Confindustria 11 settembre 2013
- Logistica trasporto merci Confetra e altre 26 gennaio 2011
- Metalmecanici Confapi, non sottoscritto da Fiom-Cgil, 3 giugno 2010
- Metalmecanici Confindustria 19 gennaio 2006, 20 gennaio 2008
- Metalmecanici Confindustria, non sottoscritto da Fiom-Cgil, 7 maggio 2003, 15 ottobre 2009, 5 dicembre 2012
- Metalmecanici cooperative 13 maggio 2013
- Panificatori artigiani 26 aprile 2010
- Panificatori Confcommercio 19 luglio 2005
- Panificatori Fippa, Assopanificatori 1° dicembre 2009, 13 febbraio 2013
- Pelli e cuoio Confindustria 21 maggio 2004
- Piastrelle e refrattari Confindustria 14 marzo 2008
- Servizi ambientali Confindustria 20 giugno 2012
- Servizi ambientali Federambiente 23 dicembre 2009, 1° febbraio 2013
- Telecomunicazioni Confindustria 3 dicembre 2005, 23 ottobre 2009, 1° febbraio 2013
- Tessili abbigliamento calzature artigiani 10 gennaio 2008
- Tessili abbigliamento moda artigiane 21 gennaio 2002, 21 febbraio 2005
- Tessili abbigliamento moda Confindustria 24 aprile 2004, 11 aprile 2006
- Tessili Confapi 20 aprile 2000-19 maggio 2000
- Tessili Confindustria 11 giugno 2008
- Tessili Confindustria 24 aprile 2004
- Trasporto aereo e servizi aeroportuali Confindustria 11 luglio 2001
- Trasporto Aiti e altre 1° agosto 2013
- Trasporto Confetra e altre 3 novembre 2006, 9 novembre 2006
- Turismo Confcommercio 19 luglio 2002, 19 luglio 2003, 27 luglio 2007, 20 febbraio 2010
- Turismo Confesercenti 31 luglio 2007, 4 marzo 2010
- Turismo Confindustria 2 febbraio 2004, 3 febbraio 2008, 9 luglio 2010, 14 maggio 2012
- Turismo Federalberghi, Fipe, Fiavet, Faita, Federreti 12 giugno 2008 – Avviso comune (contratto a termine)
- Turismo Fipe, Federalberghi, Fiavet, Faita 21 novembre 2012 – Accordo sulla disciplina della successione dei contratti a tempo determinato
- Vetro Confindustria 4 maggio 2007, 9 dicembre 2010

ABSTRACT

Lo studio si prefigge l'obiettivo di ricostruire le principali scelte regolative compiute dalle parti negoziali nei contratti collettivi nazionali di lavoro del settore privato, con riferimento al contratto a termine, al part-time e all'apprendistato professionalizzante; contratti in relazione ai quali l'intervento dell'autonomia collettiva risulta più diffuso, consistente e significativo, anche in ragione dei diversi rinvii operati dal legislatore alla contrattazione. Alcuni di questi rinvii legali, introdotti negli ultimi anni e negli ultimi mesi, aprono peraltro delicati spazi derogatori per l'autonomia collettiva, chiamata, innanzitutto, a decidere se e quanto ampliare l'utilizzo stesso di alcuni istituti contrattuali. Le frequenti modifiche del quadro normativo causano, del resto, una rapida obsolescenza del dato contrattuale e obbligano l'interprete a una delicata valutazione della conformità della disciplina contrattuale rispetto alle successive modifiche legislative.

Lo studio fornisce inoltre parametri utili a valutare se e come è mutato o potrà mutare nel tempo l'atteggiamento della contrattazione collettiva rispetto agli istituti contrattuali considerati, anche con riferimento ai rinvii legali all'autonomia collettiva, e di valutare, altresì, il rischio, il peso e la portata delle attuali o eventuali deroghe operate attraverso «specifiche intese» di prossimità (art. 8, d.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito, con modificazioni, con legge 14 settembre 2011, n. 148). Una particolare attenzione viene dedicata ai contratti collettivi più recenti, nella prospettiva da ultimo indicata ma anche per dar conto, con maggior grado di analiticità, delle principali scelte che le parti collettive hanno effettuato, anche alla luce della recente situazione del mercato del lavoro e della congiuntura economica.

FIXED-TERM, PART-TIME AND PROFESSIONAL APPRENTICESHIP CONTRACTS
IN THE COLLECTIVE BARGAINING

The study aims to analyse the most relevant rules set by collective agreements in the «private sector» concerning fixed-term, part-time and professional apprenticeship contracts, whose contractual clauses are more widespread, consistent and significant, due also to several references in the legal frame to the collective bargaining. Some of these legislative references, introduced in recent years/months, assign an important task to the collective bargaining, which is called to decide whether and how to expand the use of some contractual institutions. After all, the frequent changes of the legal framework determine a fast obsolescence of contractual clauses and require a careful comparison and interpretation in the light of subsequent legislative reforms. The study also provides several parameters to verify if and how the collective clauses have changed through time (or will eventually change) – also with regard to references made by the law to collective bargaining – and to measure the risk, the importance and the scope of eventual derogations provided for by so called «intese specifiche» (special regulations) (art. 8, decree n. 138, 13 august 2011, converted, with amendments, in legge 14 settembre 2011, n. 148). Furthermore, the essay offers a review of the most recent collective agreements, examined more analytically in this perspective, and describes the main choices made by national collective agreements, taking into account the market conditions.

Enrico Raimondi (*)

IL LAVORO INTERMITTENTE NELLE RECENTI RIFORME DEL MERCATO DEL LAVORO

SOMMARIO: 1. Introduzione. — 2. La qualificazione del contratto di lavoro intermittente tra incertezze e principi costituzionali. — 3. Le causali oggettive. — *Segue:* 3.1. Per periodi predeterminati. — 3.2. Le causali soggettive. — 4. Il contratto di lavoro intermittente a tempo determinato. — 5. L'apparato sanzionatorio nella legge n. 92 del 2012 e nel d.l. n. 76 del 2013. — 5.1. Trasformazione *vs* art. 2126 cod. civ. — 5.2. Gli obblighi di comunicazione introdotti dalla legge n. 92 del 2012. — 6. Il periodo transitorio. — 7. Conclusioni.

1. — *Introduzione* — Dal momento della sua nascita con il d.lgs. n. 276 del 2003, il lavoro a chiamata ha avuto una sorte, per così dire, intermittente. La disciplina di questa «nuova» (1) tipologia contrattuale, infatti, dopo aver subito alcune modifiche con il d.l. 14 marzo 2005, n. 35, è stata successivamente abrogata dalla legge 24 dicembre 2007, n. 247 (2).

(*) Assegnista di ricerca in Diritto del lavoro presso l'Università «G. d'Annunzio» di Chieti-Pescara.

(1) In realtà, il lavoro a chiamata viveva già nella prassi informale di alcuni settori produttivi ed è stato introdotto, seppur come variante del *part-time*, in alcuni contratti collettivi. Cfr. M. Biagi, *L'Accordo Zanussi e il «lavoro a chiamata»*, in *Guida lav.*, 2000, pp. 56 ss., e R. Del Punta, *Riforma Biagi: il contratto di lavoro intermittente*, in *Guida lav.*, 2004, p. 12, che ricorda come sia fallito sul nascere il tentativo, compiuto nel 2000, di introdurre per via contrattuale tale istituto con l'Accordo tra Electrolux-Zanussi e parti sociali. Più diffusamente, cfr. G. Boni, *Contratto di lavoro intermittente e subordinazione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2005, I, p. 116, nota 6, a cui si rinvia anche per i riferimenti bibliografici ivi contenuti.

(2) Sui motivi dell'abrogazione cfr. P. Stern, *Il contratto di lavoro intermittente*, in P. Stern (a cura di), *I nuovi contratti di lavoro*, Maggioli, Rimini, 2012, p. 31; G. Ferraro, *Diritto dei contratti di lavoro*, il Mulino, Bologna, 2011, p. 346, ricorda come tale fattispecie «è stata molto contrastata per il particolare stato di precarietà che determina e per questo motivo ha subito diverse modifiche a seconda della colorazione politica dei Governi che si sono succeduti». Sull'interpretazione della legge n. 247 del 2007, invece, cfr. V. Leccese, *Le innovazioni in materia di lavoro a tempo parziale e di lavoro intermittente*, in *Lav. dir.*, 2008, pp. 475 ss., e D. Papa, *Somministrazione a tempo indeterminato e lavoro intermittente*, in *Guida lav.*, 2008, pp. 124 ss.

Quest'ultimo intervento normativo, che ha recepito le indicazioni delle parti sociali, aveva, tuttavia, delegato alla contrattazione collettiva il potere, per evitare forme di lavoro irregolare o sommerso e limitatamente ai settori dello spettacolo e del turismo, di introdurre la possibilità di instaurare «specifici rapporti di lavoro» finalizzati a sopperire a esigenze di utilizzo di personale per lo svolgimento di prestazioni di carattere discontinuo (3). A distanza di meno di un anno, con il cambio di maggioranza parlamentare intervenuto nel frattempo, il d.l. 25 giugno 2008, n. 112 (4), ha riportato in vita l'intero istituto, così come modificato nel 2005 (5). Tra il 2011 e il 2012 sembrava essere imminente l'ennesimo ritorno al passato. Dalla lettura del disegno di legge presentato dal Governo il 5 aprile 2012, infatti, si desumeva che, ancora una volta, il *job on call* dovesse essere sottratto a un regime di regolamentazione legale per essere eventualmente disciplinato dall'autonomia collettiva (6).

L'abrogazione dell'istituto, del resto, sarebbe stata ampiamente giustificata dai dati a nostra disposizione. Le statistiche dimostrano che il lavoro intermittente ha avuto una modesta diffusione, sia per quantità di contratti sottoscritti, sia per numero complessivo di ore lavorate. Inoltre, è stato fatto ricorso a questo istituto essenzialmente per l'acquisizione di prestazioni

(3) Art. 1, comma 47, legge n. 247 del 2007. La contrattazione collettiva era stata abilitata, inoltre, ai sensi del successivo comma 48, a prevedere condizioni e modalità per l'instaurazione di tali rapporti e a stabilirne i limiti temporali. I contratti collettivi, inoltre, avrebbero dovuto indicare l'ammontare dell'eventuale indennità di disponibilità dovuta al prestatore di lavoro.

(4) Sulla reintroduzione a opera del d.l. n. 112/2008 cfr. M. Lamberti, *Il ritorno del lavoro a chiamata*, in M. Cinelli, G. Ferraro (a cura di), *Lavoro, competitività, welfare*, vol. II, *Dal d.l. n. 112/2008 alla riforma del lavoro pubblico*, Utet giuridica, Torino, 2009, pp. 87 ss., e A. Occhino, *Il lavoro a chiamata*, in M. Magnani, A. Pandolfo, P.A. Varesi (a cura di), *Previdenza, mercato del lavoro e competitività*, Giappichelli, Torino, 2008, pp. 384 ss. M. Lamberti, *op. ult. cit.*, p. 87, rileva come il lavoro a chiamata costituisca «l'unica fattispecie contrattuale che ha rilevato un veloce tasso di modificazione della sua disciplina piuttosto che un vero e proprio utilizzo da parte dei datori di lavoro».

(5) Si è detto che «la reintroduzione del lavoro a chiamata è indice della volontà del legislatore di puntare ancora una volta su un istituto, che, per quanto “di nicchia”, del mercato del lavoro, viene ancora ritenuto in grado di coniugare flessibilità delle imprese ed esigenze di alcune categorie di lavoratori nonché di contribuire alla lotta al lavoro sommerso o irregolare» (G. Ferraro, *Diritto dei contratti di lavoro*, il Mulino, Bologna, 2011, p. 356).

(6) Come osserva A. Lassandari, *Il lavoro intermittente*, in A. Allamprese, I. Corradini, L. Fassina (a cura di), *Rapporto di lavoro e ammortizzatori sociali*, Ediesse, Roma, 2012, p. 86.

lavorative caratterizzate da bassa qualificazione professionale (7), in determinati settori produttivi, come il turismo e il commercio, per l'utilizzazione di prestazioni lavorative inquadrare nella categoria operaia (8). Questo contratto, dunque, che avrebbe dovuto contribuire a perseguire l'obiettivo di aumentare l'occupazione (9), anche attraverso l'emersione del lavoro irregolare (10), oltre a quello di consentire maggiori opportunità di lavoro a deter-

(7) Aveva intuito tale tendenza già V. Nuzzo, *Il lavoro intermittente: un'opportunità nelle Information communication technology?*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, 2005, n. 31, p. 14.

(8) Istat, *L'utilizzo del lavoro a chiamata da parte delle imprese italiane. Anni 2006-2009*, in *www.istat.it*, 2010; P. Rauseri, R. Scolastici, *Il lavoro intermittente*, in M. Magnani, M. Tiraboschi (a cura di), *Le nuove leggi civili. La nuova riforma del lavoro. Commentario alla legge 28 giugno 2012, n. 92, recante disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 146 ss. L'Istituto di statistica ha rilevato, in particolare, che tra il 2006 al 2009, in base alle posizioni previdenziali Inps, si è registrata una progressiva crescita dei contratti, interrotta temporaneamente nel 2007. In particolare, nel 2009 risultano essere stati conclusi 140.000 contratti, tra i quali la componente a tempo indeterminato è maggioritaria, con un aumento del 75%. Particolarmente interessante è la rilevazione secondo cui soltanto l'1% percepisce l'indennità di disponibilità. Per quanto attiene ai settori di diffusione, l'Istat ha rilevato che il 62,4 % è impiegato nel settore alberghi e ristoranti; il 12% nella sanità e servizi sociali; il 9% nel commercio; quasi il 6% nell'industria. Il 90% degli assunti con contratto di lavoro intermittente, inoltre, ricopre la qualifica di operaio. Il numero delle ore lavorate, infine, è mediamente di 30 mensili.

(9) Non è questa la sede per valutare se tale obiettivo possa essere perseguito mediante una riforma delle norme a tutela del lavoratore, ma qualche dubbio è possibile avanzarlo. Non esiste alcun riscontro empirico che possa dimostrare la correlazione tra tassi di occupazione e normativa lavoristica. Al contrario, le serie storiche dei tassi di disoccupazione nel nostro paese dimostrano che, nonostante le riforme dell'ultimo decennio, il livello di occupazione è pressoché stabile, con una tendenza in negativo.

(10) G. Boni, *Contratto di lavoro intermittente e subordinazione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2005, I; M. Vincieri, *Il lavoro intermittente o «a chiamata»: natura giuridica e tecniche regolative*, in *Dir. rel. ind.*, 2005, pp. 117 ss.; M. Roccella, *Il lavoro intermittente, ovvero perché il cavallo non beve*, in L. Mariucci (a cura di), *Dopo la flessibilità, cosa? Le nuove politiche del lavoro*, il Mulino, Bologna, 2006; M. Lamberti, *Il ritorno del lavoro a chiamata*, in M. Cinelli, G. Ferraro (a cura di), *Lavoro, competitività, welfare*, vol. II, *Dal d.l. n. 112/2008 alla riforma del lavoro pubblico*, Utet giuridica, Torino, 2009, pp. 87 ss. Ciò in coerenza con le previsioni del *Libro bianco* del 2001, a cui avrebbe dovuto ispirarsi la riforma del mercato del lavoro del 2003. Ricorda tale obiettivo, di recente, A. Morone, *Il contratto di lavoro intermittente*, in M. Brollo (a cura di), *Il mercato del lavoro*, in M. Persiani, F. Carinci (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, VI, Cedam, Padova, 2012, p. 1252, che, in nota 130, ricorda «l'auspicio espresso nella relazione di accompagnamento al d.lgs. n. 276/2003». Cfr. anche F.M. Putaturo Donati, *Più trasparente il ricorso al lavoro intermittente*, in M. Cinelli, G. Ferraro, O. Mazzotta (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 120.

minati soggetti che, dal punto di vista del mercato del lavoro, possono essere definiti deboli, alla prova dei fatti, non ha corrisposto alle aspettative.

Non si comprende, allora, perché l'originaria intenzione del Governo non è stata condivisa dal Parlamento. La legge n. 92 del 2012 (11), al contrario, ha introdotto alcune modifiche che, secondo alcuni commentatori, incideranno in modo significativo sull'ambito di operatività dell'istituto (12), che potrà essere, in futuro, maggiormente «appetibile». Se, per le ragioni che verranno esaminate, si può dubitare che la nuova regolamentazione del lavoro a chiamata consentirà un ricorso più elevato di tale contratto (13), in quanto la scelta del legislatore sembra essere stata più quella di introdurre misure di contrasto all'uso irregolare dell'istituto (14), non si può negare che la scelta parlamentare non è pienamente coerente con le ragioni che hanno portato alla riforma del mercato del lavoro del 2012. Non è certamente questa la sede per affrontare tale argomento. Si vuole semplicemente mettere in evidenza come le intenzioni della riforma, forse troppo ambiziose (15), avrebbero dovuto suggerire di eliminare dal nostro ordinamento una tipologia contrattuale che, da un lato, difficilmente può contribuire alla crescita dell'occupazione e, dall'altro, non è idonea a garantire quell'equilibrio tra flessibilità e sicurezza auspicato dallo stesso legislatore del 2012.

A distanza di meno di un anno dall'entrata in vigore della nuova disciplina, inoltre, il Governo, con il decreto legge n. 76 del 28 giugno 2013, ha introdotto ulteriori modifiche, finalizzate, da un lato, a evitare un uso distorto dell'istituto e, dall'altro, ad attenuare le conseguenze sanzionatorie

(11) P. Rausei, *Legge 28 giugno 2012, n. 98. La nuova riforma del lavoro. Guida operativa*, Ipsoa, Milano, 2012, p. 61, ricorda come la possibilità di utilizzare il lavoro intermittente per «per periodi predeterminati nell'arco della settimana, del mese o dell'anno» era stata eliminata nella proposta originaria del Governo.

(12) P. Rausei, R. Scolastici, *op. ult. cit.*; M. Marazza, *Il lavoro intermittente per periodi predeterminati dall'autonomia individuale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, pp. 681 ss. Di diversa opinione sembra essere A. Lassandari, *op. ult. cit.*, p. 86.

(13) M. Marazza, *op. ult. cit.*, tenta, come si vedrà in seguito, un'interpretazione in grado di favorire una diffusione del contratto a chiamata superiore rispetto al passato.

(14) F.M. Putaturo Donati, *op. ult. cit.*, p. 121.

(15) Garantire la crescita dell'occupazione e «realizzare un mercato del lavoro dinamico, flessibile e inclusivo, capace di contribuire alla crescita di occupazione di qualità, ripristinando al contempo la coerenza tra flessibilità del lavoro e istituti assicurativi». M.T. Carinci, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi: modelli europei e flexicurity «all'italiana» a confronto*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2012, pp. 527 ss., osserva, in modo condivisibile, che è difficile pensare di affidare al diritto del lavoro obiettivi che possono essere raggiunti con politiche economiche. Cfr. anche A. Perulli, V. Speciale, *L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148, e la «Rivoluzione di agosto» del Diritto del lavoro*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona»*, IT, 2011, n. 132.

connesse alla eventuale violazione degli obblighi di comunicazione introdotti con la legge dell'anno precedente (16).

Quest'ultimo intervento rende estremamente difficile immaginare che, almeno nel prossimo futuro, un'ulteriore legge di riforma del mercato del lavoro abroghi nuovamente questo istituto o, quantomeno, lo riveda nel suo complesso (17). Quel che è certo, invece, è che le ultime riforme lasciano irrisolti i molti nodi interpretativi della disciplina del lavoro a chiamata (18) e offrono l'occasione di tornare a ragionare su una fattispecie negoziale che, per la sua natura certamente *sui generis* a causa della sua struttura complessa (19), è di difficile inquadramento sistematico all'interno delle categorie tradizionali del diritto del lavoro (20). Ciò spiega le difficoltà incontrate dalla dottrina nell'attività di qualificazione del contratto di lavoro intermittente e, in particolare, di quello senza previsione dell'obbligo di rispondere alla chiamata. Alcuni, infatti, lo hanno definito contratto preliminare (21), altri, invece, come una sorta di contratto normativo (22). Altri studiosi, di

(16) Come si vedrà, tuttavia, l'intenzione del Governo non è stata condivisa dal Parlamento in sede di conversione.

(17) Si tratterà di attendere l'ennesima annunciata riforma del mercato del lavoro in occasione dell'adozione del d.d.l. n. 34 del 20 marzo 2014, con cui, nel frattempo, è stata riformata nuovamente la disciplina in materia di contratto a tempo determinato.

(18) Il Ministero ha emanato tre circolari sul lavoro intermittente, il cui contenuto verrà tenuto in considerazione nel corso della trattazione. Dal punto di vista, invece, giurisprudenziale non si registrano particolari pronunce utili ai fini ricostruttivi, salvo quanto si dirà in seguito con riferimento alle conseguenze sanzionatorie. Per una prima ricostruzione delle posizioni assunte in dottrina, all'indomani dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 276 del 2003, cfr. M.G. Mattarolo, *Contratti di lavoro flessibili e contratti formativi*, in F. Carinci (a cura di), *Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Ipsoa, Milano, 2004, pp. 33 ss., e G. Boni, *Contratto di lavoro intermittente e subordinazione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2005, I, pp. 115 ss.

(19) Per una ricostruzione sintetica, ma puntuale, delle differenti tesi sostenute in dottrina, si rinvia a R. Voza, *Il lavoro intermittente*, in F. Carinci (a cura di), *Diritto del lavoro. Commentario*, Utet, Torino, 2007, pp. 1400 ss., oltre che a A. Morone, *Il contratto di lavoro intermittente*, in M. Broglio (a cura di), *Il mercato del lavoro*, in M. Persiani, F. Carinci (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, VI, Cedam, Padova, 2012, pp. 1252 ss.

(20) F. Bano, *Contratti flessibili: lavoro a tempo parziale e lavoro intermittente*, in *Lav. dir.*, 2006, p. 307, osserva come il lavoro intermittente mette «in predicato aspetti di sistema del nostro diritto del lavoro».

(21) M. Biagi, *Il futuro nel contratto di lavoro subordinato*, in *Lav. dir.*, 1996, p. 325; A. Perulli, 2003, p. 84.

(22) P. Bellocchi, *Le nuove tipologie di lavoro: il lavoro a chiamata; il lavoro coordinato e continuativo; il lavoro occasionale e accessorio; il lavoro ripartito*, in M.T. Carinci (a cura di), *La legge delega in materia di occupazione e lavoro. Legge n. 30/2003*, Ipsoa, Milano, 2003; G. Boni, *op. ult. cit.*, R. Voza, *op. ult. cit.*, pp. 1400 ss.

fronte al fatto che la caratteristica principale di questa figura contrattuale è «il mettersi a disposizione», con la conseguente situazione di attesa del lavoratore (23), hanno addirittura negato la natura subordinata di tale tipo di rapporto, che, in realtà, non può essere messa in discussione (24). Non c'è dubbio, infatti, che il lavoratore a chiamata svolge le proprie attività sotto la direzione e alle dipendenze dell'imprenditore, ai sensi dell'art. 2094 cod. civ. La particolarità del rapporto è che il prestatore svolge i propri compiti se e quando verrà chiamato dall'utilizzatore, in ragione di esigenze imprenditoriali di carattere intermittente o discontinuo. Il prestatore di lavoro, inoltre, può obbligarsi a rispondere alla chiamata dell'utilizzatore oppure può decidere di non vincolarsi a essa, con la conseguenza che soltanto nel primo caso maturerà il diritto all'indennità di disponibilità. Ci si chiede, allora, se nell'oggetto del contratto di lavoro deve essere ricondotta anche la fase di attesa (25) e se, a questo punto, l'esclusione del periodo di non lavoro dall'ambito di applicazione delle norme protettive tipiche del lavoro subordinato non sia in contrasto con la Costituzione (26).

Ulteriori difficoltà interpretative sono emerse con riferimento al profilo causale del contratto; all'individuazione, cioè, di quali possono essere le esigenze discontinue o intermittenti che rendono legittimo il ricorso a tale tipologia contrattuale. Sotto questo profilo, sono state espresse opinioni di-

(23) Come rileva, tra i tanti, P.E. Merlino, *Una figura innovativa di rapporto di lavoro: il contratto di lavoro intermittente*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, I, pp. 191 ss.

(24) Si condivide, in proposito, quanto sostenuto da M. Roccella, *Il lavoro intermittente, ovvero perché il cavallo non beve*, in L. Mariucci (a cura di), *Dopo la flessibilità, cosa? Le nuove politiche del lavoro*, il Mulino, Bologna, 2006, p. 58. Cfr. anche R. Del Punta, *Riforma Biagi: il contratto di lavoro intermittente*, in *Guida lav.*, 2004, p. 13. Allo stato, nessuno dubita più della natura subordinata del rapporto. In proposito, non è condivisibile, per le motivazioni che verranno illustrate in seguito, quanto sostenuto da G. Ferraro, *Diritto dei contratti di lavoro*, il Mulino, Bologna, 2011, p. 345, secondo cui il lavoro intermittente senza obbligo di rispondere alla chiamata «orbita piuttosto nella variegata categoria dei lavori autonomi». Si concorda, invece, con chi ha affermato che «la natura subordinata del rapporto andrà, insomma, valutata secondo i consueti canoni, guardando cioè alle concrete modalità di svolgimento della prestazione» (C. Alessi, *Disponibilità, attesa e contratto di lavoro*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona» IT*, 2011, n. 123, pp. 15-16), dal momento che «è davvero arduo dimostrare che l'obbligo di tenersi a disposizione possa essere eseguito in forma subordinata o autonoma» (P. Bellocchi, *op. ult. cit.*, p. 199).

(25) Si pone questo interrogativo G. Boni, *Contratto di lavoro intermittente e subordinazione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2005, I, p. 120.

(26) R. Voza, *Il lavoro intermittente*, in F. Carinci (a cura di), *Diritto del lavoro. Commentario*, Utet, Torino, 2007, pp. 1400 ss.

scordanti con riferimento al ruolo della contrattazione collettiva e dell'intervento sostitutivo del Ministero (27).

In ultimo, in assenza di previsioni espresse, si tratta di comprendere quali sono le conseguenze sanzionatorie connesse all'illegittima utilizzazione di questo particolare rapporto di lavoro. Queste tematiche devono essere analizzate separatamente. Non saranno trattati ulteriori aspetti dell'istituto, quali il principio di non discriminazione, il computo dei prestatori di lavoro intermittenti e i divieti alla sottoscrizione di questo contratto, su cui non si registrano opinioni discordanti in dottrina.

2. — *La qualificazione del contratto di lavoro intermittente tra incertezze e principi costituzionali* — La riforma non ha introdotto alcuna modifica dell'art. 33 del d.lgs. n. 276 del 2003, che definisce «il contratto di lavoro intermittente» quello «mediante il quale un lavoratore si pone a disposizione di un datore di lavoro che ne può utilizzare la prestazione nei limiti di cui all'art. 34».

La dottrina, al fine di tentare la qualificazione del contratto, ha proceduto a un inquadramento per «somiglianza» ad altri istituti più «collaudati». Il primo accostamento è avvenuto con il contratto di lavoro a orario ridotto, caratterizzato dalle cd. clausole elastiche e flessibili (28). Il tratto comune dei due rapporti è quello di essere espressione di quella «destrutturazione dei tempi di lavoro» (29), che rappresenta una tendenza recente del diritto del lavoro, strettamente connessa alla trasformazione dei sistemi di produzione. Se le due figure possono certamente essere accomunate «sul piano della funzionalità organizzativa» (30), dal punto di vista giuridico

(27) V. Nuzzo, *Il lavoro intermittente: un'opportunità nelle Information communication technology?*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, 2005, n. 31.

(28) Cfr. M. Vincieri, *Il lavoro intermittente o «a chiamata»: natura giuridica e tecniche regolative*, in *Dir. rel. ind.*, 2005, p. 118, che mette in rilievo che qualificare il lavoro intermittente come *part-time* pone problemi di legittimità costituzionale.

(29) Per utilizzare una efficace espressione di V. Bavaro, *Il tempo nel contratto di lavoro subordinato*, Cacucci, Bari, 2008. Vd., in generale, G. Ricci, *Tempi di lavoro e tempi sociali. Profili di regolazione giuridica nel diritto interno e dell'Ue*, Giuffrè, Milano, 2005. Cfr. anche V. Ferrante, *Il tempo di lavoro fra persona e produttività*, Giappichelli, Torino, 2008.

(30) V. Bavaro, *Lavoro a chiamata e Corte di Giustizia. A proposito di fattispecie ed effetti discriminatori*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2005, II, p. 778. Nello stesso senso A. Morone, *Il contratto di lavoro intermittente*, in M. Brollo (a cura di), *Il mercato del lavoro*, in M. Persiani, F. Carinci (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, VI, Cedam, Padova, 2012, p. 1252, che parla, sulla scorta di G. Ferraro, *Tipologie di lavoro flessibile*, Giappichelli, Torino, 2009, di «flessibilità organizzativa e/o funzionale».

non è possibile ricondurle a un medesimo tipo contrattuale (31). Ciò, peraltro, è precluso alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia (32), che ha affermato che le due tipologie contrattuali hanno oggetto e causa differenti. Esse, invero, sono irriducibili in quanto nel contratto di lavoro intermittente il tempo di lavoro non è oggetto soltanto di uno *ius variandi* del datore di lavoro, come tale assoggettato a determinate regole, ma a uno «*ius creandi*», in quanto il datore di lavoro non solo decide il *quantum* e il *quomodo* della prestazione, ma anche l'*an* (33).

Tuttavia anche coloro che ritengono, correttamente, che le due tipologie contrattuali non sono accomunabili (34) entrano in contraddizione nell'affermare che il lavoro intermittente finisce «per integrare esattamente l'ipotesi di lavoro a chiamata criticata dalla sentenza n. 210 del 1992» (35) della Corte costituzionale. È, tuttavia, bene ricordare che la sentenza della Corte ha dovuto valutare se, secondo i principi costituzionali, le clausole che attribuiscono al datore di lavoro il potere di determinare o variare unilateralmente quando utilizzare il dipendente siano o meno in contrasto con l'art. 36 Cost. e, in particolare, con la necessità di salvaguardare la possibilità del lavoratore di integrare il proprio reddito mediante lo svolgimento di altre attività a orario ridotto. La pronuncia, inoltre, si è mossa dal presupposto che, all'epoca, il legislatore, «con piena consapevolezza e piena in-

(31) In modo condivisibile, già R. Del Punta, *Riforma Biagi: il contratto di lavoro intermittente*, in *Guida lav.*, 2004, p. 13, aveva osservato come sia soltanto apparente l'assonanza con il *part-time*.

(32) Corte Giust. Ce 11 novembre 2004, n. 425, in *Riv. it. dir. lav.*, 2005, II, 4, pp. 777 ss., con nota di V. Bavaro, e in *Mass. giur. lav.*, 2005, 3, pp. 181 ss., con nota di L. Corazza. Questa pronuncia è importante anche perché ha escluso dalla nozione di orario di lavoro i tempi in cui il lavoratore, pur essendo tenuto a essere disponibile a rispondere alla chiamata del datore, non si trova nel luogo di lavoro.

(33) R. Voza, *La destrutturazione del tempo di lavoro: part-time, lavoro intermittente e lavoro ripartito*, in P. Curzio (a cura di), *Lavoro e diritti dopo il d.lgs. n. 276/2003*, Cacucci, Bari, 2004, p. 255.

(34) Tra cui anche P. Bellocchi, *Le nuove tipologie di lavoro: il lavoro a chiamata; il lavoro coordinato e continuativo; il lavoro occasionale e accessorio; il lavoro ripartito*, in M.T. Carinci (a cura di), *La legge delega in materia di occupazione e lavoro. Legge n. 30/2003*, Ipsoa, Milano, 2003, p. 195.

(35) Lo rileva F. Bano, *Contratti flessibili: lavoro a tempo parziale e lavoro intermittente*, in *Lav. dir.*, 2006, p. 315. E, infatti, G. Boni, *Contratto di lavoro intermittente e subordinazione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2005, I, si pone il problema di valutare la compatibilità della disciplina in esame con la sentenza della Corte costituzionale indicata nel testo, così come R. Voza, *Il lavoro intermittente*, in F. Carinci (a cura di), *Diritto del lavoro. Commentario*, Utet, Torino, 2007, p. 1402, e M. Vincieri, *Il lavoro intermittente o «a chiamata»: natura giuridica e tecniche regolative*, in *Dir. rel. ind.*, 2005, pp. 118-119.

tenzione», aveva escluso di introdurre qualunque forma di contratto cd. a chiamata o a comando e che, per tale motivo, la normativa in materia di *part-time* avrebbe dovuto essere interpretata nel senso di escludere la possibilità di pattuire previsioni che attribuissero al datore di lavoro un simile potere. Queste conclusioni non sono sostenibili con riferimento al lavoro a chiamata. Il ragionamento della Corte, infatti, si fonda su argomenti che, come si vedrà, non possono essere utilizzati per sostenere l'illegittimità costituzionale del lavoro intermittente.

In realtà, il contratto di lavoro a chiamata è maggiormente assimilabile alla somministrazione di manodopera. Peraltro, sia nel *Libro bianco* del 2001 sia nella circolare interpretativa del ministero del Lavoro del 2005 esso è stato definito un «ideale sviluppo del lavoro tramite agenzia» (36). In entrambi i casi, infatti, il lavoratore alterna periodi di lavoro, quando è in missione, a periodi di non lavoro, durante i quali percepisce un'indennità di carattere economico. Dal punto di vista funzionale, dunque, non c'è dubbio che il lavoro somministrato possa essere considerato come un «prototipo» del lavoro a chiamata (37).

Anche in questo caso, però, le due tipologie contrattuali hanno presupposti causali differenti e presentano differenze di regolamentazione che non consentono di ravvisare un rapporto di genere a specie tra il lavoro somministrato e il lavoro discontinuo. A tale conclusione si perviene non tanto per la circostanza che nel lavoro tramite agenzia esiste un rapporto giuridico triangolare, mentre in quello intermittente è bilaterale, quanto per il fatto che sia nel «vecchio» lavoro interinale sia nella somministrazione la fase di attesa del lavoratore è regolamentata da uno specifico contratto, che attribuisce al prestatore di lavoro i diritti tipici del lavoratore subordinato. Nel contratto di lavoro intermittente, invece, durante la fase di attesa, il lavoratore non è titolare di alcun diritto che sorge da un rapporto di lavoro subordinato tipico (38).

L'espressa esclusione della fase di attesa dalla disciplina protettiva del rapporto di lavoro subordinato è stata duramente criticata. È stato affer-

(36) Ministero del lavoro, 2005. *Libro bianco*, 2001.

(37) Dello stesso avviso R. Del Punta, *Riforma Biagi: il contratto di lavoro intermittente*, in *Guida lav.*, 2004, p. 13. Le due tipologie contrattuali, non a caso, sono caratterizzate da quello che è stato definito «tempo di disponibilità» da A. Occhino, *Il tempo libero nel diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 208.

(38) Art. 38, comma 3, d.lgs. n. 276/2003. Di conseguenza, il lavoratore non è assoggettato ad alcun obbligo nei confronti di colui a cui ha offerto la propria disponibilità a lavorare a chiamata. Per tale motivo R. Del Punta, *op. ult. cit.*, p. 13, ha parlato di «subordinazione affievolita».

mato, in proposito, che «nulla giustifica l'irrelevanza giuridica della disponibilità offerta dal lavoratore intermittente: là dove c'è la fattispecie lavoro subordinato, non possono non essercene anche gli effetti, perlomeno quelli compatibili con lo stato di mera attesa» (39). Questa posizione si fonda su una lettura unitaria del contratto di lavoro intermittente che tenta di ricomprendere sia la fase di disponibilità sia quella di lavoro effettivo sotto il vincolo della subordinazione; la disponibilità del lavoratore, in sostanza, rappresenterebbe una delle possibili modalità in cui si realizza la collaborazione richiesta dall'art. 2094 cod. civ. ai fini qualificatori (40). A tale tesi si contrappone l'altra, secondo cui è possibile riconoscere l'esistenza di un rapporto di subordinazione lavorativa soltanto nella misura in cui il datore di lavoro eserciti i poteri tipici che gli derivano dall'art. 2094 cod. civ. (41), con la conseguenza che, ai fini qualificatori, è possibile valutare esclusivamente le modalità di conformazione del lavoro effettivo (42). Se la prima delle tesi appena richiamate non convince perché tende a «valorizzare come lavoro anche la prestazione materialmente non effettiva» (43), la seconda non coglie il fatto che «il tempo del rapporto non coincide col tempo della prestazione» (44) e che la soggezione al potere del datore di lavoro è possibile anche nel periodo in cui il rapporto di lavoro non è in fase di esecuzione, ma semplicemente in quiescenza fino al momento di richiesta unilaterale della prestazione lavorativa.

(39) R. Voza, *op. ult. cit.*, p. 1402. Ma, prima, Id., *La destrutturazione del tempo di lavoro: part-time, lavoro intermittente e lavoro ripartito*, in P. Curzio (a cura di), *Lavoro e diritti dopo il d.lgs. n. 276/2003*, Cacucci, Bari, p. 254, quando l'Autore sembra affermare la possibilità di «ravvisare nella mera disponibilità o reperibilità una modalità di estrinsecazione della collaborazione, quale elemento costitutivo del lavoro subordinato».

(40) In questo senso P. Bellocchi, *op. ult. cit.*, p. 195, secondo la quale l'obbligo di collaborazione di cui all'art. 2094 cod. civ. «può ben consistere nel garantire la disponibilità allo svolgimento della prestazione». A tale conclusione perviene anche A. Bollani, *Flessibilità e nuovi rapporti di lavoro*, in M. Magnani, P.A. Varesi (a cura di), *Organizzazione del mercato del lavoro e tipologie contrattuali. Commentario ai decreti legislativi n. 276/2003 e n. 251/2004*, Giappichelli, Torino, p. 405.

(41) Sembra essere questa la posizione espressa da A. Morone, *Il contratto di lavoro intermittente*, in M. Brolo (a cura di), *Il mercato del lavoro*, in M. Persiani, F. Carinci (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, VI, Cedam, Padova, 2012, p. 1260.

(42) In senso critico a tale nozione di subordinazione, cfr. V. Bavaro, *Il tempo nel contratto di lavoro subordinato. Critica sulla de-oggettivizzazione del tempo-lavoro*, Cacucci, Bari, 2008.

(43) In tal senso, A. Occhino, *op. ult. cit.*, p. 204.

(44) V. Bavaro, *op. ult. cit.*, p. 128.

Si pensi a quanto accade con la somministrazione di lavoro ovvero quando vi siano clausole individuali o collettive finalizzate a garantire la reperibilità del lavoratore (45). In particolare, in quest'ultimo caso, «l'obbligo di reperibilità passiva è prestazione strumentale e accessoria rispetto a quella lavorativa» ed è «qualitativamente diversa dalla prestazione di lavoro, consistendo nell'obbligo del lavoratore di porsi in condizione di essere prontamente rintracciato, fuori del proprio lavoro, in vista di un'eventuale prestazione lavorativa, e di raggiungere in breve lasso di tempo il luogo per eseguirvi la prestazione richiesta» (46).

Tuttavia, la reperibilità attiene al corretto adempimento degli obblighi che nascono dal rapporto di lavoro, a differenza della fase di attesa del lavoratore intermittente. Sebbene in entrambi i casi il lavoratore non è a lavoro, nel caso della reperibilità lo stare a disposizione è «parte di un regime peculiare di orario entro un rapporto di lavoro subordinato che ha per oggetto direttamente la relativa prestazione lavorativa, e non la disponibilità in quanto tale», mentre nel lavoro a chiamata lo stato di inattività «è oggetto del contratto di lavoro» (47).

In sostanza, la fase di attesa del lavoratore a chiamata rappresenta un *tertium genus* tra orario di lavoro e tempo di non lavoro (48). Ciò comporta che tale periodo, a differenza che nell'ipotesi della reperibilità (49) o delle clausole elastiche/flessibili nel *part-time*, non attribuisce al lavoratore un diritto di credito retributivo, né gli altri diritti connessi al rapporto di lavoro subordinato.

Nel lavoro a chiamata, è la legge che, mediante una pluralità di disposizioni, impedisce di ricondurre il periodo di attesa all'interno della fattispecie tipica di cui all'art. 2094 cod. civ. Oltre all'art. 38, comma 3 (50),

(45) Sull'obbligo di reperibilità cfr. Cass. 30 giugno 2011, n. 14439, in *Mass. giust. civ.*, 2001, 6, p. 978; Corte d'App. Firenze 23 novembre 2011, n. 1188.

(46) Cass. 7 settembre 2011, n. 18310, in *Diritto e giustizia* del 13 settembre 2011.

(47) Così, testualmente, A. Occhino, *Il tempo libero nel diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 203.

(48) In tal senso sia V. Bavaro, *op. ult. cit.*, pp. 227 ss., che fa riferimento alla dottrina, di matrice francese, del «terzo tempo», sia A. Occhino, *op. ult. cit.*, p. 208.

(49) Su cui cfr. anche G. Ricci, *Tempi di lavoro e tempi sociali. Profili di regolazione giuridica nel diritto interno e dell'Ue*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 290, il quale qualifica il tempo di reperibilità come un tempo in cui il lavoratore deve «porsi in condizione di essere rintracciato», sebbene egli escluda che rientri nella nozione di orario di lavoro, a differenza di altri *tempi interstiziali* come quello, ad esempio, alla vestizione.

(50) La disposizione, testualmente, afferma che «per tutto il periodo durante il quale il lavoratore resta disponibile a rispondere alla chiamata del datore di lavoro non

l'art. 36, comma 3, esclude il computo dell'indennità di disponibilità da ogni istituto di legge o di contratto collettivo. Ciò significa, per fare un esempio, che essa non deve essere tenuta in considerazione per la quantificazione del Tfr. L'art. 36, comma 4, inoltre, prevede che, nel periodo di malattia o di altro evento che non consenta al lavoratore di rispondere alla chiamata, il diritto all'indennità di disponibilità non matura. Inoltre, per effetto del comma 6, sempre dell'art. 36, il rifiuto ingiustificato di rispondere alla chiamata rappresenta un'ipotesi che può comportare la risoluzione del contratto, nonché il diritto al risarcimento del danno in favore del datore di lavoro.

In base alle norme appena richiamate, quindi, è possibile ritenere che, dal punto di vista del sinallagma funzionale, il contratto di lavoro a chiamata si presenta, per così dire, bifasico (51) e che ciascun segmento del vincolo contrattuale trova una propria regolamentazione normativa autonoma. La fase di attesa viene disciplinata mediante l'applicazione di istituti tipici del diritto civile, mentre quella di lavoro effettivo sarà regolamentata in base allo statuto protettivo del lavoro subordinato. Di conseguenza, durante il periodo di attesa non sono applicabili una serie di istituti lavoristici, quali l'art. 7 dello Statuto dei lavoratori, la disciplina sulla malattia e quella sul licenziamento individuale.

Le considerazioni appena svolte sono valide con riferimento a tutte le tipologie di lavoro intermittente previste dalla legge e non possono essere confutate in ragione di una presunta differenza tipologica tra il contratto con obbligo o senza obbligo di rispondere alla chiamata.

In entrambi i casi, infatti, si deve riconoscere che il contratto di lavoro intermittente «costituisce un tipo contrattuale perfetto» (52), dal momento che il lavoratore si è obbligato a stare a disposizione, ma non a rispondere alla chiamata. Anche in assenza di tale ultima obbligazione, il contrat-

è titolare di alcun diritto riconosciuto ai lavoratori subordinati né matura alcun trattamento economico e normativo, salvo l'indennità di disponibilità di cui all'art. 36».

(51) Ciò, tuttavia, non può condurre a ritenere che il contratto di lavoro intermittente sia un contratto a causa mista, come invece sostenuto da C. Zoli, *Contratto e rapporto tra potere e autonomia nelle recenti riforme del diritto del lavoro*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2004, p. 36, e da R. Romei, *Tra politica e diritto: rileggendo «Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro»*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2009, p. 409.

(52) V. Bavaro, *Lavoro a chiamata e Corte di Giustizia. A proposito di fattispecie ed effetti discriminatori*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2005, II, p. 779. A. Occhino, *op. ult. cit.*, p. 228, che rileva come «più aderente al testo legislativo sembra l'ipotesi di ricercare la differenza tra il contratto con o senza obbligo di rispondere alla chiamata non tanto sul piano degli obblighi del lavoratore quanto in quello dei suoi diritti».

to potrà essere risolto dal datore di lavoro in base alle regole generali in materia di obbligazioni e contratti, così come pure il prestatore di lavoro, pur non essendo titolare di alcun diritto tipico del lavoro subordinato, potrà, in determinate condizioni, chiedere la risoluzione o l'adempimento del contratto. L'espressa previsione contrattuale dell'obbligo di rispondere alla chiamata determina esclusivamente il sorgere di diritti ulteriori rispetto al contratto senza obbligo di rispondere alla chiamata. Il primo è quello di percepire l'indennità di disponibilità, che, come suggerisce il vocabolo utilizzato dal legislatore, rappresenta una forma di indennizzo a fronte della sottoposizione a un obbligo di assoggettamento al potere unilaterale del datore di lavoro di determinare l'inizio della prestazione lavorativa. Essa, dunque, non rappresenta una forma di retribuzione. Non è ravvisabile, infatti, alcun nesso di corrispettività con la prestazione lavorativa, che, infatti, è del tutto assente (53). Né si può sostenere la natura retributiva dell'indennità di disponibilità in base all'obbligo di versare i contributi previdenziali. Questa scelta, infatti, risponde più a una logica di contrasto del lavoro irregolare, perché consente un controllo da parte dell'istituto previdenziale, oltre che alla finalità di garantire una minima copertura contributiva ai lavoratori utilizzati con questo tipo di contratto. Peraltro, il tenore dell'art. 36, comma 3, depone nel senso qui sostenuto, perché, in caso contrario, non si spiegherebbe il motivo della sua esclusione dal computo «di ogni istituto di legge o di contratto collettivo». Si deve prendere atto, in sostanza, che il legislatore ha voluto riconoscere lo statuto protettivo del lavoro subordinato soltanto in caso di prestazione effettiva di lavoro. Durante la fase in cui il lavoratore è a disposizione, con o senza obbligo di rispondere alla chiamata, ma non esegue alcuna prestazione lavorativa, non troveranno applicazione le norme sul lavoro subordinato.

Ciò non significa che il lavoratore sia privo di tutela anche nella fase di attesa. Troveranno, infatti, applicazione le disposizioni generali in materia di obbligazioni e contratti contenute nel codice civile. Il contratto, infatti, potrà essere risolto per inadempimento ai sensi degli artt. 1453 ss. cod. civ., con diritto della parte adempiente al risarcimento del danno. Si pensi, ad esempio, il caso di un datore di lavoro che eviti di chiamare al lavoro un determinato soggetto, nonostante il ricorrere, in concreto, delle ragioni che hanno consentito la sottoscrizione del contratto; si pensi, viceversa, all'ipo-

(53) Sembra, allora, difficile ritenere fondato il dubbio se l'indennità di disponibilità debba rispondere al parametro costituzionale dell'art. 36 Cost. [D. Gottardi, *Lavoro intermittente*, in A. Perulli, E. Gragnoli (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, Cedam, Padova, 2004, p. 489].

tesi in cui il lavoratore intermittente, che non si è obbligato a rispondere alla chiamata, eviti di recarsi al lavoro ogni qual volta riceva la chiamata dell'utilizzatore. In entrambe le ipotesi, le parti non adempiono con correttezza l'obbligo di disposizione, che attribuisce al datore di lavoro il diritto di chiamare il dipendente e a quest'ultimo di ottenere occasioni concrete di lavoro. Diversamente, si giungerebbe al paradosso giuridico di poter ritenere che nella fase di disponibilità le parti possano agire in modo contrario ai principi generali in materia di obbligazioni e contratti e, dunque, anche in violazione del principio secondo cui le parti devono adempiere il contratto con correttezza e buona fede (54). Peraltro, la previsione contenuta nel comma 6 dell'art. 36 conferma la fondatezza della tesi prospettata. Essa, infatti, rappresenta una specificazione dei principi generali in materia di adempimento delle obbligazioni e viene espressamente riferita al caso in cui il lavoratore, obbligato a rispondere alla chiamata, senza motivo, si rifiuti di adempiere (55). In questa ipotesi, infatti, il legislatore ha previsto, oltre che la possibilità di risoluzione del contratto, la restituzione della quota di indennità di disponibilità e una penale risarcitoria il cui ammontare è determinato dal contratto collettivo applicabile ovvero dal contratto individuale di lavoro. Il tema meriterebbe certamente di essere approfondito. In questa sede si intende mettere in evidenza il fatto che la sottrazione della fase di attesa dalle tutele lavoristiche non significa che il lavoratore sia privo di tutele, anche in ragione delle considerazioni che seguono.

Tali previsioni hanno posto il problema di capire perché «un lavoratore intermittente, nei periodi di disponibilità, non dovrebbe fruire delle medesime garanzie di un lavoratore titolare di un contratto di lavoro somministrato» (56), e, come anticipato, sono stati avanzati seri dubbi di legittimità costituzionale della normativa esaminata. Essa, infatti, entrerebbe in contrasto con i principi espressi nelle note sentenze n. 121/1993 e n. 115/1994

(54) La Cassazione ritiene che tale principio «è espressione del dovere di solidarietà fondato sull'art. 2 Cost.» che «impone a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra e costituisce un dovere giuridico autonomo a carico di entrambe, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da norme di legge; ne consegue che la sua violazione costituisce di per sé inadempimento e può comportare l'obbligo di risarcire il danno che ne sia derivato» (Cass. 22 gennaio 2009, n. 1618, in G. Pescatore, C. Ruperto, *Codice civile*, I, p. 2261).

(55) La previsione costituisce una clausola risolutiva espressa, ai sensi dell'art. 1456 cod. civ.

(56) R. Voza, *Il lavoro intermittente*, in F. Carinci (a cura di), *Diritto del lavoro. Commentario*, Utet, Torino, 2007, p. 1402, oltre ai principi espressi nella sentenza n. 210 del 1992.

dalla Corte costituzionale (57), a cui tuttavia molti Autori fanno «dire [...] un po' di più di quello che in realtà essa dica» (58). La questione meriterebbe ben altro approfondimento. Si può comunque affermare, in estrema sintesi, che i principi espressi dalle sentenze citate sono invocabili «con riferimento alla fattispecie del lavoro subordinato allorquando il legislatore, in presenza di requisiti fattuali tipici della subordinazione, pretende di sottrarre determinate categorie di rapporti dal loro naturale assetto disciplinare per applicare una regolamentazione a essi in parte estranea» (59).

Con riferimento al lavoro a chiamata, dunque, si tratta di capire se il legislatore, nell'escludere la fase di attesa dalla disciplina tipica del lavoro subordinato, ha compiuto tale indebita operazione. In sostanza, al di là o meno della condivisione dei principi enunciati dalla Corte, la scelta effettuata dal legislatore di regolamentare la fase di attesa con disposizioni che non presuppongono la subordinazione del lavoratore non è, di per sé, incompatibile con i principi costituzionali; lo sarebbe, al contrario, se il lavoratore, durante tale periodo, si trovasse in una posizione di subordinazione tecnico-funzionale. Di fronte all'ambiguità del testo legislativo, la necessità di attribuire alle disposizioni in esame un significato conforme ai principi costituzionali deve indurre a ritenere che, tra una chiamata e l'altra, il lavoratore non è assoggettato ad alcun potere unilaterale del datore di lavoro. A differenza, per utilizzare gli esempi già ricordati, del *part-time* o dell'obbligo di reperibilità, nella fase di attesa il lavoratore intermittente non è in alcun modo vincolato alle direttive impartite dall'imprenditore, né a essere reperibile per riceverle. Queste conclusioni sono valide anche quando il lavoratore si è obbligato a rispondere alla chiamata dell'utilizzatore. In questo caso, infatti, la legge sanziona esclusivamente «il rifiuto ingiustificato» della mancata prestazione e, soprattutto, non impone alcuna modalità necessaria di comunicazione della chiamata e di accettazione. In sostanza, la legge non impone al lavoratore l'onere di essere sempre nelle condizioni di rispondere alla chiamata datoriale, con la conseguenza che ove l'utilizzatore non riesca a perfezionare la comunicazione non vi sarà alcuna conseguenza sanzionatoria per l'omessa prestazione lavorativa. Ebbene: la tesi qui prospettata rende compatibile la disciplina sul lavoro a chiamata con i principi espressi dalla Corte costituzionale nel 1992.

(57) Su cui R. Romei, *Tra politica e diritto: rileggendo «Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro»*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2009, pp. 77 ss.

(58) R. Romei, *op. ult. cit.*, p. 81.

(59) G. Ferraro, *Flessibilità in entrata: nuovi e vecchi modelli di lavoro flessibile*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, pp. 567 ss.

3. — *Le causali oggettive* — L'accesso a questa tipologia contrattuale è possibile in presenza di determinate causali previste dalla legge. Alcune sono di tipo oggettivo; altre, invece, di carattere soggettivo (60). In base all'art. 34, comma 1, è possibile sottoscrivere il contratto «per lo svolgimento di prestazioni di carattere discontinuo o intermittente» e secondo le «esigenze individuate dai contratti collettivi». A ragione, è stato sostenuto che «il legislatore rinuncia a qualsiasi indicazione causale, rimettendo tale compito alla fonte collettiva, ovvero a quella regolamentare» (61) e che «l'unico elemento di qualificazione tipologica della fattispecie» (62) è la nozione di prestazione intermittente o discontinua. Dal punto di vista lessicale, con l'aggettivo «intermittente» si fa riferimento a qualcosa che si interrompe a tratti e a intervalli regolari di tempo, mentre con il termine «discontinuo» si indica qualcosa di irregolare, incoerente. I due vocaboli, inoltre, vengono spesso considerati come sinonimi. Ebbene: qualsiasi attività, infatti, così come può essere svolta in regime di autonomia o di subordinazione, può essere esercitata in modo continuo o discontinuo. Se così è, dunque, la prestazione lavorativa presenta i caratteri della discontinuità o dell'intermittenza nel tempo, in quanto è la ragione economico-organizzativa da soddisfare che presenta tali caratteristiche. In pratica, è la ragione del contratto che deve corrispondere a esigenze di manodopera differenti da quelle ordinarie, che sono stabili e, per definizione, continue. L'interpretazione qui proposta è coerente con la previsione contenuta nell'art. 40, che, infatti, rinvia alla fonte collettiva l'individuazione dei «casi di ricorso al lavoro intermittente» e, dunque, delle esigenze datoriali che devono sussistere per sottoscrivere il contratto di lavoro.

È stato, in proposito, prospettato un problema di legittimità costituzionale, per violazione, da parte del d.lgs. n. 276 del 2003, della legge delega. In base alla legge n. 30 del 2003, la contrattazione collettiva avrebbe dovuto procedere all'individuazione delle prestazioni di carattere discontinuo (63) e non alle esigenze aziendali o ai casi in cui è possibile

(60) La riforma del 2012, come si vedrà, modifica espressamente le seconde e incide indirettamente sulle prime.

(61) R. Voza, *La destrutturazione del tempo di lavoro: part-time, lavoro intermittente e lavoro ripartito*, in P. Curzio (a cura di), *Lavoro e diritti dopo il d.lgs. n. 276/2003*, Cacucci, Bari, 2004, p. 252.

(62) R. Voza, *ibidem*.

(63) Lo mette in rilievo V. Nuzzo, *Il lavoro intermittente: un'opportunità nelle Information communication technology?*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, 2005, n. 31, p. 8, che critica, in modo condivisibile, la ricostruzione offerta da M.G. Mattarolo, *Contratti di lavoro flessibili e contratti formativi*, in F. Carinci (a cura di), *Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Ipsoa, Milano, 2004, p. 216, e da G. Boni,

concludere il contratto a chiamata. Per superare tale contrasto, è possibile interpretare l'art. 40 in connessione all'art. 34, comma 1, per rendere la norma coerente con i principi e i criteri contenuti nella legge delega, oltre che con l'intenzione del legislatore delegante, che è stata quella di affidare soprattutto alle parti sociali il compito di definire in quali ipotesi è possibile fare ricorso al lavoro a chiamata. Ritenere, dunque, che con l'espressione «individuazione delle prestazioni di carattere intermittente o discontinuo» il legislatore delegante ha voluto intendere l'esigenza economico-organizzativa di questo tipo consente di superare i dubbi di legittimità costituzionale che sono stati prospettati. Da questo punto di vista, dunque, i contratti collettivi devono individuare quali sono le esigenze economico-organizzative che presentano caratteri di discontinuità e/o intermittenza e che, di conseguenza, possono essere soddisfatte esclusivamente mediante prestazioni di lavoro che non possono, cioè, essere rese in modo continuativo nel tempo. In altre parole, la contrattazione collettiva o, in sua vece, il Ministero, deve individuare quali sono le attività utili per l'impresa e che non sono caratterizzate dalla regolarità o dalla continuità delle prestazioni lavorative, a cui il datore potrebbe far fronte con il contratto di lavoro subordinato standard (64), a tempo indeterminato o determinato.

Probabilmente l'ambiguità lessicale ha certamente contribuito al fatto che la maggior parte dei contratti collettivi non ha ritenuto di esercitare la delega conferita dal legislatore (65) e di lasciare, così, al Ministero la responsabilità di specificare il precetto legale. Non è allora malizioso pensare che, se apparentemente «alla contrattazione collettiva è attribuito un ruolo importantissimo, che è quello di autorizzare l'istituto attraverso l'individuazione delle ipotesi in cui è possibile farvi ricorso» (66), il

Contratto di lavoro intermittente e subordinazione, in *Riv. it. dir. lav.*, 2005, I, p. 113, e che prospetta un vizio di legittimità costituzionale dell'art. 34 per eccesso di delega legislativa. Lo stesso argomento è utilizzato da E. Ales, *I paradossi della tipizzazione: i «contratti» di lavoro intermittente*, in *Diritto del lavoro. I nuovi problemi*, Cedam, Padova, 2005, p. 863.

(64) A tale conclusione è pervenuto il Tribunale di Firenze con la sentenza del 25 gennaio 2011, inedita e citata da A. Morone, *Il contratto di lavoro intermittente*, in M. Brollo (a cura di), *Il mercato del lavoro*, in M. Persiani, F. Carinci (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, VI, Cedam, Padova, 2012, p. 1254, alla nota 137.

(65) M.G. Mattarolo, *op. ult. cit.*, p. 25.

(66) V. Nuzzo, *op. ult. cit.*, p. 7. Per A. Bollani, *Flessibilità e nuovi rapporti di lavoro*, in M. Magnani, P.A. Varesi (a cura di), *Organizzazione del mercato del lavoro e tipologie contrattuali. Commentario ai decreti legislativi n. 276/2003 e n. 251/2004*, Giappichelli, Torino, p. 417, si tratta di un esempio di «flessibilità contrattata». In re-

legislatore ha voluto, per così dire, «aggirare» le resistenze alla diffusione dell'istituto che i sindacati avrebbero inevitabilmente frapposto.

A fronte dell'inerzia sindacale, salvo le eccezioni già ricordate, il Ministero ha provveduto a individuare con decreto i casi di ricorso al lavoro intermittente il 22 ottobre 2004. Il Ministero, tuttavia, non ha individuato i casi di ricorso a tale tipologia contrattuale. È stato effettuato, infatti, un rinvio alle attività elencate nel r.d. n. 2657/1923, che richiedono prestazioni di lavoro che non necessariamente sono intermittenti, ma che, in realtà, sono di semplice attesa e/o custodia e per le quali, proprio per tale motivo, non operano i limiti in materia di orario di lavoro (67). Ciò determina una sorta di cortocircuito. In base a un'interpretazione di tipo letterale, infatti, un imprenditore potrebbe ritenere di utilizzare il lavoro a chiamata per affidare lo svolgimento di una delle attività elencate nel regio decreto, anche nel caso in cui la prestazione deve essere resa con continuità. Questa opzione, tuttavia, sarebbe in contrasto con la legge, dal momento che, anche in quelle ipotesi, l'esigenza datoriale non potrà che corrispondere alla necessità di affidare un'attività che non richiede una prestazione lavorativa continuativa nel tempo. In sostanza, le mansioni che vengono elencate nella fonte richiamata dovranno corrispondere, ai fini della legittima utilizzazione del contratto di lavoro a chiamata, a esigenze discontinue o intermittenti di manodopera.

Lo stato attuale, dunque, è caratterizzato da un «doppio binario causale» per l'accesso a questa tipologia contrattuale. Il d.m. del 2004, infatti, continua a trovare applicazione nei settori in cui la contrattazione collettiva non ha esercitato la delega conferita dalla legge. Negli altri, invece, in cui la contrattazione collettiva ha ritenuto di individuare le esigenze che rendono possibile il ricorso al contratto di lavoro intermittente, il decreto

altà, il rinvio legale alla contrattazione collettiva appare più espressione della tendenza dell'ordinamento statale ad attribuire all'autonomia collettiva il ruolo di fonte del diritto. Il tema, chiaramente, di notevole complessità non può neppure essere accennato. Si condivide, tuttavia, quanto sostenuto da D. Gottardi, *Lavoro intermittente*, in A. Perulli, E. Gragnoli (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, Cedam, Padova, 2004, p. 483, secondo la quale «il decreto delegato sembra caratterizzarsi per una dilettesca e, insieme, pericolosa applicazione del rapporto tra legge e contratto collettivo».

(67) Sul tema cfr. l'analisi approfondita di V. Nuzzo, *op. ult. cit.*, p. 10, che critica l'intervento ministeriale con argomentazioni condivisibili. Sul rinvio al regio decreto del 1923, cfr. anche le condivisibili osservazioni di R. Voza, *Il lavoro intermittente*, in F. Carinci (a cura di), *Diritto del lavoro. Commentario*, Utet, Torino, 2007, p. 1264. Cfr. anche G. Ricci, *Tempi di lavoro e tempi sociali. Profili di regolazione giuridica nel diritto interno e dell'Ue*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 432.

ministeriale non è vincolante (68). C'è, poi, un vuoto, determinato dal fatto che il decreto ministeriale non trova applicazione a tutti i settori di attività, con la conseguenza che per molte categorie produttive il lavoro a chiamata è ancora inapplicabile.

3.1. — Segue: *Per periodi predeterminati* — L'ulteriore causale oggettiva prevista dalla legge è quella che consente, ai sensi dell'art. 34, comma 2, di ricorrere al contratto di lavoro a chiamata per lo svolgimento di prestazioni di carattere discontinuo «... per periodi predeterminati nell'arco della settimana, del mese o dell'anno». La disposizione originaria effettuava un rinvio all'art. 37, che è stato abrogato dalla riforma Fornero. La vecchia formulazione consentiva il ricorso al lavoro intermittente per prestazioni da rendersi nel fine settimana, nonché nel periodo delle ferie estive o delle vacanze natalizie e pasquali, sempre, beninteso, per lo svolgimento di prestazioni di carattere discontinuo. In queste ipotesi, la legge prevedeva che l'indennità di disponibilità, chiaramente ove fosse stato pattuito l'obbligo di rispondere alla chiamata, sarebbe stata corrisposta soltanto in caso di effettiva prestazione lavorativa. L'art. 37, comma 2, inoltre, attribuiva alla contrattazione collettiva la facoltà di prevedere ulteriori periodi, in aggiunta cioè a quelli indicati dalla legge, nei quali era consentito il ricorso al lavoro intermittente.

Con l'abrogazione di questa disposizione si è prospettato che, allo stato attuale, è rimessa all'autonomia individuale la possibilità di stipulare un contratto di lavoro intermittente «per periodi predeterminati nell'arco della settimana, del mese o dell'anno», in assenza, cioè, di previsioni contenute nei contratti collettivi (69). Questa interpretazione, che avrebbe potuto trovare una propria giustificazione in ragione dell'abrogato art. 37, comma 1, sembra oggi preclusa in ragione di una interpretazione letterale e sistematica dell'istituto (70). In base al «vecchio» testo dell'art.

(68) Per quello che consta, le esigenze che consentono il ricorso al lavoro intermittente sono state individuate da alcuni contratti collettivi sottoscritti da Conflavoratori, oltre al Ccnl delle imprese cooperative del settore artistico, informativo, sport e spettacolo del 20 luglio 2006 e il Ccnl studi professionali non ordinistici del 24 aprile 2009.

(69) Tesi sostenuta da M. Marazza, *Il lavoro intermittente per periodi predeterminati dall'autonomia individuale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, per la ragione ricordata prima alla nota 13. *Contra*, M.G. Mattarolo, *Il lavoro intermittente: uso improprio e misure di contrasto*, in F. Carinci, M. Miscione (a cura di), *Commentario alla riforma Fornero*, Milano, 2012, p. 136; R. Voza, *Le novità legislative in tema di lavoro intermittente*, in *Mass. giur. lav.*, 2012, pp. 769-770.

(70) Dello stesso avviso è il Ministero (circolare n. 18 del 2012 e circolare n. 20 del 2012).

37, la contrattazione collettiva poteva prevedere «ulteriori periodi» rispetto a quelli previsti dal comma 1, con l'effetto di allargare le ipotesi in cui il lavoratore discontinuo o intermittente avrebbe maturato l'indennità di disponibilità soltanto nel caso di effettiva chiamata. L'autonomia privata, dunque, avrebbe potuto specificare la frazione temporale in cui il datore avrebbe potuto richiedere la prestazione lavorativa entro i periodi predeterminati dalla legge, così come in quelli aggiuntivi previsti dalla contrattazione collettiva.

Con l'eliminazione dell'art. 37, tuttavia, le fonti normative che consentono la sottoscrizione del contratto sono quelle contenute nell'art. 34 e nell'art. 40 e che non fanno alcun riferimento alla possibilità di utilizzare il lavoro a chiamata nei periodi previsti dalla disciplina previgente. Allo stato attuale, quindi, potrà essere soltanto la contrattazione collettiva ovvero il Ministero a individuare eventualmente in quali periodi è possibile ritenere la sussistenza di esigenze economico-organizzative che possono essere soddisfatte mediante prestazioni di lavoro intermittenti o discontinue. Ragioni di ordine sistematico, inoltre, inducono a ritenere che il legislatore, con l'abrogazione dell'art. 37 e l'introduzione di un apparato sanzionatorio più incisivo rispetto al passato, non ha inteso conferire alle parti alcun potere di negoziare, autonomamente, quali sono i periodi predeterminati per fare ricorso a tale tipologia contrattuale. È evidente, infatti, che attribuire all'autonomia privata tale facoltà significherebbe aumentare la possibilità di eludere sia le norme di legge sia di contratto collettivo.

Oltre a tali profili, l'abrogazione dell'art. 37 compiuta dalla riforma è opportuna, dal momento che elimina una irragionevole disparità di trattamento che la formulazione originaria del testo di legge determinava tra lavoratori a chiamata. Non si è mai compreso, infatti, il motivo per cui il diritto all'indennità di disponibilità maturasse, nel caso del lavoro da rendersi in periodi predeterminati, soltanto nel caso di effettiva prestazione lavorativa, mentre negli altri casi soltanto in ragione dell'assunzione dell'obbligo di rispondere alla chiamata.

3.2. — *Le causali soggettive* — Il contratto di lavoro a chiamata, inoltre, può essere concluso «in ogni caso [...] con soggetti con più di quarantacinque anni di età e con soggetti con meno di ventiquattro anni di età». La vecchia formulazione della disposizione prevedeva, invece, la possibilità di estendere tale tipologia contrattuale ai giovani disoccupati di età inferiore ai venticinque anni e ai disoccupati con più di quarantacinque anni.

La causale in esame caratterizza un secondo tipo di contratto di lavoro a chiamata che non è riconducibile sicuramente a quello sopra analiz-

zato (71). Il comma 2 dell'art. 34, infatti, prescrive che «il contratto di lavoro intermittente può essere *in ogni caso* concluso» con i soggetti prima individuati. Ciò vuol dire anche al di fuori delle esigenze individuate dai contratti collettivi o dalla decretazione ministeriale, a condizione, tuttavia, che la prestazione lavorativa sia caratterizzata da intermittenza o discontinuità. La dottrina è sempre stata critica sull'opportunità di prevedere tale causale di tipo soggettivo, per una molteplicità di motivi (72) che non si intendono analizzare in questa sede. La finalità della disposizione è abbastanza chiara. Si intende favorire il contrasto del lavoro irregolare di soggetti che, in ragione della loro età, alternano momenti di lavoro con percorsi di studio, secondario e universitario, e di persone che, evidentemente espulse dal ciclo produttivo o che si trovano in pensione, trovano occasioni per integrare il loro reddito (73).

La formulazione della disposizione può essere oggetto di differenti interpretazioni con riferimento ai soggetti con meno di ventiquattro di età, le cui «prestazioni contrattuali devono essere svolte entro il venticinquesimo anno di età». In base al tenore letterale, non è possibile ricorrere al lavoro a chiamata per utilizzare le prestazioni di un lavoratore che ha già compiuto i ventiquattro anni. In questo senso si è espresso anche il Ministero con la circolare n. 18 del 2012. Il Governo, infatti, ha precisato che è necessario distinguere tra la data di stipulazione del contratto e il periodo di esecuzione dello stesso. A questo proposito, il contratto potrà essere sottoscritto fino a quando il lavoratore non ha compiuto i ventiquattro anni e la prestazione lavorativa, invece, potrà essere svolta fino al giorno precedente il compimento del venticinquesimo anno. La violazione di tale precetto, secondo il Ministero, «determinerà [...] la trasformazione del rapporto in un rapporto di lavoro a tempo pieno e indeterminato» (74).

(71) Della stessa opinione M. Lamberti, *Il ritorno del lavoro a chiamata*, in M. Cinelli, G. Ferraro (a cura di), *Lavoro, competitività, welfare*, vol. II, *Dal d.l. n. 112/2008 alla riforma del lavoro pubblico*, Utet giuridica, Torino, 2009, pp. 93-94.

(72) G. Boni, *Contratto di lavoro intermittente e subordinazione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2005, I, p. 119, parla di «scelta improvvida», in quanto in aperto contrasto con la strategia per l'occupazione di Lisbona. Cfr. anche D. Gottardi, *op. ult. cit.*, p. 484.

(73) Dello stesso avviso A. Morone, *Il contratto di lavoro intermittente*, in M. Brollo (a cura di), *Il mercato del lavoro*, in M. Persiani, F. Carinci (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, VI, Cedam, Padova, 2012, p. 1255.

(74) Ministero del Lavoro, circolare n. 18/2012. In tal senso si era espressa parte della dottrina come G. Pellacani, *Il lavoro intermittente a un anno dall'entrata in vigore: gli interventi ministeriali, la contrattazione collettiva e il decreto correttivo n. 251/2004*, in *Mass. giur. lav.*, 2005, p. 10.

4. — *Il contratto di lavoro intermittente a tempo determinato* — A norma dell'art. 33, comma 2, il contratto di lavoro a chiamata «può essere stipulato anche a tempo determinato». La previsione legislativa, reintrodotta dal d.l. n. 112 del 2008 e confermata dalla legge n. 92 del 2012, nello smentire quanti hanno sostenuto l'impossibilità di concepire un contratto di lavoro intermittente a tempo determinato (75), pone l'interrogativo se l'apposizione del termine è consentita in presenza delle ragioni, da indicare specificamente per iscritto, previste dal d.lgs. n. 368 del 2001 ovvero se il contratto di lavoro intermittente a tempo determinato costituisca un'ipotesi speciale che consente di pattuire la scadenza finale senza alcuna motivazione. È bene precisare, per evitare possibili equivoci, che la predeterminazione della durata riguarda la disponibilità garantita dal lavoratore e non attiene alla durata della prestazione, che rimane di carattere discontinuo o intermittente. In sostanza, mediante il contratto di lavoro a chiamata a termine il prestatore di lavoro si obbliga a rimanere a disposizione per un periodo determinato, entro il quale il datore di lavoro può decidere di metterlo a lavoro oppure no (76).

Fatta tale premessa, non c'è alcun ostacolo a ritenere applicabile a tale ipotesi la normativa generale in materia di contratto a tempo determinato contenuta nel d.lgs. n. 368 del 2001. L'art. 10, d.lgs. n. 368 del 2001, infatti, non esclude il lavoro a chiamata dall'ambito di applicazione della normativa in materia di contratto a termine, a differenza di altre tipologie contrattuali. Ciò vuol dire che, ai fini della legittima apposizione del termine a un contratto di lavoro a chiamata, è necessario che ricorra una delle ragioni di carattere produttivo, organizzativo, tecnico o sostitutivo previste dall'art. 1, d.lgs. n. 368 del 2001, salvo il caso in cui il contratto a chiamata a termine sia il primo rapporto contrattuale instaurato dalle parti (77). Di conseguenza, il contratto di lavoro a chiamata a tempo determinato, a eccezione dell'ipotesi appena richiamata prevista del comma 1-*bis* dell'art. 1 del d.lgs. n. 368 del 2001, potrà essere legittimamente stipulato se: a) ri-

(75) P. Bellocchi, *Le nuove tipologie di lavoro: il lavoro a chiamata; il lavoro coordinato e continuativo; il lavoro occasionale e accessorio; il lavoro ripartito*, in M.T. Carinci (a cura di), *La legge delega in materia di occupazione e lavoro. Legge n. 30/2003*, Ipsoa, Milano, 2003, p. 200.

(76) Lo rileva V. Leccese, *Le innovazioni in materia di lavoro a tempo parziale e di lavoro intermittente*, in *Lav. dir.*, 2008, p. 493. In effetti, se l'esigenza economica o produttiva dovesse essere ritenuta di natura temporanea, il lavoro intermittente finirebbe per coincidere con una forma di lavoro a tempo determinato.

(77) Per effetto, infatti, dell'art. 1, comma 1, lett. a, della legge 28 giugno 2012, n. 92, su cui cfr. V. Speciale, *La riforma del contratto a termine nella legge 28 giugno 2012, n. 98*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, 2012, n. 153.

corrono le condizioni previste dagli artt. 34 e 40, d.lgs. n. 276 del 2003, in vigore; b) nel contratto è specificato per iscritto qual è la ragione, di natura temporanea, che giustifica l'apposizione del termine. In assenza di questo secondo requisito, infine, il contratto di lavoro a chiamata e, dunque, la disponibilità a cui il lavoratore si è obbligato, si dovrà considerare a tempo indeterminato e il datore di lavoro potrà essere condannato a versare l'indennità prevista dall'art. 32 della legge n. 183 del 2010 (78).

5. — *L'apparato sanzionatorio nella legge n. 92 del 2012 e nel d.l. n. 76 del 2013* — Una delle questioni più dibattute in dottrina è l'individuazione della sanzione in caso di illegittima utilizzazione di un lavoratore con un contratto di lavoro a chiamata. La riforma, sul punto, non ha introdotto alcuna novità. Essa, come vedremo, ha previsto delle sanzioni amministrative in caso di violazione dei nuovi obblighi di comunicazione che il datore di lavoro è tenuto a effettuare. L'art. 7 del d.l. n. 76 del 28 giugno 2013, inoltre, ha aggiunto all'art. 34, comma 2, un comma 2-*bis*, secondo cui l'utilizzazione di un lavoratore intermittente o discontinuo per un periodo superiore alle quattrocento giornate comporta la trasformazione del contratto «in un rapporto di lavoro a tempo pieno e indeterminato». In sede di conversione, la legge n. 99 del 2013, ha escluso che tale sanzione trovi applicazione nel settore del turismo, dei pubblici esercizi e dello spettacolo.

5.1. — *Trasformazione vs art. 2126 cod. civ.* — Salvo l'ipotesi appena ricordata, la legge non prevede una sanzione espressa nel caso di ricorso al lavoro intermittente in violazione delle causali previste dalla legge e sopra analizzate. Sono state, quindi, prospettate due ipotesi. La prima è quella di applicare l'art. 2126 cod. civ. nel caso di prestazioni rese in ragione di un contratto di lavoro intermittente sottoscritto in violazione di legge; la seconda è quella, «più forte», della trasformazione del contratto in un rapporto di lavoro subordinato a tempo pieno e indeterminato (79).

Quest'ultima tesi non convince. Questo tipo di sanzione, infatti, deve essere espressamente prevista dalla legge, così come accade, ad esempio, in

(78) In questo senso Trib. Ancona 18 luglio 2013, inedita.

(79) M.G. Mattarolo, *Contratti di lavoro flessibili e contratti formativi*, in F. Carinci (a cura di), *Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, p. 35, ritiene «francamente eccessiva» tale sanzione, sostenuta, invece, da R. Voza, *Il lavoro intermittente*, in F. Carinci (a cura di), *Diritto del lavoro. Commentario*, Utet, Torino, 2007, e da Trib. Milano 9 dicembre 2009, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2010, p. 111, con nota di A. Vescovini. Non risultano, allo stato, altri precedenti giurisprudenziali in materia.

materia di lavoro a progetto, ovvero deve essere desunta, in via interpretativa, in ragione di argomenti sistematici. Sotto quest'ultimo profilo, non è, tuttavia, rinvenibile alcun indice normativo da cui possa concludersi che tra il contratto di lavoro a chiamata e il contratto di lavoro subordinato sussista lo stesso rapporto di *species* a *genus* ravvisabile tra contratto a tempo determinato e rapporto a tempo indeterminato, che potrebbe giustificare la trasformazione del rapporto (80). Infatti, mentre nel contratto di lavoro a termine il problema della nullità attiene a un elemento accidentale del contratto, con la conseguenza che se apposto in violazione di legge trova applicazione l'art. 1419, comma 2, cod. civ., nel lavoro a chiamata l'eventuale sottoscrizione del contratto al di fuori delle ipotesi consentite rappresenta una violazione di norma imperativa che determina la nullità dell'intero contratto ai sensi dell'art. 1418, comma 1, cod. civ. In tale ipotesi, allora, il lavoratore troverà tutela in base alle previsioni dell'art. 2126 cod. civ., mediante il pagamento della retribuzione in ragione dell'attività effettivamente prestata (81). La violazione dell'art. 34, d.lgs. n. 276 del 2003, quindi, non determina automaticamente la trasformazione del rapporto a tempo pieno e indeterminato. Tale risultato, tuttavia, può essere perseguito qualora il lavoratore dimostri in giudizio che, al di là del *nomen iuris* utilizzato, le parti hanno inteso instaurare un rapporto di lavoro subordinato standard (82). L'indagine, chiaramente, dovrà essere condotta con riferimento alle effettive modalità di svolgimento del rapporto di lavoro e, in particolare, alla continuità nel tempo delle prestazioni lavorative.

Lo stesso ragionamento deve essere condotto con riferimento all'illegittima conclusione di un rapporto di lavoro a chiamata a tempo determinato. In questa ipotesi, come anticipato, l'unica conseguenza è la nullità del termine e non la trasformazione del contratto in un rapporto a tempo

(80) M.G. Mattarolo, *op. ult. cit.*, p. 35, la quale sostiene anche che «il contratto di lavoro intermittente difficilmente può ritenersi, di per sé, un contratto di lavoro, perché non prevede alcun obbligo di lavorare, ma solo una disponibilità».

(81) Ad analoghe conclusioni è pervenuta la giurisprudenza con riferimento alla nullità del contratto *part-time* privo dell'indicazione esatta della collocazione temporale della prestazione lavorativa dovuta. Cass. 29 dicembre 1999, n. 14692, in *Not. giur. lav.*, 2000, p. 186; Cass. 3 maggio 1991, n. 4811, in *Foro it.*, 1991, I, p. 3095. Con riferimento al lavoro a chiamata il Tribunale di Monza ha affermato che la sanzione non è rappresentata dalla trasformazione del rapporto, ma che il lavoratore ha diritto soltanto al risarcimento del danno da liquidare in via equitativa (cfr. Trib. Monza 15 ottobre 2012, in *Foro it.*, 2012, 12, I, 2522).

(82) M.G. Mattarolo, *op. ult. cit.*, p. 36, ritiene che solo in questa ipotesi potrà porsi il problema della costituzione di un rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato.

pieno, oltre che indeterminato. Per pervenire a tale risultato il lavoratore dovrà fornire la prova che le prestazioni eseguite non sono state caratterizzate da discontinuità e intermittenza ma, al contrario, secondo i turni di lavoro tipici del tempo pieno. Il problema, quindi, è sempre quello dell'accertamento in concreto delle modalità di svolgimento dell'attività lavorativa.

Le conclusioni a cui si è pervenuti non possono essere messe in discussione dalla previsione, contenuta nel cd. «decreto lavoro» del 28 giugno 2013, secondo cui in caso di utilizzazione di un medesimo lavoratore a chiamata per un periodo superiore a quattrocento giornate di effettivo lavoro nell'arco di tre anni solari «il relativo rapporto si trasforma in un rapporto di lavoro a tempo pieno e indeterminato». In primo luogo, il carattere eccezionale della norma impedisce che essa possa essere applicata per regolare casi differenti. In secondo luogo, se il legislatore avesse voluto prevedere che ogni violazione fosse sanzionata con la trasformazione lo avrebbe fatto espressamente. Al contrario, è la stessa legge che ha escluso che tale sanzione, di portata eccezionale, possa essere applicata in determinati settori produttivi.

Mediante la previsione in esame, il legislatore, in realtà, sembra aver introdotto una presunzione di legge in base alla quale l'utilizzazione di un medesimo lavoratore per più di trecento giorni in tre anni esclude il carattere intermittente o discontinuo dell'esigenza datoriale. Si tratta di capire se essa è una presunzione assoluta o relativa e se, quindi, l'utilizzatore possa fornire la prova, in un eventuale giudizio, della natura intermittente della ragione per cui ha assunto a chiamata il proprio dipendente. Il tenore letterale della disposizione, oltre che la finalità antifraudolenta dell'intera normativa sul lavoro a chiamata, giustifica la prima lettura e, dunque, la natura assoluta della presunzione legale (83).

5.2. — *Gli obblighi di comunicazione introdotti dalla legge n. 92 del 2012* — La riforma «Fornero» ha introdotto il comma 3-bis all'art. 35, d.lgs. n. 276 del 2003, e ha previsto che, «prima dell'inizio della prestazione lavorativa o di un ciclo integrato di prestazioni di durata non superiore a trenta giorni, il datore di lavoro è tenuto a comunicare la durata con modalità semplificate alla Direzione territoriale competente per territorio me-

(83) Questo tipo di soluzione, tuttavia, non è esente da critiche e da dubbi di legittimità costituzionale, per i medesimi motivi analizzati da V. Pinto, *La nuova disciplina sul lavoro a progetto*, in P. Chieco (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92*, Cacucci, Bari, 2013, pp. 210-211, con riferimento alla norma interpretativa dell'art. 69, d.lgs. n. 276 del 2003.

dianche sms, fax o posta elettronica». Ulteriori modalità di comunicazione, inoltre, potranno essere adottate con provvedimenti successivi adottati dal Ministero (84).

L'art. 34 del d.l. n. 179 del 18 ottobre 2012, cd. «Decreto sviluppo», convertito dalla legge n. 221 del 2012, ha eliminato la possibilità di inviare la comunicazione mediante fax (85). Il Ministero, successivamente, il 27 marzo 2013, ha adottato il decreto con cui ha definito «gli standard e le regole per la trasmissione delle comunicazioni dovute dai soggetti abilitati in caso di prestazione di lavoro intermittente, secondo quanto previsto dall'articolo 35, comma 3-bis, del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 76». Il Ministero ha adottato un particolare modello di comunicazione, denominato «UNI-Intermittente» che può essere compilato esclusivamente mediante strumenti informatici. In particolare, tale modello deve essere trasmesso, alternativamente, o con un indirizzo di posta elettronica certificato ovvero per il tramite del portale cliclavoro (www.cliclavoro.gov.it/). Il decreto ministeriale, inoltre, consente la comunicazione mediante sms, che deve contenere «almeno» il codice fiscale del lavoratore, se la prestazione deve essere resa nelle dodici ore successive alla comunicazione stessa. L'art. 4, comma 6, autorizza a effettuare la comunicazione via fax «esclusivamente nei casi di malfunzionamento dei sistemi» sopra ricordati (86).

La finalità di tali adempimenti è chiara. Essa è rinvenibile nella volontà di «evitare che l'istituto si presti a giustificazioni a posteriori di lavoro altrimenti irregolare» (87), come è dimostrato anche dall'entità delle sanzioni connesse alla violazione di tali obblighi. L'art. 35, comma 3-bis, infatti, prevede una sanzione amministrativa di misura variabile dai quattrocento

(84) Cfr. R. Camera, *Lavoro intermittente e comunicazione obbligatoria*, in *Dir. prat. lav.*, 2013, n. 1, pp. 11 ss.

(85) La legge citata nel testo ha, infatti, soppresso la parola «fax».

(86) Tuttavia, come anticipato, l'eliminazione della parola «fax» dal testo di legge non consentirebbe neppure questa ipotesi di trasmissione.

(87) A. Morone, *Il contratto di lavoro intermittente*, in M. Brollo (a cura di), *Il mercato del lavoro*, in M. Persiani, F. Carinci (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, VI, Cedam, Padova, 2012, pp. 1271-1272. Della stessa opinione è P. Rausei, *Legge 28 giugno 2012, n. 98. La nuova riforma del lavoro. Guida operativa*, Ipsoa, Milano, 2012, p. 63, anche se esprime un'opinione critica circa l'opportunità di introdurre obblighi di comunicazione ulteriori a quelli della comunicazione obbligatoria mediante il modello UniLav. Della stessa opinione è A. Lassandari, *Il lavoro intermittente*, in A. Allamprese, I. Corradini, L. Fassina (a cura di), *Rapporto di lavoro e ammortizzatori sociali*, Ediesse, Roma, 2012, p. 90, che mette in rilievo «il profondo mutamento di approccio, nei confronti di questa forma di lavoro, realizzatosi tra la versione originaria del disegno di legge e la disciplina approvata».

ai duemilaquattrocento euro per ciascun lavoratore di cui sia stata omessa la comunicazione (88).

Il d.l. n. 76 del 2013 è, in seguito, intervenuto ad attenuare questo regime sanzionatorio, dal momento che l'art. 7, comma 2, lett. *b*, prevede che la sanzione prima richiamata «non trova applicazione qualora, dagli adempimenti di carattere contributivo precedentemente assolti, si evidenzi la volontà di non occultare la prestazione di lavoro». Questa previsione è ragionevole ed evita che meri errori di comunicazione possano essere sanzionati in modo obiettivamente sproporzionato.

In base alla legge, dunque, il datore di lavoro deve effettuare una comunicazione preventiva all'inizio della prestazione di lavoro ogni qualvolta intenda utilizzare il lavoratore e questi, nel caso in cui non si è obbligato alla risposta, abbia manifestato la propria volontà di prestare l'attività richiesta. In pratica, tante comunicazioni quante sono le chiamate, anche di un singolo dipendente.

La disposizione, tuttavia, consente di procedere a una unica comunicazione preventiva se l'attività del lavoratore è destinata a essere inserita in un ciclo integrato di prestazioni che non superino il periodo di trenta giorni. Questa previsione è di difficile interpretazione. Intanto, dubbi possono sorgere sul concetto stesso di ciclo integrato di prestazioni, dal momento che ogni prestazione lavorativa è destinata a essere integrata con quelle degli altri dipendenti «stabili» dell'imprenditore. Ma ulteriori interrogativi sorgono con riferimento al periodo dei trenta giorni: se esso, cioè, si riferisce al tempo massimo della prestazione di lavoro richiesta e destinata a essere inserita in una programmazione produttiva di durata superiore (89) ovvero all'«arco temporale massimo all'interno del quale individuare i periodi di attività» (90). La formulazione letterale della disposizione giustifica entrambe le tesi appena ricordate. Il periodo di trenta giorni, infatti, può essere riferito esclusivamente alla prestazione lavorativa, come sostiene il Ministero, oppure, come sembra più coerente dal punto di vista sistematico, alla durata del ciclo integrato.

6. — *Il periodo transitorio* — L'art. 1, comma 22, della legge di riforma regola espressamente il regime transitorio, in quanto prescrive che «i contratti di lavoro intermittente già sottoscritti alla data di entrata in vigore

(88) P. Rausei, *op. ult. cit.*, p. 63, critica tale scelta e ne mette in evidenza il carattere «totalmente incongruo e sistematico rispetto al valore della condotta antidoverosa».

(89) Tesi sostenuta dal Ministero, con la circolare n. 20 del 1° agosto 2012.

(90) Tesi sostenuta da A. Vallebona, *La riforma del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 28.

della presente legge, che non siano compatibili con le disposizioni di cui al comma 21, cessano di produrre effetti decorsi dodici mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge».

A parte l'ovvia considerazione che «a far data dal 18 luglio 2012 non è anzitutto possibile sottoscrivere contratti di lavoro intermittente secondo la previgente disciplina» (91), la disposizione pone il problema di individuare quali sono le tipologie di lavoro a chiamata incompatibili con la nuova regolamentazione dell'istituto e che, dal 18 luglio 2013, non saranno più efficaci. Il riferimento è, evidentemente, ai contratti sottoscritti, in base alla vecchia formulazione del comma 2 dell'art. 34, da soggetti espulsi dal ciclo produttivo di età compresa tra i quarantacinque e i cinquantaquattro anni di età. Cesseranno, inoltre, di avere efficacia i contratti sottoscritti ai sensi dell'art. 37 abrogato dalla legge di riforma e, dunque, quelli per rendere la prestazione nel fine settimana o nelle ferie. Allo stesso modo, si estingueranno gli ulteriori contratti intermittenti per periodi predeterminati previsti dall'autonomia collettiva, che, tuttavia, come visto, potrebbe reintrodurli ai sensi dell'art. 40.

Rimane il problema di capire le conseguenze della prosecuzione, oltre il termine del 18 luglio 2013, di prestazioni discontinue in ragione delle tipologie contrattuali appena individuate. Sul punto, il Ministero ha chiarito che il contratto «cesserà di produrre effetti e l'eventuale prestazione resa in violazione del divieto sarà considerata in nero». Tali conclusioni, a ben vedere, sono in contraddizione con quanto sostenuto dallo stesso Ministero con riferimento alle prestazioni effettuate oltre il compimento del venticinquesimo anno di età. Come sopra ricordato, infatti, in questa ipotesi è stato sostenuto che la sanzione è rappresentata dalla conversione in un rapporto a tempo pieno e indeterminato. La diversità di conseguenze sanzionatorie, comunque, può trovare una propria giustificazione. Nel primo caso, infatti, il datore di lavoro aveva sottoscritto un contratto valido in ragione della normativa previgente, che non può essere «trasformato» soltanto per il fatto che il diritto sopravvenuto ha modificato le causali soggettive per l'accesso al tipo negoziale. La seconda ipotesi, invece, rappresenta una violazione delle causali che rendono possibile la sottoscrizione di un valido contratto a chiamata e che, secondo la criticabile interpretazione fornita dal Ministero, comporta la trasformazione del rapporto.

7. — *Conclusioni* — Le considerazioni fino a ora svolte consentono di formulare un giudizio sulle novità apportate dalla riforma del 2012, in ma-

(91) Ministero del Lavoro, circolare n. 18/2012.

teria di lavoro a chiamata. In primo luogo, contrariamente a quanto sostenuto, è dubitabile che il «salvataggio» di questo istituto da parte del Parlamento possa determinare una diffusione dei contratti di lavoro a chiamata superiore rispetto al passato. Il nuovo regime sanzionatorio, insieme agli obblighi di comunicazione, la cui introduzione è ispirata a una condivisibile finalità di contrasto al lavoro irregolare, non incentiverà certamente le imprese a ricorrere al lavoro a chiamata. L'abrogazione dell'art. 37, inoltre, sebbene rappresenti una scelta opportuna, costituisce senza dubbio un ulteriore fattore che renderà meno conveniente l'utilizzazione di questa tipologia contrattuale, soprattutto alla luce del condivisibile orientamento ministeriale che nega all'autonomia privata qualsiasi potere di determinazione delle causali per la valida sottoscrizione del contratto. In secondo luogo, è difficile immaginare che il lavoro a chiamata possa svolgere una funzione di contrasto al lavoro irregolare, se non per limitati casi, come dimostra l'esperienza applicativa. Men che meno è ragionevole continuare a sostenere che mediante tale tipologia contrattuale è possibile contribuire alla crescita dell'occupazione. Al di là della convinzione, da parte di chi scrive, che tale obiettivo non può essere perseguito dalla legislazione in materia di lavoro e, soprattutto, attraverso la destrutturazione delle tipologie contrattuali, è altamente probabile che maggiori opportunità di lavoro saranno soddisfatte mediante la sottoscrizione di contratti a termine acasuali. Le esigenze di flessibilità dell'impresa, inoltre, sono già ampiamente soddisfatte dalla disciplina in materia di *part-time*, che consente di modulare le prestazioni lavorative in ragione delle necessità aziendali. Da questo punto di vista, sarebbe stato opportuno che il Parlamento assecurasse la volontà governativa di eliminare questa tipologia contrattuale e di affidare totalmente alla contrattazione collettiva il compito di valutare se introdurre, in determinati settori produttivi e in ragione di riscontrate esigenze di lavoro di carattere intermittente o discontinuo, deroghe alla disciplina sul *part-time* o specifici rapporti di lavoro, così come previsto dalla legge n. 247 del 2007. Peraltro, questa scelta sarebbe stata coerente anche con la previsione contenuta nell'art. 8 della legge n. 148 del 2011, in ragione della quale la disciplina in esame potrebbe essere derogata o integrata dalla contrattazione aziendale, in presenza dei presupposti causali previsti dalla medesima disposizione.

In conclusione, nonostante l'annunciata finalità della riforma Monti-Fornero fosse quella di ridurre la precarietà anche mediante una riduzione delle tipologie contrattuali flessibili, le scelte compiute vanno in direzione opposta. Non è allora ingiustificato pensare che continuare a promuovere o mantenere una diversificazione delle tipologie contrattuali, all'insegna

dell'obiettivo di aumentare l'occupazione o di accrescere la competitività delle imprese a prescindere dagli scarsi risultati conseguiti in quindici anni di riforme, sia l'espressione del tentativo di vincere «quel colossale scontro per l'egemonia culturale» (92), che sta spostando il baricentro della regolazione giuridica dalle esigenze della persona agli interessi organizzativi delle aziende (93). Ma questo, è un altro discorso.

ABSTRACT

L'Autore analizza la disciplina sul contratto di lavoro a chiamata, alla luce delle recenti riforme del mercato del lavoro. Secondo l'Autore, le modifiche intervenute non contribuiscono a risolvere determinate questioni interpretative, a partire dalla qualificazione di questa tipologia contrattuale e dai dubbi di legittimità costituzionale che sono stati avanzati in dottrina. Nel saggio, quindi, dopo aver messo in rilievo la differenza tra orario di lavoro, riposo e reperibilità, si propone una lettura coerente ai principi costituzionali e alla nozione di subordinazione del lavoro a chiamata.

JOB ON CALL IN RECENT LABOUR MARKET REFORMS

The Author analyzes the discipline about job on call, after the recent reforms of the labor market. The Author asserts that legislative reforms do not help to resolve some specific interpretative questions, from the qualification of this type of contract to the doubts on its constitutionality which have been advanced in legal literature. In the essay, then, after giving out the difference between working time, rest and availability, the Author proposes a reading of job on call in line with the constitutional principles and the concept of subordination.

(92) U. Romagnoli, *La transizione infinita verso la flessibilità «buona»*, in *Lav. dir.*, 2013, n. 2, p. 158.

(93) Cfr. V. Bavaro, *L'aziendalizzazione nell'ordine giuridico del lavoro*, in *Lav. dir.*, 2013, n. 2, pp. 213 ss.

OPINIONI A CONFRONTO

IL TESTO UNICO SULLA RAPPRESENTANZA SINDACALE

Antonio Di Stasi ()*

IL TESTO UNICO SULLA RAPPRESENTANZA DEL 10 GENNAIO 2014 STIPULATO TRA CONFINDUSTRIA E CGIL, CISL E UIL. UNA RIFLESSIONE CRITICA

1. — L'angolo visuale in cui si pone la presente riflessione è limitato all'esame di eventuali profili critici contenuti nell'Accordo interconfederale stipulato il 10 gennaio 2014 tra Cgil, Cisl, Uil e Confindustria, denominato «Testo Unico sulla rappresentanza», con riferimento alla loro compatibilità con le regole associative e statutarie, con particolare attenzione alle Carte della Cgil e delle federazioni che a essa aderiscono.

Gli aspetti che si pongono a verifica sono quelli che sembrano più innovativi rispetto alla tradizionale regolamentazione delle relazioni sindacali e contrattuali e che possono essere individuati nell'esclusione dall'accesso alle elezioni per le Rsu di liste di lavoratori promosse da sindacati che non aderiscono all'accordo; nell'esclusione dalla partecipazione alla contrattazione nazionale dei sindacati pur firmatari del Testo Unico e rappresentativi, ma che ritengono di non riconoscersi nella «piattaforma del Ccnl» che potremmo definire separata (e cioè sostenuta da federazioni sindacali che hanno un livello di rappresentatività nel settore di almeno il 51%); nella previsione di sanzioni per i soggetti che violano le previsioni incluse nel cd. sistema di raffreddamento del conflitto; nella pattuizione di una sorta di impegno delle confederazioni firmatarie del Testo Unico affinché le rispettive organizzazioni di categoria a esse aderenti e le rispettive articolazioni a livello territoriale e aziendale si attengano a quanto pattuito nello stesso, con l'ulteriore previsione che «eventuali comportamenti non conformi agli accordi siano oggetto di una procedura arbitrale da svolgersi a livello confederale».

2. — Il Testo Unico, a partire dalla sua qualificazione, sembra porsi come una disciplina di sistema, scritta dalle principali confederazioni sindacali e da Confindustria, per tutte le articolazioni contrattuali e di rappre-

(*) Professore associato di Diritto del lavoro presso l'Università Politecnica delle Marche.

sentanza, da quella di categoria a quella aziendale, prevedendo un sistema di adeguamento ai suoi dettami da parte di tutte le articolazioni confederali, federali e di tutte «le rappresentanze sindacali dei lavoratori» lasciando inespreso il relativo confine, se endoassociativo ovvero comprensivo delle rappresentanze sindacali unitarie (Rsu) o delle rappresentanze sindacali aziendali (Rsa), ove costituite.

Non è fuori luogo inquadrare il Testo Unico come una *Grundnorm* scritta dalle confederazioni, ma che obbliga per sua stessa disposizione le federazioni di categoria e finanche, come accennato, le rappresentanze sindacali costituite in azienda, il che rende avvertiti di una sorta di imposizione del dettato confederale come se tra confederazione e federazione vi fosse un rapporto gerarchico e la seconda fosse un organo della prima.

I rispettivi spazi di autonomia e indipendenza tra federazioni aderenti alla medesima confederazione e tra la singola federazione e la confederazione sono da tempo indagate dalla dottrina e possono inserirsi nel più ampio capitolo relativo alle «associazioni di associazioni», che attiene al più vasto fenomeno delle organizzazioni di massa.

In particolare lo studio della dottrina civilistica si è concentrato sui cd. raggruppamenti territoriali o di categoria, in relazione ai quali si verifica uno stretto collegamento fra le singole associazioni: avviene, infatti, che, a fronte di un'associazione cd. maggiore che opera, di solito, in ambito nazionale per il perseguimento di uno scopo determinato, si costituiscano distinte associazioni cd. minori, le quali, nel perseguire il medesimo scopo, sono per questa ragione alla prima collegate, anche tramite i comuni associati, pur avendo una competenza limitata a un più ristretto ambito territoriale. Da parte della medesima dottrina, al riguardo, si parla di associazioni primarie e secondarie e si accenna al fenomeno dell'articolazione, sia in senso orizzontale che in senso verticale, per indicare, da un lato, che le associazioni territoriali possono essere dislocate parallelamente sul territorio e, dall'altro, che le cd. associazioni maggiori sono formate da altre associazioni, le quali, essendo composte da persone fisiche, «secondo uno schema il più delle volte piramidale, confluiscono, tutte, in quella di vertice».

All'interno di questa problematica, dottrina e giurisprudenza, sulla base delle disposizioni contenute negli artt. 36 ss. cod. civ., esaminano la questione inerente l'autonomia delle singole organizzazioni locali, sia nei loro reciproci rapporti che nei confronti dell'organizzazione posta al vertice: e, poiché tali articolazioni territoriali sono considerate non come organi dell'associazione maggiore, ma alla stregua di vere e proprie associazioni non riconosciute, comunemente si ritiene che il raggruppamento delle varie associazioni locali in un unico e unitario organismo (o in più organismi, di

grado via via più elevato) non valga a pregiudicare l'autonomia delle medesime in presenza di due requisiti: a) la disponibilità e la gestione di un patrimonio, che di norma è costituito dai contributi provenienti dagli associati e che è rivolto al perseguimento dello scopo comune; b) l'esistenza di una organizzazione della struttura territoriale locale, distinta da quella di vertice e caratterizzata, quanto meno, dall'assemblea e da un organo direttivo da quest'ultima nominato.

Tenuto conto di questi principi, si è così potuto affermare che qualora un'associazione nazionale non riconosciuta sia costituita da un insieme di articolazioni locali o periferiche, tra loro collegate da un vincolo associativo in virtù dell'art. 36 cod. civ., ciascun ente operante *in loco*, nelle controversie che lo riguardano, deve essere rappresentato in giudizio dal suo presidente o direttore (Cass. 18 giugno 1965, n. 1260, pronunciata con riferimento all'Associazione nazionale tubercolotici di guerra).

Inoltre, come è stato pure asserito, le articolazioni periferiche di un'associazione nazionale operante nel campo del volontariato (nella specie, l'Avis – Associazione volontari italiani del sangue) sono uniche titolari delle situazioni soggettive sostanziali derivanti da atti negoziali dalle stesse poste in essere, con la conseguenza che le medesime, e non l'associazione nazionale, assumono la qualità di parte nelle relative controversie (Cass. 19 febbraio 1993, n. 2039).

Non senza ragione, dunque, il legislatore ha ritenuto di prendere atto, a fronte della mancata attuazione della seconda parte dell'art. 39 della Costituzione, dell'autonomia giuridica delle articolazioni sindacali territoriali, e al riguardo è possibile richiamare sia l'art. 19 della legge 20 maggio 1970, n. 300, sia l'art. 28 della medesima legge, il quale, in materia di repressione della condotta antisindacale, stabilisce che il ricorso deve essere proposto «dagli organismi locali delle associazioni sindacali nazionali che vi abbiano interesse».

Da parte della medesima dottrina, del resto, è stato posto giustamente in evidenza che – pacifico essendo che le organizzazioni sindacali, dopo la soppressione delle corporazioni fasciste, hanno assunto la natura giuridica delle associazioni non riconosciute il cui ordinamento è regolato dagli accordi degli associati risultanti dallo statuto – continua a valere la tradizionale struttura associativa (non riconosciuta), caratterizzata dalla volontaria adesione dei singoli. Principio, quest'ultimo, che non rileva solo in senso verticale tra strutture territoriali e strutture regionali o nazionali, ma anche tra federazioni e confederazione. La giurisprudenza è concorde nel ritenere i singoli soggetti associati tra loro giuridicamente autonomi, tanto che è stato pure enunciato, con riferimento alle federazioni provinciali aderenti

alla confederazione dei coltivatori diretti, che «le stesse integrano associazioni di fatto autonome rispetto alla confederazione», attesa anche la riferibilità a ciascuna di esse, anziché alla più ampia organizzazione, degli obblighi attinenti ai rapporti di lavoro del relativo personale (Cass. 12 maggio 1989, n. 2174).

In particolare, da parte della prevalente dottrina, comunemente si sostiene che tanto le sezioni provinciali dei singoli partiti operanti in sede nazionale quanto i sindacati territoriali sono collegati fra di loro per mezzo di strutture di tipo orizzontale, mentre la successiva articolazione è di tipo verticale in considerazione del fatto che tutte le organizzazioni locali fanno unitario riferimento ai rispettivi partiti nazionali o alle federazioni sindacali (le quali ultime, a loro volta, si organizzano nelle confederazioni).

L'inquadramento ora ricordato comporta, da un lato, che le singole strutture sindacali costituiscono organismi autonomi nell'ambito della vita amministrativa e politica di quella determinata associazione, in quanto dotate di un proprio fondo e, quindi, di autonomia patrimoniale, con l'ulteriore conseguenza che le medesime, quali associazioni non riconosciute distinte dalla struttura nazionale, sono legittimate a stare in giudizio nella persona di colui che, secondo gli accordi degli associati, ne ha la direzione; e, dall'altro, che, fermo restando che un'associazione o confederazione sindacale di livello elevato può essere formata, in qualità di soci, da associazioni minori di più limitato ambito territoriale, il processo promosso dall'organismo provinciale del sindacato nazionale deve essere proseguito, nei successivi gradi o fasi, dal medesimo organismo e non da quello di livello più elevato, dal momento che il sindacato provinciale di categoria è dotato di una soggettività giuridica distinta dalle autonome strutture provinciale e nazionale – benché con queste ultime federato – in relazione al perseguimento degli interessi collettivi dei quali il medesimo ha la titolarità (Cass., Ss.Uu., 17 marzo 1995, n. 3105).

Recentemente, tra l'altro, il Tribunale di Roma, sulla base della considerazione che la singola federazione pur se strutturalmente collegata alla confederazione deve ritenersi a tutti gli effetti soggetto autonomo, ha stabilito che un accordo interconfederale (si trattava dell'Accordo del 28 giugno 2011) vincola soltanto le parti firmatarie (nella specie Confindustria) e non la federazione aderente (nella specie Federmeccanica), nei confronti della quale non produce «automatici e diretti effetti» (Trib. Roma 9 maggio 2013, Est. Scerrato).

Ricordati pertanto gli arresti giurisprudenziali e le riflessioni dottrinarie, va segnalata come una scelta non scontata quella delle confederazioni di imputarsi la capacità di far sorgere in capo ad articolazioni autonome e

indipendenti obblighi molto stringenti con la previsione di un arbitrato allorquando vengano ravvisati «eventuali comportamenti non conformi agli accordi».

Una lettura degli Statuti della Cgil e della Fiom, ad esempio, rende evidente come non solo le regole civilistiche, ma anche quelle interne vogliono le singole articolazioni tra loro autonome tanto che l'art. 25 dello Statuto Cgil sancisce che la Cgil nazionale, le Cgil regionali, le camere del lavoro, territoriali e metropolitane, e le federazioni o sindacati di categoria ai livelli nazionale, regionale e territoriale sono associazioni giuridicamente e amministrativamente autonome e, pertanto, strutture diverse non rispondono delle obbligazioni assunte da qualsiasi organizzazione, a esse aderente, salvo quanto stabilito diversamente dai singoli statuti in virtù di norme di legge. Coerentemente con tale disposizione ogni articolazione, come quella regionale, ha un proprio statuto esattamente come ogni federazione.

Nell'art. 8 dello Statuto Cgil si prevede che «la Cgil nazionale, le Cgil regionali e le federazioni o sindacati nazionali di categoria e lo Spi svolgono ruoli di centri regolatori ed esercitano tale attribuzione mediante le rispettive segreterie». Immediatamente si precisa ed esplicita che «l'autonomia dei centri regolatori nella definizione delle proprie strutture organizzative risponde alla necessità per la Cgil di contare su una struttura complessivamente in grado di rispondere positivamente alle diversità territoriali e di categoria senza rigidità definite aprioristicamente», il che non significa ovviamente che da un punto di vista politico una tale autonomia possa essere intesa come «separatezza». Il successivo art. 11 precisa che le federazioni o sindacati nazionali di categoria, proprio per il loro esser «centri regolatori», intervengono innanzitutto sull'insieme della politica organizzativa ai vari livelli e sull'insediamento del sindacato di categoria nei luoghi di lavoro e nel territorio. D'altro canto nello Statuto della Fiom, all'art. 13, si afferma che anche l'articolazione interna della federazione è autonoma, con la specificazione che «la Fiom nazionale, le Fiom regionali, le Fiom territoriali sono associazioni giuridicamente e amministrativamente autonome e pertanto strutture diverse».

3. — Con riferimento alle rappresentanze aziendali il Testo Unico sembra optare per un «patto *ad excludendum*» rispetto ai lavoratori di sindacati che non hanno firmato la disciplina o che intendano aderirvi solo per una parte (ad esempio, al sistema di quantificazione della capacità rappresentativa, ma non a quello relativo al raffreddamento del conflitto con il conseguente apparato sanzionatorio). Come noto, in base al Protocollo del 23 luglio 1993 e all'Accordo sulle Rsu del 20 dicembre 1993, alle elezioni

per le Rsu potevano partecipare, oltre ai sindacati firmatari degli accordi, anche i sindacati che avessero raccolto tra tutti i lavoratori il 5% di firme. Ora il punto 1 della sezione II stabilisce che possono partecipare al processo elettorale soltanto i sindacati firmatari del Testo Unico (ovvero l'Accordo del 28 giugno 2011 e il Protocollo del 31 maggio 2013) e le associazioni sindacali a condizione che «accettino espressamente, formalmente e integralmente» il Testo Unico e i precedenti due Accordi confederali del 28 giugno 2011 e 31 maggio 2013. È dunque evidente lo strappo operato rispetto alla previgente disciplina pattizia e alla previsione di escludere quella «fetta» di sindacalismo conflittuale che finora aveva potuto partecipare alle elezioni per le Rsu (seppur sui 2/3 dei seggi) senza rinunciare al diritto di indire scioperi o presentare piattaforme migliorative rispetto ai contratti collettivi applicati.

In sostanza, la presenza nella rappresentanza sindacale unitaria è legata alla rinuncia da parte di sindacati conflittuali di esercitare autonome rivendicazioni, con ciò ponendo un problema di compatibilità di quanto previsto nel Testo Unico con la previsione contenuta nello Statuto della Cgil, per la quale «la Cgil considera decisivo, per la crescita di qualsiasi società democratica, il pieno rispetto del principio della libertà sindacale e del pluralismo che ne consegue». Immediatamente dopo in maniera ancora più esplicita si afferma che «ciò comporta il rifiuto di qualsiasi monopolio dell'azione sindacale, nonché la verifica del mandato di rappresentanza conferito dalle lavoratrici e dai lavoratori» secondo la regola di una «costante verifica, democratica e trasparente, con mezzi adeguati del consenso dell'insieme dei lavoratori su cui si esercitano gli effetti della sua azione».

Il Testo Unico «blinda» anche la possibilità di costituire Rsa in luogo delle Rsu e il diritto a usufruire dei diritti sindacali previsti dallo Statuto dei lavoratori soltanto in favore di talune organizzazioni sindacali. Nella sezione I della parte II le parti contraenti concordano che in ogni singola unità produttiva con più di 15 dipendenti dovrà essere adottata una sola forma di rappresentanza (alternativamente la Rsa o la Rsu, mentre il punto 4 della sezione II della parte II specifica che il diritto di assemblea retribuita di 3 ore su 10 *ex art. 20*, il diritto a usufruire dei permessi non retribuiti *ex art. 24* e il diritto di affissione *ex art. 25* sono fatti salvi in favore delle organizzazioni sindacali di categoria firmatarie del Ccnl applicato nell'unità produttiva.

In sostanza, il Testo Unico pone a presupposto della regolamentazione pattizia un dato legale (l'art. 19 dello Statuto dei lavoratori) senza considerare l'intervento operato dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 223 del 3 luglio 2013, la quale ha dichiarato incostituzionale la limitazione dei

diritti del Titolo III dello Statuto solo in favore delle associazioni sindacali «firmatarie di contratti collettivi di lavoro applicati nell'unità produttiva». E invero, il Testo Unico incorrerebbe nel medesimo errore prospettico da cui era affetto il testo dell'art. 19 Stat. lav. risultante dalla parziale abrogazione a opera del *referendum* del 1995, corretto poi dalla Corte costituzionale con l'unica interpretazione compatibile con la Costituzione, cioè quella secondo la quale la titolarità dei diritti sindacali di cui al Titolo III dello Statuto va riconosciuta a tutte quelle associazioni sindacali che, pur non firmatarie dei contratti collettivi applicati nell'unità produttiva, abbiano comunque partecipato alla negoziazione relativa agli stessi contratti quali rappresentanti dei lavoratori dell'azienda.

4. — Alquanto critico è il tema della partecipazione all'attività negoziale e in particolare al tavolo del Ccnl non solo da parte di quei sindacati che non accettano «integralmente» il Testo Unico, ma anche da parte di quelle organizzazioni sindacali che, pur aderendo alle confederazioni firmatarie, non accettano la piattaforma dei «sindacati» complessivamente maggioritari. Il quinto capoverso della parte III, infatti, prevede che in assenza di piattaforma unitaria la parte datoriale favorirà in ogni categoria che la negoziazione si avvii sulla base della piattaforma presentata da organizzazioni sindacali che abbiano complessivamente un livello di rappresentatività nel settore pari almeno al 50% + 1. Il che rischia di essere considerato lesivo di fondamentali diritti di rappresentanza anche per federazioni sindacali di confederazioni firmatarie del Testo Unico, se si considera che il quinto capoverso della parte III precisa che «ai fini del riconoscimento dei diritti sindacali previsti dalla legge, ai sensi dell'articolo 19 e seguenti dello Statuto dei lavoratori si intendono partecipanti alla negoziazione le organizzazioni che abbiano raggiunto il 5% di rappresentanza e che abbiano partecipato alla negoziazione in quanto hanno contribuito alla definizione della piattaforma e hanno fatto parte della delegazione trattante l'ultimo rinnovo del Ccnl».

Con una simile regolamentazione, dunque, si legittimerebbe l'esclusione dal tavolo della trattativa del sindacato rappresentativo ma che non concorda con la piattaforma presentata da altri sindacati, dando così per scontato che la piattaforma corrisponda all'esito negoziale; circostanza assolutamente non vera proprio sulla considerazione che la piattaforma è una richiesta su cui inizia una trattativa con la controparte i cui esiti possono essere molto diversi dalla piattaforma iniziale.

Si vuol richiamare l'attenzione, in altri termini, sul fatto che la piattaforma di una parte non può essere elemento dirimente per evitare che sie-

dano al tavolo della trattativa altri sindacati, magari con richieste che possono trovare una compensazione con altre e quindi determinare un contratto (definitivo) sul quale aderire.

L'aspetto in questione è poi particolarmente importante in quanto nella parte IV del Testo Unico vi sono disposizioni volte a prevenire e a «sanzionare» eventuali azioni di contrasto di ogni natura, finalizzate a compromettere il regolare svolgimento dei processi negoziali come disciplinati «nonché l'esigibilità e l'efficacia dei contratti collettivi stipulati nel rispetto dei principi e delle procedure contenute nelle intese». Sembra prospettarsi, dunque, anche per le federazioni che aderiscono alle confederazioni firmatarie, l'obbligo di accettare e restare obbligate per esiti contrattuali a cui le stesse non hanno partecipato o che hanno avversato così ponendo seri problemi di compatibilità con la previsione, ad esempio, contenuta nello Statuto della Cgil in base alla quale «ogni iscritta e ogni iscritto ha diritto a concorrere alla formazione della piattaforma e alla conclusione di ogni vertenza sindacale che la/lo riguarda» (art. 4).

5. — La parte del Testo Unico a cui si è appena accennato relativa al «Raffreddamento e alle conseguenze dell'inadempimento» sembrerebbe poi porsi in contrasto con un altro tradizionale principio – diremmo bandiera – della Cgil, tanto che l'art. 7 dello Statuto declama che «la Cgil ispira il suo comportamento rivendicativo e contrattuale e le decisioni di ricorrere alla pressione sindacale e allo sciopero». In particolare, tale parte del Testo Unico implica la disposizione, da parte delle organizzazioni sindacali, dello strumento con il quale tradizionalmente hanno potuto agire il proprio potere di autotutela collettiva, in primo luogo al fine di contrattare migliori condizioni di lavoro e avvicinarsi via via, attraverso il conflitto sindacale e l'esercizio dell'astensione collettiva, al traguardo dell'eguaglianza sostanziale, che in quanto principio costituzionale fondamentale dovrebbe essere alla base, ai sensi dell'art. 2 dello Statuto, dei programmi e delle azioni della Cgil, che «propugna la piena attuazione» della Costituzione della Repubblica, che oltretutto riconosce proprio il diritto di sciopero.

È un aspetto, questo, del Testo Unico veramente originale nella tradizione giusindacale soprattutto allorquando Cgil, Cisl e Uil vanno a incidere sull'ambito della titolarità del diritto di sciopero e della libertà sindacale dei lavoratori, nel momento in cui le organizzazioni sindacali firmatarie rinviano ai Ccnl la definizione delle «clausole e/o procedure di raffreddamento finalizzate a garantire, per tutte le parti, l'esigibilità degli impegni assunti con il contratto collettivo nazionale di categoria e a prevenire il con-

flitto», nonché l'individuazione delle «conseguenze sanzionatorie per gli eventuali comportamenti attivi od omissivi che impediscano l'esigibilità dei contratti collettivi nazionali di categoria», che «dovranno riguardare i comportamenti di tutte le parti contraenti e prevedere sanzioni, anche con effetti pecuniari, ovvero che comportino la temporanea sospensione di diritti sindacali di fonte contrattuale e di ogni altra agibilità derivante dalla presente intesa».

In altra parte, poi, le confederazioni sindacali si obbligano a prevedere l'effetto vincolante delle clausole di raffreddamento previste nei contratti aziendali, «oltre che per il datore di lavoro, per tutte le rappresentanze sindacali dei lavoratori nonché per le associazioni sindacali espressioni delle confederazioni sindacali firmatarie del presente accordo, o per le organizzazioni che a esso abbiano formalmente aderito». Tali previsioni non sembrano tanto mettere in discussione direttamente, né lo potrebbero, il consolidato orientamento che riconosce la titolarità del diritto di sciopero in capo ai singoli lavoratori, quanto piuttosto aprono la breccia a una gestione autoritario-maggioritaria dei diritti di sciopero e di azione sindacale, con la conseguenza che i rappresentanti sindacali in disaccordo vengono costretti a sottostare alle decisioni della maggioranza della rappresentanza, a pena di incorrere nelle sanzioni.

6. — Ha tratti di spiccata originalità anche la previsione contenuta nelle «Clausole transitorie e finali» del conferimento ad arbitri nel caso vi siano da risolvere controversie ovvero vi siano «comportamenti non conformi agli accordi».

Si può notare come il sistema di designazione degli arbitri previsto «in via transitoria, e in attesa che i rinnovi dei contratti nazionali definiscano la materia», fa sì che chi decide non sia precostituito, ma venga individuato solo successivamente all'insorgere della controversia, il che evidentemente costituisce un forte *vulnus* alla garanzia di imparzialità e terzietà del giudice. Per altro verso, la previsione secondo la quale il collegio di conciliazione e arbitrato debba essere composto, «pariteticamente, da un rappresentante delle organizzazioni sindacali confederali interessate e da altrettanti rappresentanti della Confindustria», riconosce di fatto alla Confindustria un ruolo centrale, che evidentemente contrasta anche con la regola basilare dell'arbitrato per cui ogni parte nomina un arbitro.

È come se la confederazione rimettesse nelle mani di soggetti esterni – quando non controparti – la decisione su comportamenti di propri iscritti o dirigenti con la prospettiva di rinunciare alla cd. giurisdizione domestica, e quindi fuori dalle regole statutarie che – secondo l'art. 21 dello

Statuto della Cgil – prevedono che un apposito organismo denominato «Comitato di garanzia» sia l'organo di giurisdizione interna.

Nel sistema delineato dal Testo Unico, lo stravolgimento del principio di parità delle parti, che dovrebbe invece caratterizzare il procedimento di nomina, sembra ancor più evidente se si considera l'ipotesi in cui insorga una controversia tra un sindacato e tutti gli altri, dal momento che, mentre secondo le regole dell'arbitrato la nomina di un arbitro dovrebbe essere posta in capo a una parte e tutte le altre – sostenendo la stessa posizione – dovrebbero nominarne solo un altro, nell'arbitrato «atipico» previsto dal Testo Unico, all'arbitro imparziale, che dovrebbe essere eletto di comune accordo dagli arbitri designati dalle parti al fine di dirimere con il suo voto la situazione di stallo che si verrebbe a creare, non è riconosciuto il potere di decidere in quanto la composizione è sproporzionata rispetto alla regola fondamentale «una testa, un voto» posta a garanzia della terzietà del giudizio.

Francesco Liso (*)

ALCUNE OSSERVAZIONI A PROPOSITO
DELL'ACCORDO DEL 10 GENNAIO 2014

1. — Appena sottoscritto il Protocollo interconfederale del maggio 2013 la Fiom espresse vivo apprezzamento per i suoi contenuti. L'apprezzamento era tanto convinto che si chiedeva che esso trovasse «piena applicazione a partire dal settore metalmeccanico, per concludere definitivamente la pratica degli accordi separati». Decisamente diverso, invece, è stato l'atteggiamento della Fiom di fronte all'Accordo del 10 gennaio di quest'anno. Essa è giunta addirittura a contestarne la validità per violazione delle norme dello Statuto della confederazione che imporrebbero una previa consultazione dei lavoratori. Le ragioni del dissenso, che sconterebbero una diversità dell'Accordo di gennaio rispetto al Protocollo del 2013, sono riassunte nella seguente dichiarazione (riportata nel sito internet de *Il Fatto Quotidiano* 13 gennaio 2014): «Il nuovo accordo prevede sanzioni verso le organizzazioni sindacali o i lavoratori eletti, introduce l'arbitrato interconfederale in sostituzione dell'autonomia delle singole categorie e compaiono elementi che configurano una concezione proprietaria dei diritti sindacali, e di fatto limitano le libertà sindacali anche in contrasto con la recente sentenza della Corte costituzionale sulla Fiat».

Poiché quell'accordo sembrava presentarsi come strumento esclusivamente finalizzato a dare concretizzazione a quanto già convenuto nel Protocollo del 2013 – che, come è noto, conteneva importanti enunciazioni che avevano prevalente valore programmatico e, quindi, necessitavano ulteriori sviluppi – sorge la curiosità di valutare la reale consistenza delle ragioni del dissenso, che sembrano sostanzialmente far leva su due punti: quello dei meccanismi sanzionatori e quello dei diritti sindacali in azienda.

Vediamo il primo punto. A ben vedere, nell'Accordo di maggio 2013 il principio della sanzionabilità degli inadempimenti era già chiaramente affermato; tuttavia si prevedeva che le sanzioni venissero disciplinate dal

(*) Professore ordinario di Diritto del lavoro presso la «Sapienza» Università di Roma.

Ccnl. Orbene, l'Accordo di gennaio cosa fa? Da un lato, sviluppa questa previsione, statuendo che i contratti nazionali «dovranno riguardare i comportamenti di tutte le parti contraenti e prevedere sanzioni, anche con effetti pecuniari, ovvero che comportino la temporanea sospensione di diritti sindacali di fonte contrattuale e di ogni altra agibilità derivante dalla presente intesa»; dall'altro lato, e qui si può dire che c'è una novità, introduce una disciplina volta a garantire un'operatività immediata a quel principio (si prevede la possibilità di ricorso a un collegio arbitrale da svolgersi a livello confederale contro comportamenti non conformi agli accordi e si prevede che il collegio possa disporre misure «da applicarsi nei confronti delle organizzazioni sindacali e dei datori di lavoro in caso di inadempimento degli obblighi assunti con il presente accordo e, in particolare, dell'obbligo di farne rispettare i contenuti alle rispettive articolazioni, a tutti i livelli»).

Si tratta di una disciplina che ha carattere transitorio, essendo destinata a venire meno nel momento in cui i contratti nazionali abbiano definito la materia contemplata nella parte quarta dell'accordo (contenente «Disposizioni relative alle clausole e alle procedure di raffreddamento e alle clausole sulle conseguenze dell'inadempimento»).

Qui le parti hanno fatto una scelta analoga a quella compiuta nel momento in cui (Accordo del 2011, riprodotto in quello di gennaio di quest'anno) si era deciso di affermare la *derogabilità* del contratto nazionale a opera di quello aziendale (o, se si vuole, ma la sostanza non cambia, la *modificabilità* del contratto nazionale per assicurare al contratto aziendale «la capacità di aderire alle esigenze degli specifici contesti produttivi»). Anche in questo caso le confederazioni avevano deciso di rimettere alle categorie il compito di dettare la relativa disciplina, ma avevano comunque avvertito la necessità di provvedere ad assicurare un'operatività immediata a quel principio in via transitoria.

Fatti salvi eventuali, ma del tutto improbabili, problemi di competenza delle confederazioni a disciplinare simili profili (si tratta di problemi che vanno risolti alla luce degli statuti di quelle organizzazioni), si può rilevare che quella adottata in questi casi è una tecnica del tutto coerente con la serietà degli impegni presi.

Per quel che riguarda il contenuto, si può convenire con chi osserva che la previsione dell'arbitrato costituisce una novità, almeno per la Cgil, che non è stata firmataria dell'Accordo interconfederale del 16 aprile 2009, nel quale l'istituto era contemplato relativamente al secondo livello di contrattazione. Non si può negare, tuttavia, che essa risulta del tutto coerente con la filosofia di un sistema di rapporti collettivi più evoluto che le parti sono impegnate a costruire, nella consapevolezza che occorra un

edificio dalle fondamenta solide, capace di reggere alle forti turbolenze della fase attuale: un sistema regolato, inclusivo, ispirato al principio maggioritario e governato, cioè capace di autoamministrarsi. In buona sostanza, dubito si possa sostenere che queste scelte implicino un'alterazione dell'intesa raggiunta lo scorso anno e rappresentino una novità tale da giustificare di per sé un giudizio nettamente diverso rispetto a quello dato sul Protocollo del 2013.

Va considerato, allora, che, se la Fiom ha deciso di contestare questa scelta, lo ha fatto perché, in verità, considera in termini decisamente negativi uno degli assi portanti del nuovo sistema quello dell'impegno (già formalmente assunto nel Protocollo del 2013) a non promuovere iniziative di contrasto degli accordi definiti secondo il metodo maggioritario. Si tratta di un impegno di pace, del tutto coerente con l'obiettivo del nuovo corso, chiaramente esplicitato nelle premesse dell'Accordo del giugno 2011, dove si afferma – in particolare – che «è essenziale un sistema di relazioni sindacali e contrattuali regolato e quindi in grado di dare certezze non solo riguardo ai soggetti, ai livelli, ai tempi e ai contenuti della contrattazione collettiva ma anche sull'affidabilità e il rispetto delle regole stabilite». Evidentemente questo principio non è in sintonia con la cultura conflittuale e antagonista che nutre la politica di quella organizzazione, almeno quando essa si esprime a livelli visibili sullo scenario nazionale (dato che ben altra risulta la pratica spesso seguita a livello delle realtà aziendali).

Veniamo ora al secondo punto quello relativo ai diritti sindacali in azienda. Qui ci troviamo di fronte a una vera novità. Le parti hanno voluto fornire risposta a un problema che si è posto successivamente alla stesura del Protocollo del 2013, in conseguenza della sentenza della Corte costituzionale che ha introdotto una modifica nell'articolo 19 dello Statuto dei lavoratori, prevedendo che il diritto alla costituzione della rappresentanza in azienda spetta anche al sindacato che non abbia sottoscritto il contratto collettivo applicato nell'unità produttiva, ma abbia comunque partecipato alla relativa trattativa. Orbene, le parti hanno voluto fornire una definizione del concetto di «partecipazione alla trattativa».

Si tratta, a mio avviso, di un intervento inappropriato e carico di una certa ambiguità.

Inappropriato, perché l'intervento sembra privo di contenuto sul piano tecnico e quindi inutile, dal momento che certamente non rientra nella competenza delle parti sociali specificare – seppure sul piano dell'interpretazione – il contenuto della legge. In altri termini, al contratto collettivo – seppure di livello interconfederale – non è data la possibilità di negare o condizionare il diritto alla costituzione della Rsa che un'organizzazione sin-

dacale possa vantare sulla base della legge, e pertanto un datore di lavoro non potrebbe eventualmente negare il diritto dell'organizzazione sindacale avvalendosi di quanto scritto nell'accordo interconfederale.

L'intervento delle parti sociali in questa materia presenta anche una certa dose di ambiguità. Le parti hanno voluto fare questo intervento per dare completezza al sistema, mettendolo in sintonia con la novità della sentenza della Corte costituzionale? Oppure hanno voluto perseguire finalità regolative, per così dire, di contenimento?

Fermo restando che, come si è detto prima, competerà solo al potere giudiziario definire la fattispecie costitutiva del diritto alla Rsa nel caso di controversia, devo dire che la mia sensazione è che sia più vicina al vero la risposta positiva al secondo interrogativo. Lo affermo perché parto dal presupposto che quanto convenuto nel Protocollo del 2013 già consentisse di far considerare ragionevolmente titolare del diritto alla Rsa il sindacato dissenziente, ma aderente al nuovo sistema. Infatti, contemplando il diritto di ogni sindacato con seguito almeno pari al 5% a essere ammesso alla trattativa e prevedendo che il Ccnl maggioritario si applichi non solo nei confronti di tutti i lavoratori, ma anche di tutte le organizzazioni sindacali aventi diritto alla trattativa, questo sistema consentiva di considerare parte in senso sostanziale del contratto collettivo maggioritario, e quindi titolare del diritto alla Rsa, anche il sindacato eventualmente non firmatario perché dissenziente. Quel sistema era comunque in grado di corrispondere in pieno anche alla filosofia che regge la sopravvenuta sentenza della Corte costituzionale: cos'altro rappresenta la soglia del 5% e il riconoscimento del diritto alla trattativa se non la certificazione di quella rappresentatività alla quale la Corte ricollega, nella sostanza, il diritto alla Rsa? Sorge allora legittima la domanda sul perché dell'intervento, peraltro rafforzata da alcuni interrogativi che pone la stessa formula utilizzata dalle parti, la quale – probabilmente al di là della loro intenzione – sembrerebbe avere il sapore di una misura concepita per penalizzare il sindacato che non agisca in una logica unitaria.

L'elemento della partecipazione alla trattativa viene scomposto in due elementi. Per vantare il diritto alla Rsa l'organizzazione sindacale, oltre a dover avere un seguito almeno pari al 5%, deve: a) aver «contribuito alla definizione della piattaforma»; b) aver «fatto parte della delegazione trattante l'ultimo rinnovo del Ccnl definito secondo le regole del presente accordo».

Orbene, il primo elemento potrebbe destare perplessità perché viene utilizzato al singolare il termine «piattaforma» (laddove lo stesso accordo contempla invece la possibilità che vengano presentate più piattaforme) e

viene utilizzato il verbo «contribuire», che sembra implicare il riferimento a una piattaforma frutto della convergenza di più organizzazioni. Infatti, potrebbe prestarsi a essere letto come riserva del diritto alla Rsa alle sole organizzazioni che hanno presentato la piattaforma sulla quale si inizia la trattativa e in ogni caso come penalizzante per chi abbia deciso di presentare una propria piattaforma, in piena autonomia, senza il concorso delle altre organizzazioni.

Il secondo elemento (la partecipazione alla delegazione trattante) si presterebbe a essere letto come necessità che il soggetto dissenziente non platealizzi il proprio dissenso rifiutando di partecipare alla delegazione trattante ovvero abbandonandola nel corso delle trattative.

È difficile sfuggire alla sensazione che le parti, attraverso quella clausola, abbiano voluto cogliere l'occasione offerta dalla sentenza della Corte costituzionale, per perseguire finalità «educative» nei confronti del sindacato dissenziente, ispirate alla promozione del metodo unitario. Per dirla in termini espliciti, si potrebbe pensare a un ammonimento rivolto alla Fiom in vista dei prossimi rinnovi. Nello stesso momento le parti, purtroppo, sembrano fornire avallo politico a un sistema – come quello dell'articolo 19 modificato dalla predetta sentenza – che pone non pochi problemi, e che il legislatore, a mio avviso, dovrebbe trovare il coraggio di modificare prevedendo che il diritto alla Rsa venga riconosciuto all'organizzazione sindacale esclusivamente in base alla sua rappresentatività.

2. — Bisogna riconoscere che la decisione della Corte costituzionale, individuando nella partecipazione alla trattativa un autonomo canale di ingresso al diritto alla Rsa, pone delicati problemi che rischiano di alimentare una conflittualità giudiziaria. Essa ha fornito una soluzione assolutamente ragionevole al caso Fiom, ma purtroppo l'ha elaborata attraverso un percorso che potrebbe far supporre sia stato compiuto assumendo esistente un diritto alla negoziazione in capo a qualsiasi organizzazione sindacale che possa vantare un seguito tra i lavoratori e dando peraltro l'impressione di ragionare come se quella aziendale fosse la dimensione assorbente e, comunque, non eliminabile della rappresentatività.

È proprio questo il punto che viene utilizzato nel ricorso di pochi giorni fa con il quale la Usb si è spinta a chiedere al giudice di dichiarare la nullità delle clausole degli accordi interconfederali che subordinano la partecipazione delle altre organizzazioni sindacali al meccanismo elettorale delle Rsu all'accettazione, da parte di esse, di tutto il complesso delle regole convenute negli accordi interconfederali, ivi compreso il vincolo a non mettere in discussione, con il conflitto, gli accordi maggioritari. In buona sostan-

za, il ragionamento che si cerca di fare è il seguente: se il diritto alla rappresentanza dipende dalla partecipazione alle trattative, questa partecipazione non può essere negata a un soggetto sindacale che sia oggettivamente rappresentativo in quanto possa vantare un seguito tra i lavoratori in azienda e, dal momento che questo seguito può essere misurato mediante il meccanismo di elezione delle Rsu, ne dovrebbe conseguire un diritto di partecipazione a queste elezioni che non può essere subordinato all'accettazione di condizioni che sarebbero lesive della libertà dell'organizzazione nel cui Dna statutario starebbe l'irrinunciabilità al conflitto.

Non è questa la sede per inoltrarsi in un'analisi più puntuale della questione. Rimane il fatto che – al di là dell'avventurosa operazione giudiziaria di Usb, che ambirebbe a invalidare un architrave fondamentale degli accordi interconfederali – non è improbabile che gruppi con un certo seguito tra i lavoratori occupati nell'azienda possano sentirsi invogliati a ricorrere al giudice per invocare il riconoscimento del diritto alla Rsa. E non è da escludere che potrebbero esservi giudici che si sentano invogliati dalla sentenza della Corte costituzionale a riproporre un utilizzo creativo dell'articolo 28 dello Statuto.

È quindi opportuno che il legislatore intervenga. Essendo passato molto tempo dal referendum che ha fatto violenza all'articolo 19 dello Statuto, sarebbe possibile tornare a riutilizzare il concetto di maggiore rappresentatività e a sganciare il diritto alla rappresentanza dalla limitante e assurda condizione dell'applicazione del contratto collettivo da parte del datore di lavoro. Questa volta, ovviamente, si dovrebbe dare una definizione della rappresentatività sulla base dei criteri convenuti negli accordi interconfederali e già praticati nel pubblico impiego. E si potrebbe anche auspicare che questa rappresentatività venga proiettata dal legislatore – unitamente al carattere maggioritario degli accordi collettivi – anche sul versante della legislazione che opera rinvii alla contrattazione collettiva. Se lo stesso ordinamento intersindacale ha voluto subordinare l'efficacia generalizzata degli accordi al principio di maggioranza, si potrebbe ritenere opportuno che l'ordinamento statale ne prenda atto e si adegui.

Per quel che riguarda la misurazione del peso rappresentativo voglio aprire una piccola parentesi. Credo che – prendendo sul serio la volontà affermata dalle parti (alla quale, tuttavia, finora sembra non siano seguiti atti applicativi; peraltro il pericolante destino del Cnel introduce un oggettivo elemento di incertezza e di ritardo) – il legislatore dovrebbe trovare il coraggio di portare un suo autonomo contributo alla realizzazione dell'obiettivo della misurazione. Si tratterebbe, in fin dei conti, di un contributo pienamente funzionale al sostegno e alla promozione del ruolo

delle organizzazioni sindacali (al riguardo si è coniato un efficace slogan: «contarsi per contare»). Il contributo potrebbe essere fornito recuperando un'idea prospettata negli anni cinquanta da Di Vittorio. Egli pensava che la misurazione del peso rappresentativo potesse avvenire anche tramite un meccanismo elettorale gestito direttamente per il tramite dell'Inps. In questo modo, probabilmente, si potrebbero ottenere risultati più rapidi e certi. Grave sarebbe, per la tenuta di tutto il sistema, se, in una gestione integralmente domestica, si venissero a creare opacità e iniziassero contestazioni. Grande potrebbe essere il pericolo di una delegittimazione delle stesse organizzazioni.

Chiusa la parentesi, va detto che da parte di alcuni si vorrebbe riscrivere l'articolo 19 disciplinando la forma della rappresentanza aziendale nei termini di una rappresentanza unitaria. Lo Statuto dei lavoratori saggia-mente si astenne dal disciplinare la forma della rappresentanza, ritenendo che la materia dovesse essere lasciata all'autonomia delle organizzazioni sindacali rappresentative. Credo sia prudente mantenere quell'atteggiamento. La legittimazione della Rsu, oltre ad apparire contrastante con quanto le stesse parti hanno convenuto in materia (esse, infatti, pur manifestando una preferenza per la Rsu, non hanno abbandonato la possibilità di mantenere in vita Rsa in aziende in cui non sia stata già costituita una Rsu), rappresenterebbe un salto di qualità molto impegnativo.

Infatti, trasferita sul piano della legge, la Rsu subirebbe una profonda trasformazione della propria natura. Nel sistema contrattuale essa attualmente costituisce il frutto di una scelta, compiuta dalle associazioni sindacali titolate ai sensi dell'articolo 19, di condividere una rappresentanza e di aprirla alla partecipazione di tutti i lavoratori. Nel sistema della legge, invece, la Rsu costituirebbe un organismo radicato in via diretta nel *demos* rappresentato da tutti i lavoratori occupati nell'impresa. In altri termini, si verrebbe a creare un secondo canale di rappresentanza, così modificando profondamente la scelta dello Statuto, che invece mirava a valorizzare il ruolo e la responsabilità delle associazioni sindacali maggiormente rappresentative.

Che dire? Chi volesse sostenere questa scelta – magari con l'intenzione di rendere irreversibile il fondamento democratico della rappresentanza aziendale – deve essere consapevole che essa oggettivamente fornirebbe un solido sostegno alla spinta verso l'aziendalizzazione della negoziazione collettiva.

3. — Su di un ultimo profilo vorrei soffermare brevemente la mia attenzione. Sappiamo che un aspetto di novità degli accordi interconfedera-

li è quello del governo del conflitto. Con riferimento al contratto nazionale si è statuito che esso è efficace ed esigibile quando risulti maggioritario, con ciò volendo significare che esso non verrà messo in discussione attraverso il conflitto (si prevede l'impegno a «dare applicazione e a non promuovere iniziative di contrasto agli accordi»), e non verrà messo in discussione neppure dalle organizzazioni dissenzienti che abbiano aderito al sistema. Si è quindi statuita l'esistenza di una clausola di pace relativa. Il carattere centrale che le parti hanno voluto conferire a questo profilo, all'interno del sistema, è stato sottolineato dalla novità introdotta dall'Accordo interconfederale del gennaio di quest'anno nella materia della Rsu; novità sulla quale ha puntato il dito il ricorso della Usb del quale abbiamo parlato prima: mi riferisco al fatto che la possibilità di partecipazione alle elezioni della Rsu è stata condizionata all'accettazione, da parte delle altre organizzazioni sindacali, di tutto il complesso delle nuove regole, ivi compresa quella della pace. A mio avviso, la condizione posta – oltre che essere ragionevole, perché è naturale che tutti i soggetti partecipanti a un sistema condividano le sue regole – è pienamente legittima, perché le organizzazioni che hanno sottoscritto l'accordo hanno disposto nell'ambito della propria sfera giuridica (si richiama quanto poco fa detto della Rsu come Rsa condivisa; elemento decisivo, del quale il ricorso della Usb non tiene conto).

Orbene, l'Accordo di gennaio 2014 pone un interrogativo con riferimento al significato di quella che viene chiamata «esigibilità» del contratto collettivo: con quel termine ci si limita a costituire un impegno a non promuovere «iniziative di contrasto agli accordi» in capo alle organizzazioni sindacali oppure si mira a formalizzare anche un impegno a non scioperare in capo ai singoli lavoratori?

L'interrogativo è legittimo porsi, dal momento che l'Accordo interconfederale di quest'anno contiene, al riguardo, qualche ambiguità, peraltro astenendosi dallo sciogliere un'ambiguità che era già contenuta nell'Accordo del 2013. Mi riferisco all'ambiguità rappresentata dal fatto che gli estensori di quest'ultimo accordo – nel compiere un salto di qualità rispetto all'Accordo del 2011 (salto rappresentato dal fatto che contemplavano la clausola di pace come effetto naturale del contratto nazionale, laddove nel 2011, relativamente al contratto aziendale, avevano fatto riferimento a clausole di pace esplicite) – non avevano avvertito la necessità di riprodurre la formula che avevano ritenuto opportuno utilizzare nell'Accordo del 2011, con la quale avevano puntualizzato che le clausole di pace avrebbero avuto l'effetto di impegnare solo le organizzazioni sindacali e non anche i lavoratori.

Orbene, gli estensori dell'Accordo di gennaio 2014, pur definendolo Testo Unico, non hanno sciolto questa ambiguità, perché la formula limitativa dell'efficacia soggettiva della clausola di pace hanno continuato a riprodurla solo con riferimento alla contrattazione aziendale; per di più, si sono anche astenuti inspiegabilmente dal comporre la distonia realizzata dal salto prima segnalato.

L'Accordo di gennaio aggiunge una nuova ambiguità, più delicata. Mentre negli accordi precedenti era comunque sufficientemente chiaro che l'esigibilità era un qualcosa che riguardava i rapporti obbligatori tra le parti stipulanti, in quanto comportava l'impegno a non contestare gli accordi sottoscritti e a non alterare l'equilibrio con essi raggiunto, l'Accordo del gennaio, riproducendo le formule dei precedenti accordi, vi apporta qualche ritocco: l'esigibilità viene richiamata anche con riferimento ai rapporti individuali di lavoro, puntualizzandosi che gli accordi, sia quelli aziendali sia quelli nazionali, sono «efficaci ed esigibili» per l'insieme dei lavoratori.

Bisogna riconoscere che, riferito anche ai rapporti individuali, il termine «esigibilità» finisce per assumere un significato equivoco. Di questa ambiguità non aveva certo bisogno un testo che ambisce a porre fondamenta solide al sistema di relazioni industriali e che, anche per questa ragione, avrebbe avuto necessità di una mano tecnicamente più accorta (per quanto sappiamo che, spesso, formule tecnicamente discutibili sono figlie di una irrisolta tensione tra i contraenti). Allora, quale ulteriore contenuto le parti hanno mai voluto aggiungere a quanto già desumibile dal termine «efficacia»?

A mio avviso, nonostante l'ambiguità sia presente, si deve almeno escludere che il contenuto sia l'impegno a non scioperare posto in capo ai lavoratori. Questa lettura – fatta, con intenti denigratori, da chi è fortemente critico nei confronti dell'accordo – non può essere condivisa per la semplice ragione che è arduo ritenere che un impegno di quel genere, per la sua novità e per la sua rilevanza, possa essere stato formalizzato in termini semplicemente allusivi. Se lo si fosse voluto riferire anche ai singoli, lo si sarebbe detto. Depongono peraltro decisamente in senso contrario, da un lato, la passata esperienza, che ha sempre visto impegni assunti direttamente dalle organizzazioni, e, dall'altro lato, soprattutto il fatto che lo stesso accordo muove in questa direzione perché, quando parla di impegno a non promuovere iniziative di contrasto agli accordi, lo fa solo con riferimento ai soggetti collettivi.

In conclusione, si deve ritenere che l'esigibilità, aggiunta all'efficacia, altro non possa significare che il richiamo dell'interesse creditorio alla proiezione applicativa di quanto convenuto negli accordi. Mentre sul versante

del rapporto collettivo essa dà veste al concreto interesse alla stabilità della regolazione, trovando riscontro – relativamente al contratto nazionale – nella formalizzazione dell’impegno alla pace (esplicitamente ritenuto «conseguente» alla esigibilità), sul versante del rapporto individuale di lavoro, e con specifico riferimento alla posizione datoriale, essa svolge, invece, una funzione gratuitamente simbolica, simile a quella impressa a suo tempo nell’Accordo di Pomigliano; dico simbolica perché ben sappiamo come, in quell’area, l’interesse creditorio sia già efficacemente presidiato dai poteri di gestione del rapporto. In altri termini, su questo versante il richiamo all’esigibilità si rivela come una superfetazione.

Assodato che il sistema non prevede un impegno per i singoli a non scioperare, sarebbe interessante porsi l’interrogativo se comunque una prospettiva di quel genere sia preclusa alle parti sociali dal vigente ordinamento. Io credo che a questo interrogativo si possa dare una risposta negativa. Tuttavia non è qui possibile tentare di argomentarla per il limitato spazio concesso.

Franco Scarpelli (*)

DISSENSI E CONSENSI SUL TESTO UNICO
SULLA RAPPRESENTANZA:
UN BILANCIO TRA POLITICA E DIRITTO

1. — Nelle settimane successive alla firma del Testo Unico sulla rappresentanza non sono mancati commenti dai toni assai preoccupati, talvolta sferzanti, non solo da esponenti del mondo sindacale ma anche da qualche giurista.

Su argomenti consimili è sempre difficile (e forse impossibile) fissare il confine tra analisi giuridica e valutazione politica: ma quando espressioni come «dittatura della maggioranza» o affermazioni come quella per la quale il trittico composto dagli Accordi interconfederali del 2011, 2013 e 2014 «antepone all'esigenza inclusiva percepita come prioritaria dai padri costituenti l'esigenza di castigare le minoranze» vengono da un Maestro come Umberto Romagnoli (U. Romagnoli, *La dittatura della maggioranza nel sindacato*, in www.eguaglianzaeliberata.it; U. Romagnoli, *In difesa della democrazia sindacale*, in www.dirittisocialiecittadinanza.org), il giurista deve interrogarsi ben oltre le proprie personali inclinazioni politiche.

Il tema è non solo delicato, ma assai complesso: ma v'è la fortuna che proprio studiosi come Romagnoli ci hanno educato a tenere ben conto della complessità sociale e storica nella quale si collocano i prodotti delle relazioni industriali. E ve n'è un'altra: che sono maestri perché hanno educato allievi vicini e lontani alla libertà delle idee e del dissenso, anche nei loro confronti.

Dissenso che mi sento di esprimere immediatamente: quei toni e quelle affermazioni (In modo simile anche P. Alleva, *I pericoli dell'Accordo interconfederale sulla rappresentanza*, in www.dirittisocialiecittadinanza.org) segnalano sì delicati snodi di una complessa riscrittura delle regole delle relazioni sindacali, ma sembrano frutto di una lettura condizionata da una precisa scelta di campo politica (in sé legittima, ovviamente, ma) che pare dimenticare il contesto più ampio di problemi che ha condotto ai recenti accordi e in qualche caso, per amor di polemica, ne forza la lettura o ne dà lettura affrettata o parziale.

(*) Professore ordinario di Diritto del lavoro presso l'Università di Milano Bicocca.

E dunque, qual è in sintesi lo scambio che si è realizzato nel percorso avviato nel 2011 e condotto verso la conclusione (mancano invero ancora altri passaggi, affidati ai prossimi contratti nazionali) nel gennaio 2014? Utilizzando concetti abbondantemente spesi nel Testo Unico (e, certo, meritevoli di precisazione), potrebbe individuarsi la sequenza: certificazione della rappresentanza, maggioranze, efficacia dei contratti (nazionale e aziendale), esigibilità.

Non avendo la possibilità, nello spazio concessomi dalla *Rivista*, per un'analisi più approfondita (per parte della quale sia concesso rinviare a F. Scarpelli, *Il Testo Unico sulla rappresentanza tra relazioni industriali e diritto*, in *Dir. rel. ind.*, 2014, n. 3), mi limiterò ad alcune considerazioni su questioni di fondo, o più controverse.

È evidente che le parti confederali hanno inteso dare una soluzione condivisa ai problemi che avevano scosso e compromesso negli ultimi anni il funzionamento di un sistema di relazioni sindacali che per decenni, nell'anomia del quadro di regole legali, aveva retto i propri equilibri sul mutuo riconoscimento di rappresentatività tra le associazioni presenti in ogni settore, aderenti alle maggiori confederazioni, e sulla tendenziale unità di politiche contrattuali (la quale tollerava episodi di rottura e dissensi a livello aziendale – di solito risolti di fatto, o all'esito di contenziosi giudiziari visti come eccezione e patologie di sistema – non in grado di minacciare la funzionalità complessiva del sistema).

Va subito detto che la natura dell'accordo, fonte autonoma oggi limitata al settore industriale facente capo al «sistema Confindustria», affronta e risolve il problema della legittimazione rappresentativa dal solo lato dei sindacati dei lavoratori, mentre sul lato delle imprese è assunta come presupposto in capo alla confederazione industriale. Il buon funzionamento del sistema di relazioni industriali italiano è oggi posto in discussione anche dalla frammentazione della rappresentanza sul lato delle imprese, spesso determinata da logiche di *dumping* sociale: ma la questione non era all'ordine del giorno delle parti stipulanti, e rimane semmai affidata alla capacità di riproduzione di regole analoghe per altri settori o, meno facilmente, all'intervento legislativo.

Nell'ambito confindustriale il problema delle regole viene risolto con uno scambio dai contenuti assai impegnativi per tutte le parti: la misurazione della rappresentanza, prima, e del consenso dei destinatari delle regole collettive, poi (sempre, per quelle nazionali; eventuale, per quelle aziendali di cui non siano attrici le Rsu), impedisce posizioni di rendita basate sul semplice scambio di consenso tra le controparti. Di fatto ciò implica una rinuncia delle imprese (rinuncia non da poco) a scegliersi gli interlocutori.

cutori ritenuti più idonei in base (soprattutto) alla disponibilità sui contenuti più che, entro certi limiti, sulla capacità di aggregazione del consenso.

In cambio della regola sulla procedura, e dell'accettazione delle diverse verifiche maggioritarie (per la legittimazione alla contrattazione, per la stipulazione dei contratti, per la verifica del consenso dei destinatari), il dissenso viene incanalato appunto sul piano procedurale, potendo dunque esprimersi appieno prima, e non dopo la stipulazione dei contratti: e qui la rinuncia dal lato sindacale – relativa, vedremo, ma certo anche in tal caso non da poco – è al conflitto come strumento di contrasto a soluzioni contrattuali che abbiano ottenuto consensi maggioritari.

2. — Con riguardo al primo profilo, è forse il caso di osservare che la scelta non era affatto scontata: negli scorsi anni si è affacciato (per fortuna, solo in alcune realtà: nei meccanici, nel commercio e in altri settori o imprese, per non parlare del caso Fiat) il diverso modello della cd. «contrattazione separata», dotato comunque di una sua effettività. Tanto è vero che le regole fissate da accordi separati di rinnovo del contratto nazionale si sono di fatto imposte, nel disciplinare i rapporti di lavoro, nonostante le ovvie proteste sindacali. Non sarà un caso che le stesse organizzazioni di categoria dissenzienti non abbiano promosso un significativo contenzioso sull'efficacia soggettiva dei contratti separati a livello nazionale (con la sola eccezione del Ccnl separato dei meccanici dell'ottobre 2009, ma lì l'accordo si sovrapponeva al Ccnl unitario del 2008, ancora vigente) o in Fiat, e che la via giudiziaria è stata forzatamente scelta, in Fiat e fuori, quasi esclusivamente per la difesa dell'agibilità sindacale e per i diritti di rappresentanza. I contratti separati, nelle imprese meccaniche, del commercio, in Fiat o altrove, di fatto si applicano a tutti i lavoratori, e solo nelle imprese in cui il sindacato dissenziente è forte è dato recuperare, con accordi aziendali, spazi di miglior tutela degli interessi rappresentati.

Ebbene non può ignorarsi che quel modello avrebbe potuto essere confermato, magari in vista di una sua esportazione in altri settori e nel tentativo, facilitato da condizioni di mercato e di competitività che non sorreggono certo la forza contrattuale del sindacato, di erodere progressivamente la tenuta del sindacato confederale storicamente più significativo del paese.

Ciò non è avvenuto, complici probabilmente le esigenze di coesione nell'affrontare la lunga crisi economica in atto ma anche, senza dubbio, la forza della stessa Cgil in tanti settori, anche e prima di tutto industriali. Dunque Confindustria, e con essa Cisl e Uil (e Ugl, che negli accordi separati aveva acquistato un'insperata legittimazione), accettano che la rap-

presentanza si misuri e si certifichi; che tutte (e solo) le organizzazioni significativamente rappresentative (ché il 5% di rappresentanza associativa ed elettorale è soglia di sbarramento meno bassa di quanto possa sembrare) abbiano diritto di contrattare; che per firmare un accordo efficace e vincolante per tutti (non più solo di fatto, ma anche formalmente) ci voglia uno schieramento maggioritario di sindacati (o, in azienda, nelle Rsu o di Rsa). Ma che questo non basta, perché – con una concessione alla democrazia diretta che colpisce, perché estranea alla cultura della maggior parte dei firmatari (potremmo dire tutti salvo la Cgil) – si rende necessaria la consultazione dei lavoratori quale condizione per la stipulazione, efficacia ed esigibilità dei contratti collettivi nazionali (mentre per quelli aziendali la consultazione è possibile quando l'accordo non l'abbia stipulato a maggioranza la Rsu, a sua volta emanazione diretta degli stessi lavoratori).

Confindustria dunque rinuncia a stipulare contratti con coalizioni sindacali che non sappiano aggregare quel consenso maggioritario. O forse potrà ancora farlo, tecnicamente, sul piano nazionale o in azienda, ma accetta fin d'ora che quel contratto rimarrà privo, *a contrario*, dell'efficacia e dell'esigibilità di cui all'accordo (V. Speciale, *Il nuovo assetto della contrattazione collettiva dopo il Protocollo di intesa del 31 maggio 2013*, in www.diritto-socialie-cittadinanza.org, p. 7).

Chi scrive non pensa che il sistema che per decenni ha governato le relazioni sindacali, sopra richiamato, privo di procedure certe ed esposto a scelte non unitarie, fosse poco democratico: perché la rappresentanza di interessi non risponde alle stesse logiche della rappresentanza politica, e implica necessariamente (negli spazi lasciati disponibili dalle regole di legge) la prevalenza degli interessi di alcuni gruppi su altri; perché l'azione sindacale costa ed è pertanto ragionevole (e comunque legittimo) dare giusto peso al comportamento associativo attivo rispetto a quello del lavoratore *free rider*, pur se talvolta elettore [di tale articolazione qualitativa si trova una traccia nel meccanismo di misurazione e certificazione della rappresentanza: dove il dato elettorale è corretto aggiungendovi il dato degli iscritti raccolto nelle unità produttive che superino i quindici dipendenti e nelle quali non sia stata costituita la Rsu, i quali iscritti sono dunque contati (anche) come voti «virtuali», così temperando il peso attribuito al consenso elettorale, soprattutto con riferimento ai settori dove le Rsu siano poco presenti, o presenti solo nelle imprese maggiori].

E non era antidemocratico, quel sistema, per il solo fatto che l'unità delle maggiori organizzazioni sindacali tenesse fuori dai tavoli contrattuali sindacati marginali o permanentemente incapaci di tradurre la vivacità del conflitto in contratto: meccanismo di esclusione che, sia detto senza pole-

mica, è stato tranquillamente (e ragionevolmente) praticato anche dalla Fiom per i decenni nei quali hanno retto – per una fase addirittura giungendo al più avanzato esperimento unitario della nostra storia sindacale – i rapporti unitari con Fim e Uilm.

Chi scrive non pensa neanche che l'accentuazione della democrazia diretta (verso il basso) sia di per sé fatto positivo. Ad esempio – se pure ogni regola va giudicata nel suo contesto storico, e quello attuale rendeva probabilmente inevitabile il superamento del terzo riservato nelle Rsu –, quel meccanismo aveva un suo senso al fine di coordinare le politiche contrattuali aziendali con quelle più ampie di settore e con opportune istanze solidaristiche (di cui si fa storicamente più carico il sindacalismo confederale): tanto da meritare una condivisibile difesa rispetto all'ingiusta accusa di alterazione del principio democratico (F. Liso, *Brevi note sul Protocollo Confindustria, Cgil, Cisl e Uil del maggio 2013*, in *q. Riv.*, 2013, n. 4, I, p. 839). E se c'è un dubbio che può essere sollevato sul nuovo sistema (con il superamento del terzo e con l'attribuzione della titolarità esclusiva della contrattazione aziendale alla Rsu) è proprio quello di avere indebolito il necessario coordinamento tra politiche contrattuali decentrate e di settore, così accentuando il fenomeno della cd. aziendalizzazione del sistema delle regole del lavoro (V. Bavaro, *Note sul Testo Unico sulla rappresentanza sindacale del 10 gennaio 2014*, in www.dirittisocialie cittadinanza.org, p. 1).

Ciò premesso non mi pare dubbio che, se il sistema precedente poteva talvolta produrre «dittature delle minoranze» sindacali, la scelta del Testo Unico è per meccanismi idonei a garantire che gli accordi efficaci ed esigibili siano sorretti dal massimo possibile delle verifiche democratiche perché, come si è detto, la verifica del consenso maggioritario (sindacale dei lavoratori) sul testo contrattuale è ripetuta in ogni passaggio, è spinta al livello più elevato mai raggiunto nella storia delle nostre relazioni industriali.

Se poi si aggiunge che l'accordo si apre all'adesione di soggetti sindacali terzi, i quali potranno entrare nel meccanismo di misurazione dell'effettiva rappresentatività dei soggetti in campo, e nelle procedure per la contrattazione (adesione già giunta in modo massiccio negli scorsi mesi, da Ugl, Cisl, Confail, Confasal, Failms e altri ancora, mentre la sola Unione dei sindacati di base ha scelto la via di una curiosa, quanto tecnicamente improponibile, azione di nullità parziale del Testo Unico, pur non avendovi aderito); se ancora si considera la scelta di rafforzamento del carattere di rappresentanza diretta delle Rsu, con la sottolineata rinuncia al terzo riservato e l'attribuzione della titolarità potenzialmente esclusiva della contrattazione aziendale; se si considera dunque l'equilibrio di insieme dell'accor-

do diventa difficile comprendere il citato paragone condotto da Romagnoli con il sistema, a suo dire più inclusivo, di un «rivalutato» comma 4 dell'art. 39 Cost. Paragone invero difficile da fare, per la totale diversità dei piani tra norma costituzionale sull'*erga omnes* e regole autonome di un sistema negoziale limitato alle imprese del sistema Confindustria: ma che, se proprio deve essere fatto, porterebbe a rilevare il ben maggior tasso di democraticità delle regole odierne rispetto a una disposizione che formalizzava il potere eteronomo delle burocrazie sindacali, legittimate *ex ante* sulla base del solo dato associativo.

3. — Ciò detto, è evidente che la regola della maggioranza, come regola di governo del dissenso, ha un costo (In tema soprattutto V. Bavaro, *Il principio maggioritario nelle relazioni industriali*, in *Lav. dir.*, 2014, n. 1, p. 3). Abbiamo visto che i costi non mancavano nel sistema precedente, e che perpetuandosi lo stesso avrebbero potuto divenire pesantissimi, in ipotesi tali da marginalizzare progressivamente radicate esperienze di sindacato confederale.

Si tratta tuttavia di comprendere se, nel nuovo modello, i costi per chi sta nella procedura, accettando il rischio di restare minoranza, non siano eccessivi o non giungano, come si è paventato, a limitare la stessa libertà sindacale.

È necessaria in primo luogo una precisazione di metodo. Il Testo Unico è, giuridicamente, un atto di autonomia privata, le cui regole vincolano i soggetti che, direttamente o per affiliazione sindacale, vi aderiscano. Quando esso prevede regole di efficacia generale degli accordi, si tratta evidentemente di efficacia come effetto dei vincoli procedurali volontariamente assunti, e non di un *erga omnes* eteronomo come quello che potrebbe disporre una legge attuativa o modificativa dell'art. 39 Cost. Pertanto, discutere di coerenza o meno coi principi del medesimo art. 39 non ha senso, nemmeno con riguardo al suo comma 1, perché qualsiasi regola volontaria comporta un'autolimitazione della propria libertà, accettabile anche (nei limiti degli atti non disponibili) quando la libertà sia garantita a livello costituzionale.

Ciò premesso, anche le limitazioni e i costi autonomamente assunti potrebbero essere eccessivi, soprattutto quando – ed è questo, è inutile nascondersi, il problema posto dalla Fiom – siano assunti dalle confederazioni ma destinati alle singole associazioni di categoria, sulla base dei vincoli associativi confederali.

Qui si devono brevemente considerare alcuni snodi del complesso sistema di regole.

Il primo riguarda il meccanismo di apertura del sistema ai sindacati terzi, non aderenti a Cgil, Cisl e Uil. Clausole in tal senso tornano in numerosi passaggi dell'accordo, al fine di rendere il sistema tendenzialmente inclusivo di tutti gli attori sindacali di qualche rilevanza nel singolo settore contrattuale, alla sola condizione dell'integrale accettazione dei contenuti e degli obblighi derivanti dall'accordo. Se è chiaro che chi vi aderisca partecipa alla misurazione della rappresentanza, alle elezioni delle Rsu (anche con potere di iniziativa, ove raccolga il 5% degli aventi diritto al voto), alla contrattazione aziendale tramite le stesse Rsu, alle procedure di stipulazione dei contratti collettivi aziendali in deroga al Ccnl, la formulazione dell'accordo è invece ambigua quanto all'accesso alla procedura di negoziazione e stipulazione del contratto nazionale (vd. parte terza, seconda clausola).

Per quanto qualche commentatore abbia offerto una lettura restrittiva, per la quale la stipulazione del Ccnl resta di esclusiva competenza delle associazioni aderenti alle tre confederazioni firmatarie [P. Bellocchi, *Divisione e unità sindacale nel Testo Unico sulla rappresentanza: le regole per la contrattazione*, in F. Carinci (a cura di), *Il Testo Unico sulla rappresentanza 10 gennaio 2014*, Adapt University Press, 2014, p. 156], appare più ragionevole leggere anche tale passaggio in modo coerente alla generale direttiva di apertura. Avrebbe poco senso ammettere alla misurazione della rappresentanza associazioni terze per poi escluderle (ove raggiungano la soglia del 5%) dal momento contrattuale centrale del sistema; le stesse, peraltro, sarebbero in tal caso sottratte anche al vincolo di esigibilità delle stesse disposizioni del Ccnl, e anche tale esito appare contraddittorio. Peraltro, risulta che le stesse parti firmatarie leggano come aperta anche tale parte dell'accordo, e in tal senso depone anche il fatto che l'adesione al sistema di regole di alcune confederazioni o associazioni di settore (Asgb, Cisl, Confsal, Savt, Ugl) sia avvenuta stipulando esse stesse un accordo di contenuto identico al Testo Unico, delle quali dunque risultano egualmente firmatarie.

Come si dirà tra un attimo, la questione non è priva di rilevanza per l'accesso ai diritti sindacali.

4. — Tra le questioni al centro di polemiche, vi è la disposizione della parte terza sull'accesso ai diritti sindacali. Il T.U. interviene dopo la svolta impressa alla disciplina delle rappresentanze sindacali aziendali dalla sentenza n. 231/2013 della Corte costituzionale: una pronuncia che ha risolto positivamente il caso che originava la questione di legittimità, ma ha lasciato aperto più di un dubbio con riguardo ai criteri di valutazione del-

l'elemento della partecipazione al processo negoziale, idoneo secondo la Corte a consentire, pur senza firma del contratto, l'accesso ai diritti sindacali privilegiati.

Il Testo Unico, in tale quadro, si propone di gestire la disciplina di risulta, anche al fine di evitare lo sviluppo di ulteriore contenzioso. La clausola quinta della parte terza stabilisce dunque in via convenzionale un criterio di interpretazione e applicazione dell'articolo 19, nuovo testo, prevedendo che ai fini di tale norma «si intendono partecipanti alla negoziazione» le associazioni che si siano inserite nel procedimento per la stipulazione del Ccnl.

Sul punto sono state proposte almeno due critiche. La prima attiene al senso stesso della disposizione, che pretenderebbe di definire chi può godere o non dei diritti sindacali, ma si tratta di critica priva di fondamento. È del tutto ovvio che il T.U. fornisca una definizione stipulativa, la quale non impedisce che l'accesso ai diritti sindacali possa giocarsi secondo criteri diversi da quello concordato tra le parti, e basati direttamente sull'articolo 19 (e la sua prevalente interpretazione *pre e post* sentenza della Corte), cosa che potrà valere tanto per soggetti terzi quanto per coloro che pur aderendo all'accordo non possano godere del criterio sopra indicato (ma che in una specifica impresa o unità produttiva godano comunque del presupposto di legge, ad esempio perché firmatari di un contratto aziendale).

La seconda questione è più seria e riguarda l'applicazione del criterio, il quale rinvia alla procedura di negoziazione del contratto collettivo nazionale: procedura che si compone del diritto di accesso per le associazioni che raggiungano una soglia di rappresentatività non inferiore al 5%, della definizione della o delle piattaforme, della costituzione della delegazione trattante, dello svolgimento della negoziazione che, in presenza di più piattaforme, dovrà avviarsi sulla base di quella che raccolga un consenso maggioritario (sempre misurato sui dati di rappresentanza).

Ebbene vi è chi dubita, anche in forza di una formulazione non del tutto chiara del Testo, che il sistema sia tale da poter tenere fuori dalla delegazione trattante e dalla negoziazione il sindacato che sia rimasto minoritario rispetto alla formazione della piattaforma contrattuale, così negandogli anche l'accesso ai diritti del Titolo III dello Statuto (P. Alleva, *I pericoli dell'Accordo interconfederale sulla rappresentanza*, in www.dirittisocialie cittadinanza.org, p. 2). Se così fosse, bisognerebbe riconoscere che l'accordo tradisce la volontà pluralista che sembra complessivamente ispirarlo, mettendo sul piatto della formazione della piattaforma (momento fondamentale di espressione dell'autonoma valutazione degli interessi dei rappresentati) il «ricatto» di una scelta di autoesclusione dall'accesso ai diritti sindacali.

Tuttavia – per quanto sul punto vi sia un rinvio ai regolamenti che dovranno essere varati in ogni settore, e dunque la disciplina sia suscettibile di completamento – ritengo che una lettura ragionevole dell'accordo spinga in diversa direzione. Se non vi è dubbio che sia favorita la definizione di una piattaforma unitaria, o quantomeno maggioritaria, mi pare possa affermarsi che ogni associazione che raggiunga la soglia di legittimazione abbia diritto di partecipare al processo negoziale, anche eventualmente portando una piattaforma di minoranza, e dunque di far parte della delegazione trattante (V. Bavaro, *Note sul Testo Unico sulla rappresentanza sindacale del 10 gennaio 2014*, in www.dirittisocialiecittadinanza.org, p. 5; A. Maresca, *Il contratto collettivo nazionale di categoria dopo il protocollo d'intesa 31 maggio 2013*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, n. 3, I, p. 729). D'altronde, se così non fosse, dovrebbe ritenersi impedito alle associazioni datoriali considerare e trattare su proposte rimaste minoritarie sul fronte sindacale, ma ritenute più coincidenti con le esigenze delle imprese.

Ciò, in breve, significa che in base al Testo Unico (e ferma la possibilità di invocare altrimenti l'applicazione dell'art. 19) ogni sindacato che raggiunga il 5% di rappresentanza, e che partecipi (da posizione di maggioranza o di minoranza, non importa) al processo negoziale, ha diritto a costituire una Rsa (ovvero a portare in dote alla Rsu i diritti che avrebbe ottenuto costituendo una Rsa).

Se così è, come credo, l'Accordo di gennaio va apprezzabilmente oltre il disposto della sentenza della Corte costituzionale, di fatto anticipando l'ipotetico intervento del legislatore nello stabilire un criterio selettivo nel quale l'elemento fondamentale sia il possesso di un consenso effettivo (e certificato) tra i lavoratori del settore, prima ancora che la partecipazione al processo negoziale. L'articolo 19 torna così alla funzione promozionale e di sostegno dell'attività sindacale, in funzione dell'accesso alla contrattazione, che era stata compromessa, e anzi rovesciata, dal referendum del 1995.

Con una battuta, e per paradosso, potremmo dire che con l'adesione al Testo Unico il sindacalismo radicale (purché dotato di consenso non irrilevante) può aspirare a recuperare quell'accesso ai diritti sindacali che, con tipica eterogenesi dei fini, si era precluso promuovendo l'iniziativa referendaria del 1995.

5. — Il tema più delicato è certamente quello del governo del conflitto, riassunto nel discutibile – ma estremamente chiaro nel messaggio – concetto di esigibilità. L'accordo, che sottolinea a ogni passaggio e in modo insistente il legame tra efficacia ed esigibilità dei contratti collettivi, nazionali e aziendali, rinvia alla contrattazione di categoria il compito – anzi

il dovere – di definire clausole di tregua, procedure di raffreddamento dei conflitti, relative sanzioni: insomma uno strumentario diretto a far sì che il contratto, una volta concluso sulla base del consenso maggioritario, non possa essere posto in discussione con ricorso al conflitto.

È evidente che il sindacato che tema di rimanere minoritario – magari perché specificamente rappresentante di interessi e gruppi di lavoratori a loro volta minoritari (tema al quale l'accordo, per il suo carattere di normativa generale, non dedica invero sufficiente attenzione) – vede in tale passaggio il rischio di una forte limitazione della propria azione, del tentativo di dare voce con il conflitto a quegli interessi che sono risultati soccombenti nella logica negoziale.

Questo è certamente un costo: il più importante se non l'unico effettivo che le nuove regole del sistema chiedono di pagare. E francamente, su tale piano, il problema non pare sdrammatizzato per il fatto (pur teoricamente assai rilevante) che la limitazione del conflitto operi tutta sul piano intersindacale, espressamente salvaguardando il diritto individuale di sciopero (con chiaro omaggio alla sua titolarità individuale). Da un lato, infatti, uno sciopero privo della promozione da parte di soggetti rappresentativi è evento improbabile e di scarsa effettività; dall'altro, è evidente che l'operare dei limiti sul solo piano della promozione collettiva può innescare meccanismi «distorsivi» della concorrenza tra sindacati, consegnando la gestione del malcontento a organizzazioni «ancora più dissenzienti», ma rimasti fuori dalle regole e dai vincoli del Testo Unico.

Ciò riconosciuto, si tratta di decidere se quel costo – in tempi nei quali lo sviluppo del conflitto è, fuori dalle grandi imprese industriali, sempre più raro e difficile, per via di rapporti di forza fortemente condizionati dalla logica degli sviluppi economici – possa essere ragionevolmente pagato ai vantaggi, specifici o di sistema, che il Testo Unico si prefigge e, si ritiene, potrà portare.

Si tratta di un giudizio politico, e ciascuno darà il suo. Esso, tuttavia, dovrebbe correttamente essere dato non in astratto, ma con riferimento agli specifici equilibri del Testo Unico. Dunque in sintesi, e in primo luogo, il problema non è la «repressione» dello sciopero come valore generale (o icona) del conflitto industriale, ma la sua limitazione come corrispettivo della sopra illustrata proceduralizzazione dei processi negoziali, e della loro sottoposizione a penetranti verifiche democratiche (di democrazia maggioritaria). Il sindacato rimasto minoranza ne subisce il costo, ma ha anche avuto un'opportunità di pesare effettivamente (e con la sua esatta misura di consenso) sulla formazione del contratto, che in passato mancava. Inoltre, ogni contratto ha una scadenza con successiva procedura di rin-

novo, e in quella sede il sindacato potrà tornare a giocare in pieno la propria capacità di conflitto.

Sempre sul piano degli equilibri dello scambio – e per quanto sul tema si pensi subito allo sciopero – non va dimenticato che l'esigibilità dei contratti è costantemente proposta dal Testo Unico con formulazione bilaterale, e dunque si dirige anche alle associazioni imprenditoriali e ai singoli imprenditori, per gli impegni di rilevanza collettiva.

Toccherà alla contrattazione di categoria sviluppare tale aspetto e immaginare regole e sanzioni, ma mi pare evidente che si aprano scenari nuovi, nei quali, ad esempio, entrino nell'area dell'esigibilità (suscettibile magari di sanzione col ricorso per la repressione della condotta antisindacale, quando non con azioni risarcitorie) gli impegni a misure organizzative o investimenti produttivi espressamente spesi a fronte dell'ottenimento di misure di flessibilità aggiuntive; o, ancora, che siano sanzionabili più facilmente che in passato prassi di sistematica violazione delle clausole normative del contratto.

Infine, va detto che la limitazione non è assoluta: non solo per il fatto già ricordato che viene salvaguardata l'azione spontanea dei lavoratori (che costituisce comunque una garanzia di azione per i casi più estremi di condizioni di lavoro non più tollerabili), ma anche per la chiara disposizione del Testo Unico per cui le sanzioni su diritti e agibilità sindacali non possono toccare i diritti di fonte legale: ciò potrà consentire al singolo sindacato, nei casi più gravi nei quali si ritengano in gioco valori non negoziabili, di promuovere comunque il conflitto, accettando di subire sanzioni tutto sommato relative.

Roberto Rivero (*)

IL DIRITTO ALLA VITA APPESO AL RAMO E LA SVOLTA RISARCITORIA

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Cronometristi della morte. — 3. L'irrilevanza del tempo e la lucida agonia. — 4. La mancanza di tutela del bene vita. Orientamento preCostituzione. — 5. Risarcire la vita: un ossimoro? — 6. Il danno terminale: più vivi più sei risarcito! — 7. La riduzione in coma: nessun risarcimento. — 8. La stima del risarcimento. — 9. Il superamento dell'orientamento tradizionale. La sentenza n. 1361/2014.

1. — *Premessa* — Appeso al ramo di un albero, per circa mezz'ora, fulminato da una scarica elettrica, lo sventurato lavoratore avrà provato sofferenza interiore percependo l'approssimarsi della fine? Tratto da una vicenda reale (Cass. n. 8360/2010), il caso riassume il paradigma decisorio in base al quale la giurisprudenza perveniva, talvolta, al controverso riconoscimento del cd. danno tanatologico, con un incerto incedere durato circa 100 anni.

Con la sentenza n. 1361/2014 la Cassazione perviene a una storica svolta, riconoscendo per la prima volta, con un'approfondita motivazione che si snoda per più di 100 pagine, il diritto al risarcimento del «danno alla vita» in quanto tale, ovvero il danno da morte propria della vittima, trasmissibile perciò *iure hereditatis* (agli eredi quali che essi siano, nei cui confronti dovrà essere conseguentemente corrisposto l'equivalente).

Si tratta di una sentenza importante che segna un cambiamento di rotta epocale rispetto a un orientamento giurisprudenziale foriero di ingiustizie e disparità di trattamento, troppo a lungo praticate.

Nel novembre 2008 le stesse Sezioni Unite della Cassazione, con le quattro sentenze gemelle sul danno non patrimoniale, avevano incidentalmente rievocato la giurisprudenza sul danno da morte (cd. tanatologico) — inteso come danno morale (trasmissibile *iure successionis*) — subito dalla vittima di lesioni fisiche alle quali fosse seguita *dopo breve tempo* la morte e che fosse rimasta *in lucida attesa* durante l'agonia, «in consapevole attesa della fine»; da cui appunto la sofferenza morale oggetto del risarcimento.

(*) Giudice del lavoro presso il Tribunale di Ravenna.

Lo stesso pronunciamento delle Sezioni Unite 2008 rendeva bene, dunque, gli avvistamenti logici attraverso cui veniva costruita la figura del danno tanatologico nella nostra giurisprudenza. All'interno di una impostazione teorica che in via di principio non concepiva in realtà nessuna tutela per il diritto alla vita, la Corte di Cassazione era venuta creando una nozione di danno tanatologico tanto sfaccettata quanto gravida di dilemmi interpretativi e sistematici.

Non era chiaro prima di tutto dove risiedesse la demarcazione della linea stessa della risarcibilità, ossia la distinzione tra danno tanatologico risarcibile e quello non risarcibile. Non si intuiva dove riposasse la separazione con la diversa figura del danno che veniva chiamato terminale, e che era correlato alla morte che seguiva a lunga distanza dal fatto lesivo (ad esempio, una malattia professionale); figura rispetto alla quale veniva naturale domandarsi: ma quando è che il danno tanatologico diventa terminale (dopo quanto tempo)? Nei confronti del sistema del diritto civile in generale, poi, questa giurisprudenza poneva soprattutto un interrogativo spiazzante rispetto all'ottica dei valori costituzionali nella quale era stata avvolta negli ultimi anni la nuova sistematica del danno non patrimoniale: come era possibile, dunque, che il maggiore dei beni costituzionali di una persona (la vita), tutelato nell'art. 2 della Cost., non venisse considerato sempre e comunque risarcibile in caso di perdita dovuta a fatto illecito altrui? Per non dire poi dell'altalena interpretativa sulla natura intrinseca del danno tanatologico, che a seconda delle pronunce rilevava ora come morale, altre volte come biologico o biologico catastrofico (ad esempio, Cass. n. 1072/2011); mentre quello cd. terminale era sempre un danno biologico, ma soltanto *sub species* di biologico temporaneo.

Si tratta di distinzioni che sfuggono in realtà a una logica ricostruttiva chiara, e che riposano su criteri temporali incerti e latamente discrezionali: come *l'immediatezza* della morte rispetto al fatto lesivo che contraddistingueva il danno tanatologico non risarcibile; il *breve tempo* che invece veniva richiesto per l'ammissibilità del danno tanatologico risarcibile; quello del *tempo apprezzabile* per il danno terminale.

2. — *Cronometristi della morte* — Tutto questo impianto non poteva che cagionare incertezze e contraddizioni. Soprattutto per chi era obbligato a porsi l'incongruente questione di quale durata dovesse avere la sopravvivenza per potersi risarcire la morte. Indotti dalla casistica, i giudici – ma non sono mancate lodevoli eccezioni – si sono dovuti cimentare perciò nel tragico ruolo di cronometristi della morte.

In un caso la Cassazione (n. 870/2008) ha dovuto cassare una sentenza di merito con cui si era affermato che la sopravvivenza di tre giorni non integrasse un sufficiente lasso di tempo tale da far acquistare alla vittima il diritto al risarcimento del danno (qualificato peraltro come biologico).

In un altro caso la Cassazione (n. 4783/2001) ha invece stabilito che anche l'intervallo di quattro ore tra le lesioni e la morte potrebbe giustificare «la risarcibilità del danno biologico *iure hereditatis* ove il danno fisico o psichico possa essere apprezzato dalla vittima come danno catastrofico pur nel breve intervallo delle residue speranze di vita».

Nella sentenza n. 8360/2010 la Cassazione, nel caso del lavoratore fulminato da un scarica elettrica proveniente dai fili dell'alta tensione mentre lavorava su un albero, ha sostenuto che anche la morte sopraggiunta dopo circa mezz'ora (essendo il *de cuius* «rimasto appeso al ramo a cavalcioni») meritasse un risarcimento del danno (già ritenuto come biologico e questa volta riqualficato dalla Corte come morale).

3. — *L'irrilevanza del tempo e la lucida agonia* — La giurisprudenza della Corte di Cassazione aveva poi compiuto ulteriori passi nell'elaborazione del danno tanatologico, superando del tutto la distinzione tra morte immediata e non immediata e dando risalto esclusivamente alla (prova della) percezione della sofferenza. In qualche modo rivedendo e precisando i propri precedenti distinguo e anche l'arresto delle Ss.Uu. 2008 prima citate che (limitandosi a operare una mera ricognizione sugli orientamenti di legittimità) richiedevano ancora – insieme, come si è visto – il breve lasso di tempo, la lucida attesa e l'agonia.

In particolare con due sentenze del 2010 e 2011, la Corte di Cassazione aveva chiarito espressamente che ai fini del risarcimento del danno non patrimoniale, tanatologico, *iure hereditatis*, fosse del tutto irrilevante il lasso di tempo intercorrente fra il sinistro e l'evento letale.

La sentenza n. 1072/2011 (richiamando altri precedenti: Cass. n. 3260/2007; n. 4783/2001) aveva infatti statuito che: «In caso di lesione dell'integrità fisica – nella specie conseguente a un infortunio sul lavoro – che abbia portato a breve distanza di tempo a esito letale, è configurabile un danno biologico di natura psichica subito dalla vittima che abbia percepito lucidamente l'approssimarsi della morte, reclamabile dai suoi eredi, la cui entità dipende non già dalla durata dell'intervallo tra la lesione e la morte bensì dall'intensità della sofferenza provata; il diritto al risarcimento di tale danno è trasmissibile agli eredi».

Nell'altra pronuncia la Cassazione (n. 13672/2010) aveva pure affermato che, «In caso di morte che segua le lesioni fisiche dopo breve tempo, il

danno cd. tanatologico, consistente nella sofferenza patita dalla vittima che sia rimasta lucida durante l'agonia, in consapevole attesa della fine, dev'essere ricondotto nella dimensione del danno morale, inteso nella sua più ampia accezione, e il diritto al relativo risarcimento è trasmissibile agli eredi». E anche in questa sentenza la Cassazione ha proceduto a cassare la pronuncia della Corte di merito la quale aveva ritenuto che l'ambito temporale estremamente circoscritto dei fatti rendesse irrilevante l'accertamento sull'esistenza in vita del lavoratore (al momento della sua estrazione dalle macerie) e sulla sua richiesta di aiuto. In particolare in quel caso risultava che il lavoratore prima di morire si fosse limitato soltanto a chiamare aiuto da sotto le macerie di un muro che gli era crollato addosso. E nella stessa sentenza la Corte, dando ragione dello sviluppo giurisprudenziale di cui si è detto prima, ha osservato che, «nel quadro sistematico del “danno non patrimoniale” complessivo recentemente precisato dalle Sezioni Unite di questa Corte (vd. Cass., Ss.Uu., 11 novembre 2008, n. 26972), deve essere riconosciuto (ove, in sostanza, allegato e provato) il “danno morale”, a ristoro della sofferenza psichica provata dalla vittima di lesioni fisiche, alle quali sia seguita dopo breve tempo la morte, che sia rimasta lucida durante l'agonia in consapevole attesa della fine». Peraltro questa Corte, anche in precedenza, aveva affermato che la brevità del periodo di sopravvivenza alle lesioni, se esclude l'apprezzabilità ai fini risarcitori del deterioramento della qualità della vita in ragione del pregiudizio della salute, ostando alla configurabilità di un danno biologico risarcibile, non esclude viceversa che la vittima abbia potuto percepire le conseguenze catastrofiche delle lesioni subite e patire sofferenza, il diritto al cui risarcimento, sotto il profilo del danno morale, risulta pertanto già entrato a far parte del suo patrimonio al momento della morte, e può essere conseguentemente fatto valere *iure hereditatis*.

In sostanza, sulla scorta degli sviluppi giurisprudenziali di cui sopra, poteva affermarsi che la giurisprudenza della Corte di Cassazione avesse del tutto superato il requisito della morte immediata richiedendo soltanto quello della percezione della sofferenza (Cass. n. 1072/2011 parla appunto in sentenza della «irrelevanza del lasso di tempo intercorrente fra il sinistro e l'evento letale»).

Quello che occorre, dunque, secondo l'ultima giurisprudenza era soltanto la percezione della fine; non era necessario che il giudice di merito cronometrassero un periodo di tempo apprezzabile tra la morte e l'evento. D'altra parte sarebbe veramente assurdo pretenderlo, operando una incerta distinzione (di maggiore o minore lasso di tempo) foriera di irrazionalità e inevitabilmente in contrasto con la superiore direttrice di ragionevolezza.

lezza che promana dall'art. 3 Cost. Perché cosa potrebbe mai cambiare nella situazione di sofferenza di un lavoratore, ad esempio, seppellito sotto terra (come nel caso giudicato dalla Cassazione n. 13672/2010) se la sua morte fosse intervenuta dopo 1 minuto piuttosto che dopo 15 minuti?

Tuttavia anche questa condizione selettiva aveva posto i giudici dei casi concreti a operare con incerte presunzioni, spingendosi talvolta, in una fantasiosa ricerca della percezione della sofferenza, a vere e proprie finzioni, onde aggirare la rigidità dell'orientamento tradizionale. Una sentenza del Tribunale di Trieste, per verificare se una persona che aveva subito gravissime lesioni mortali (dopo un incendio) avesse maturato il danno tanatologico, è stata costretta a chiedersi se è stata cosciente durante il coma, e pur senza alcun elemento in tale senso ha concluso che l'interessato avrà avuto coscienza nei 33 giorni di coma «seppur presumibilmente e per brevi tratti». Mentre nel caso del lavoratore fulminato sull'albero la Cassazione (n. 8360/2010) ha soltanto presunto che la vittima fosse stata cosciente *poiché i soccorsi non sarebbero stati tempestivi*, ma senza accertare perché la morte sarebbe sopraggiunta veramente dopo circa mezz'ora.

4. — *La mancanza di tutela del bene vita. Orientamento preCostituzione* — Seguitando a richiedere la percezione della sofferenza interiore della vittima come condizione per la risarcibilità del danno da morte, la giurisprudenza continuava comunque a ribadire che l'ordinamento non ammettesse tutela per la perdita diretta del bene vita, secondo la disciplina costituzionale dei beni, premessa alla teorica oramai più che decennale del danno non patrimoniale.

Si poteva perciò affermare che per il sistema risarcitorio civilistico la vita della persona non aveva valore; e tanto meno quella del lavoratore, posto che essa non veniva certo indennizzata dall'Inail (Cass., Sez. III, sentenza n. 15760 del 2006) il quale si occupa delle sole conseguenze patrimoniali che la morte del lavoratore produce a determinati congiunti, ai quali l'istituto eroga una rendita (per diritto *iure proprio* e non certo *iure successionis*).

Il fatto più sorprendente era poi apprendere che le basi teoriche di questa clamorosa carenza di tutela fossero largamente opinabili, ancorché avessero trovato suggello in un pronunciamento della Corte costituzionale (sentenza 27 ottobre 1994, n. 372) la quale si era limitata, peraltro, ad attestarsi su un orientamento giurisprudenziale risalente, addirittura, al periodo precostituzionale in quanto elaborato nel 1925 dalle Sezioni Unite della Cassazione (con la sentenza n. 3475). Insomma su una questione di così fondamentale portata, ci si immagina chissà quali argomenti e ostaco-

li normativi insormontabili e si scopre invece che tutto si fonda su una sentenza preCostituzione secondo la quale «se è alla lesione che si rapportano i danni, questi entrano e possono logicamente entrare nel patrimonio del lesionato solo in quanto e fin quando il medesimo sia in vita. Questo spentosi, cessa anche la capacità di acquistare che presuppone appunto e necessariamente l'esistenza di un subbietto di diritto. Onde, in rapporto alla persona del lesionato, come subbietto dell'azione di danni, questi restano senz'altro confinati nell'ambito dei danni verificatisi dal momento della lesione a quello della morte, ed è soltanto rispetto a essi che gli eredi possono agire *iure hereditatis*».

La stessa argomentazione viene ripresa dunque dalla Corte cost. 27 ottobre 1994, n. 372 (1), come argomento definitivo e preclusivo per il risarcimento del danno alla vita (sia pure erroneamente prospettato dal giudice *a quo* come massima lesione della salute), ricordando appunto che, secondo «la non recente sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (n. 3475 del 1925)», «un diritto di risarcimento può sorgere in capo alla persona deceduta limitatamente ai danni verificatisi dal momento della lesione a quello della morte, e quindi non sorge in caso di morte immediata, la quale impedisce che la lesione si rifletta in una perdita a carico della persona offesa, ormai non più in vita». E questo costituirebbe secondo la stessa Corte cost. «un limite strutturale della responsabilità civile: limite afferente sia all'oggetto del risarcimento, che non può consistere se non in una perdita cagionata dalla lesione di una situazione giuridica soggettiva, sia alla liquidazione del danno, che non può riferirsi se non a perdite».

A fondamento della tesi negativa del risarcimento del bene vita, i supremi giudici avevano dunque elaborato una giustificazione sofisticata fondata sul più tipico degli argomenti epicurei: se c'è la morte non c'è la vita (e viceversa). Veniva opposto, in sostanza, che il bene della vita non potesse essere risarcito per un limite intrinseco dello stesso ordinamento risarcitorio, in quanto la morte immediata si opporrebbe alla maturazione (istantanea) del diritto al risarcimento in capo alla vittima; talché non essendovi iato tra vita e morte non ci sarebbe stato il tempo (lo spazio temporale) per una maturazione del diritto in capo alla vittima (come soggetto di diritto, come persona) da trasmettersi agli eredi.

A questo orientamento si poteva subito replicare che, in realtà, il titolare del bene vita (come in ogni altro caso) diventa titolare del diritto al risarcimento al momento stesso della lesione, né prima, né dopo (e che qui si

(1) Per il commento alla sentenza n. 372/1994 vedi *Resp. civ. prev.*, 1994, p. 976, con nota di G. Salfi, G. Giannini, E. Navaretta.

dovesse tener conto della natura del bene). Si poteva obiettare cioè che nel momento stesso in cui un soggetto fosse privato del bene della vita, egli diventava titolare del diritto al risarcimento del danno da trasmettere agli eredi. E non pare che contro questa argomentazione si potessero opporre barriere logiche insormontabili: non poteva certo dirsi che chi è privato della vita non venisse privato di nulla, perché appunto con la morte non c'è la vita. Anche perché, come è stato notato altre volte, la relazione tra i beni e tra i due termini del discorso non era da impostare in termini puramente temporali, ma appunto logici; a fini giuridici; distinguendo un *prius* (la perdita del bene vita) dall'acquisto del suo equivalente giuridico (rappresentato dal risarcimento del danno) come *posterius*, rilevante sempre sul piano logico.

D'altra parte anche il discorso scientifico supporta questa soluzione; sono oramai diversi decenni (oltre 40 anni, dal congresso della *World Medical Assembly* di Sidney) che la morte di una persona viene considerata come processo graduale a livello cellulare, in quanto i diversi tessuti hanno diverse capacità di resistere alla privazione di ossigeno; non esiste la morte istantanea, intesa come cessazione di tutte le funzioni vitali di una persona nello stesso unico istante (se non in casi rarissimi); bisogna distinguere la morte come processo (il morire) dalla morte come evento (punto di morte). La stessa legge italiana accoglie oggi la definizione di morte come morte cerebrale (cessazione delle funzioni dell'encefalo). La morte cerebrale avviene prima della morte cardiaca; è su queste premesse (dell'anticipazione della morte) che si fonda il fatto che i rianimatori non incorrano più nell'accusa di essere considerati assassini se spengono le loro macchine; né correva tale rischio i chirurghi che espantavano degli organi (ad esempio, il cuore «da cadavere a cuore battente», espantato già nel 1967 da Christian Barnard). Oggi addirittura con l'evoluzione delle conoscenze scientifiche si può distinguere anche all'interno della morte cerebrale; tra morte cerebrale totale e morte corticale.

In altri termini il rapporto tra vita e morte, anche dal punto di vista scientifico, non sembra possa impostarsi in termini di passaggi rigidi come suppone la giurisprudenza che nega il danno alla vita.

5. — *Risarcire la vita: un ossimoro?* — Un altro argomento che veniva opposto contro il risarcimento del danno alla vita risaliva alla concezione essenzialmente riparatoria accolta dal nostro sistema di diritto civile, la quale non avrebbe consentito — secondo molti interpreti — di poter risarcire per equivalente la vita a una persona che più non esiste. Vi sono stati giudici che in proposito hanno perciò scritto che risarcire la vita fosse un vero e proprio *nonsense* o comunque un ossimoro (!). In realtà questo argomento non ag-

giunge proprio nulla alla discussione, ma soltanto ribadisce che non si possa risarcire il danno alla vita a una persona che abbia cessato di esistere. Esso sottende la stessa aberrante considerazione che non ci sia nulla da risarcire; e non essendoci nulla su cui possa agire una riparazione civilistica, il risarcimento avrebbe funzione esclusivamente punitiva. L'obiezione che si fonda sulla concezione riparatoria della responsabilità civile vuol dire soltanto che chi muore non ha subito alcun danno, nessuna perdita, perché – questo il paradosso del diritto alla vita – quando è arrivata la morte il soggetto non può essere in vita per maturare il diritto al risarcimento.

Si tratta di un'obiezione che può essere disattesa sulla base dello stesso senso comune e del sentimento di giustizia che rifiuta di ammettere che chi ha subito la perdita della vita non abbia subito nessuna perdita.

6. — *Il danno terminale: più vivi più sei risarcito!* — La prova più evidente che il diritto alla vita in quanto tale non venisse considerato ai fini del risarcimento, era costituita dal fatto che quand'anche una persona fosse deceduta per effetto di un'azione lesiva, dopo lungo tempo dal fatto e in stato di perfetta lucidità, non fosse mai risarcito il suo danno alla vita (la perdita della vita), ma sempre la perdita di un altro bene (con non pochi paradossi). Ed è qui che viene in rilievo la vicenda del cd. danno terminale commisurato dalla giurisprudenza alla durata della lesione del danno biologico (temporaneo). Considerando soltanto il tempo tra la lesione e la morte la giurisprudenza finiva per risarcire in modo più consistente chi fosse vissuto più a lungo e liquidare di meno a chi fosse vissuto per un tempo minore rispetto all'illecito. Una prima evidente incongruità, perché per quanto si possa argomentare nessuno potrai mai convincerci che (normalmente) morire sia un danno minore che vivere; e che vivere di meno (normalmente) sia un danno meno grave che vivere più a lungo.

La figura del danno terminale dimostrava in modo palmare come la perdita della vita non contava nulla per il nostro sistema risarcitorio, che risarciva il danno morale o il danno biologico catastrofico se la morte sopravveniva (anche nell'immediatezza ma) in stato di coscienza, oppure il danno biologico se la morte sopravveniva in stato di coscienza dopo lungo tempo. Talché l'aver cagionato, ad esempio, a una persona l'insorgenza di una malattia a effetti sicuramente letali (come un mesotelioma pleurico da illecita esposizione all'amianto) non determinava alcun risarcimento del bene della vita.

Non si spiegava poi nemmeno perché nel caso del danno terminale venisse negato pure il risarcimento dello stesso danno biologico permanente, pure presente nel periodo che va dalla stabilizzazione delle lesioni alla mor-

te. Perché se un soggetto fosse sopravvissuto alla liquidazione avrebbero maturato diritto al danno permanente e temporaneo mentre se fosse morto prima gli eredi avrebbero potuto reclamare solo quello temporaneo? Nel periodo di invalidità premorte non vale l'invalidità permanente se la malattia perdura per anni? E ciò conferma pure che nel nostro ordinamento uccidere fosse sempre e in ogni caso più conveniente che ferire.

Essere sottoposti a un'azione nociva che cagionasse una lenta malattia mortale (professionale o non professionale) poteva dunque costare assai poco dal punto di vista risarcitorio. Seguendo la teorica del cd. danno terminale, il danno biologico veniva limitato a quello temporaneo. Solitamente poche migliaia di euro (cfr. però Corte d'Appello di Torino, che ha cercato di rimediare a questa incongruenza: sentenza n. 287/2013). Non si liquidava il danno permanente maturato nel corso di una vita fortemente menomata. E anche il danno morale, ovviamente, ne risentiva perché col nuovo corso delle Ss.Uu. del 2008 i giudici per lo più lo liquidano in modo ancor più automatico di prima (anche se preferiscono parlare formalmente di personalizzazione) all'interno del danno biologico o non patrimoniale che dir si voglia. Dimenticando che, come ricorda la stessa sentenza n. 1361/2014 che qui si commenta, il danno morale ha riguardo anche alla dignità della persona, che è un aspetto del tutto distinto dalla sofferenza soggettiva; e che è perciò da escludersi possa essere risarcito con una frazione di danno biologico tabellare.

Pertanto quando il biologico (considerato solo nella dimensione temporanea) è basso ancor più basso sarà il danno morale di chi muore per una lunga malattia. E se si valuta in cifra il criterio di liquidazione adottato da molti giudici per il danno terminale si assiste a degli scostamenti veramente ingiustificabili: si va dal criterio dell'indennità biologica temporanea pura – 600 euro (!) aveva liquidato il Tribunale di Fermo per una morte avvenuta dopo gg. 27 (22 euro al giorno); mentre il Tribunale di Genova per un mesotelioma che aveva condotto alla morte dopo nove mesi ha riconosciuto 69 euro al giorno e liquidato circa 20.000 – al criterio del danno biologico personalizzato alla gravità del caso concreto come suggerisce la Cassazione (2). Per il Tribunale di Bologna il criterio corretto sarebbe 600

(2) Cass. 16 maggio 2003, n. 7632: «La quantificazione equitativa del danno terminale va operata tenendo conto delle caratteristiche peculiari di questo pregiudizio, consistenti nel fatto che si tratta di un danno alla salute che, sebbene temporaneo, è massimo nella sua entità e intensità, sia che si applichi il criterio di liquidazione equitativa "puro" sia che si applichi il criterio di liquidazione tabellare, in quanto entrambi questi criteri di liquidazione sono legittimamente utilizzabili, purché vengano dal giudice adeguatamente "personalizzati!", ovvero adeguati al caso concreto».

euro come media (da 500 a 1000 euro al giorno), e liquida euro 16.200 per la stessa morte di 27 giorni. La Corte d'Appello di Venezia per una morte di mesotelioma avvenuta dopo nove mesi riconosce 150 euro al giorno (4500 euro al mese) e liquida 40.000 euro per nove mesi di sofferenza. La Cass. 16 maggio 2003, n. 7632, conferma una pronuncia della Corte d'Appello di Venezia che aveva riconosciuto il danno terminale di euro 31.500 per un ragazzo di 17 anni morto dopo dieci giorni di agonia (e quindi in base a più di tremila euro al giorno). Da 22 a 3000 euro al giorno: uno scostamento da lotteria forense, che non risponde certamente al principio cardine di equità che secondo la Cassazione include anche il rispetto della parità di trattamento.

Si tratta di liquidazioni che come ognuno può vedere rasentano talvolta l'assurdo; anche perché in cifra assoluta il danno non patrimoniale (morale e biologico terminale) di una vittima primaria del bene finisce per valere molto meno del danno morale dei parenti della vittima; i quali, per la tabella di Milano, quando muore un congiunto vengono risarciti con cifre sicuramente più elevate (anche di 5/10 volte più elevate), fino ad arrivare anche a più di 300.000 euro.

Un criterio ragionevole sul terreno della liquidazione, fondato su una logica di congruità comparativa, poteva essere quello di non stimare mai il danno di chi muore (per infortunio o malattia dovuta a responsabilità altrui) in misura inferiore a quello liquidato per danno parentale dei congiunti; e ciò sulla base dell'indiscutibile assioma che la perdita della vita (o il dolore per la sua perdita) sia comunque più grave del dolore residuo in chi continui a vivere (se è vero che, come riconosce la saggezza popolare, «il peggio è per chi muore, che chi vive si consola»...).

7. — *La riduzione in coma: nessun risarcimento* — Anche per il coma, ovvero nel caso di persona che sopravviva alla lesione (per un tempo più o meno lungo), ridotta però in stato comatoso, la giurisprudenza non accordava nessun risarcimento. Ad esempio, Cassazione n. 79/2010 ha negato qualsiasi rilevanza risarcitoria per la riduzione in coma di una persona sostenendo (senza ulteriori necessarie specificazioni, quantomeno sul tipo di coma) che chi venga ridotto in coma sia «sostanzialmente deceduto» e non merita perciò alcun risarcimento; ma, appunto, non certo perché manchi il tempo per la maturazione (e quindi per il passaggio) del diritto in capo alla vittima, ma perché mancherebbe lo stato di cosciente attesa della morte, ossia la percezione della sofferenza.

Risultava quindi, ancora una volta, come nel nostro ordinamento la perdita del diritto alla vita (che subisce anche chi passa alla morte attraver-

so il coma) non venisse risarcita non perché mancherebbe una qualche precondizione giuridica o un qualche elemento costitutivo della responsabilità civile (la persona in coma potrebbe essere anzi sopravvissuta più a lungo alla lesione rispetto a chi muoia cosciente dopo poco tempo), ma soltanto perché non si considerava la vita un bene risarcibile in quanto tale, dando rilievo risarcitorio soltanto alla sofferenza soggettiva che si assume non potrebbe subire la persona non cosciente.

Insomma: mancando la tutela risarcitoria del bene vita, la giurisprudenza offriva l'opportunità di effettuare «il delitto perfetto», a livello civilistico (s'intende), e di non pagare nulla in applicazione della legge; bastava uccidere immediatamente e scegliere una persona che non avesse lavoro e prossimi congiunti, e non si pagava proprio niente.

8. — *La stima del risarcimento* — Neppure poteva essere attribuito rilievo contro il risarcimento del danno alla vita a una supposta difficoltà di stimarne il valore. Al contrario, a livello di liquidazione giudiziaria risarcire la vita dovrebbe ritenersi più facile che risarcire altri beni immateriali; la vita dovrebbe avere infatti un valore di base tendenzialmente eguale per tutti. L'argomento secondo cui la vita non può avere un valore non può ritenersi corretto o esaustivo: certo la vita è il bene sommo; e non c'è un valore patrimoniale sufficiente per risarcirne la perdita in modo oggettivo. Ma questo non impedisce di trovare una compensazione convenzionale per equivalente, come si fa per tutti gli altri beni di natura non patrimoniali (esiste il valore reale della salute? E dell'onore? E del danno morale o del biologico catastrofico e del danno terminale?). D'altra parte, se venisse stabilito un criterio di liquidazione per il risarcimento del bene vita si impedirebbero tante altre storture e si consentirebbe di non duplicare risarcimenti. Si liquiderebbe perciò tendenzialmente con lo stesso parametro di base (salve le opportune personalizzazioni) il danno di chi è deceduto dopo un lungo periodo di malattia e di chi è morto subito dopo il fatto; di chi è morto cosciente o incosciente; di chi è stato in coma oppure no.

9. — *Il superamento dell'orientamento tradizionale. La sentenza n. 1361/2014* — L'orientamento tradizionale si poneva poi in contraddizione con la tesi espressa da altre sentenze della Cassazione, che quando non discorrono di risarcimento ma di altri fini riconoscono espressamente il diritto alla vita come bene giuridico sommo, diverso dalla salute, tutelato dal nostro ordinamento (ad esempio, Cassazione 27 maggio 2009, n. 13326, che pure parla del diritto alla vita).

Esistevano inoltre pressanti argomenti di spessore costituzionale che muovevano per il superamento di questa situazione di denegata tutela. Si poteva pensare di riproporre una nuova questione di costituzionalità dell'art. 2059 cod. civ., oltre che per violazione dell'art. 2 Cost., anche per violazione delle norme della Cedu. Il diritto alla vita è infatti tutelato espressamente dall'art. 2 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo («Il diritto alla vita è tutelato dalla legge»). La Cedu è quantomeno parametro interposto per la violazione dell'art. 117 o comunque dell'art. 10 della Cost. Se quindi vi è una posizione soggettiva come il diritto alla vita garantita dalla Cedu (secondo l'interpretazione che ne fa la Corte di Giustizia), si rischia di rendere costituzionalmente illegittimo il sistema risarcitorio (l'art. 2059 cod. civ.) per violazione degli artt. 117 e 10 Cost. La Corte europea dei diritti dell'uomo ha infatti riconosciuto il diritto dell'erede (*iure successionis*) al risarcimento del danno risentito dal defunto a causa della sua uccisione nonostante la morte fosse avvenuta immediatamente (*Akkoc c. Turquie* 10 ottobre 2000, 136; *Gul v. Turkey* 14 febbraio 2000, 110).

I tempi sembravano quindi maturi per il superamento dell'orientamento tradizionale; e questo compito è stato assolto dalla Cassazione in modo meditato, con la sentenza n. 1361/2014.

Dopo aver invitato (per circa 60 pagine) i giudici di merito a tener conto nella liquidazione del danno non patrimoniale di tutte le lesioni – ovvero di tutti gli interessi pregiudicati dall'illecito in tutti i loro aspetti (biologico, morale, esistenziale), nessuno dei quali può mai restare senza risarcimento (ovviamente in quanto allegato e provato) – soltanto dopo, la Corte di Cassazione è passata all'esame della questione del danno tanatologico.

Muovendo dalla contraddittorietà e illegittimità che inficiava l'argomentazione sostenuta dai giudici del merito milanesi (Tribunale e Corte d'Appello di Milano) a proposito del fatto che nessun danno *iure successionis* potesse sussistere nel caso esaminato, essendo la vittima deceduta dopo circa tre ore e mezza dal sinistro, dopo cioè un lasso di tempo, ritenuto dagli stessi giudici del merito, «insufficiente e far sorgere in capo alla vittima il diritto a indennizzi di sorta». Quindi (a partire dalla pagina 66 in avanti) la Corte di Cassazione ha affrontato i nodi teorici della (apparentemente) complicata questione, partendo dalla tesi negativa espressa dalla Corte costituzionale con la sentenza del 27 ottobre 1994, n. 372, nella quale in realtà la questione venne liquidata con un richiamo esplicito (veramente sorprendente data la natura stessa dell'organo) all'orientamento precostituzionale fatto proprio dalle Sezioni Unite nel 1925, prima cit.

La Corte di Cassazione n. 1361/2014 rievoca quindi le diverse figure elaborate dalla giurisprudenza come succedanee del mancato risarcimento

del bene vita [il danno terminale biologico, il danno terminale morale (o catastrofe), il danno da perdita della *chance* di sopravvivenza] definendole soluzioni indirette, ricostruzioni parziali e inappaganti, sebbene sintomatiche dell'avvertita necessità di superare la rigidità dell'assunto circa l'irrisarcibilità del danno da perdita della vita. Qualifica perciò come meri *escamotages* interpretativi i criteri del lasso di tempo, dell'entità delle sofferenze, della consapevolezza della fine, che secondo alcune sentenze potrebbe anche essere «non cosciente» (Cassazione 28 agosto 2007, n. 18163). Ricorda che sebbene la salute sia un bene diverso dal diritto alla vita, ciò non comporta che debba negarsi risarcibilità alla perdita della vita; cita più volte la giurisprudenza di merito che ne ha ammesso il risarcimento (Tribunale Venezia n. 55492/2006; ma si vd. anche Tribunale Ravenna 7 giugno 2011, inedita).

Nota come d'altra parte oramai si ammetta la trasmissibilità agli eredi del diritto al risarcimento dei danni non patrimoniali, e ricorda i casi del neonato, del nascituro e della persona giuridica ammessi alla tutela del danno non patrimoniale. Riconferma che tra fatto e diritto la relazione è sempre logica e mai di natura empirica e temporale, e richiama perciò l'invito dottrinario a non considerare le categorie giuridiche come dati immodificabili, esistenti in *rerum natura*, e ritenerli bensì in funzione servente del caso che si tratta di risolvere.

L'invito è a superare la dimensione del diritto soggettivo e considerare invece l'ottica del bene che viene meno e che reclama tutela, non solo quale danno del singolo che lo subisce ma anche per la collettività.

La Corte perviene quindi al superamento dell'orientamento negativo consolidato perché «non del tutto rispondente all'effettivo sentire sociale nell'attuale momento storico», e senza che per questo sia necessario superare («allo stato») l'assioma posto dalle Sezioni Unite nel 1998 (p. 89), secondo cui solo i danni conseguenza sono risarcibili ma non il danno evento. La perdita della vita non ha altre «conseguenze» per l'individuo che abbia cessato di vivere, ma solo perché comporta la perdita non di qualcosa ma di tutto: di tutti gli effetti e le conseguenze. Essa è dunque l'eccezione che conferma la regola: perché il danno non è mai risarcibile *in re ipsa*.

Per la Cassazione la stessa funzione compensativa del diritto civile risulta assolta anche ammettendo il risarcimento del diritto alla vita, siccome il credito della vittima accresce comunque il suo patrimonio ereditario, non diversamente da ogni altro caso di danno patrimoniale e non patrimoniale.

Attraverso questa via la Corte giunge al riconoscimento del danno alla vita definito come danno della vittima che rileva in sé e per sé, nella sua oggettività, di perdita del bene vita, oggetto di un diritto assoluto e inviola-

bile; a prescindere dalla consapevolezza che il danneggiato ne abbia, anche in caso di morte immediata. E senza che assuma rilievo né il lasso di tempo, né il criterio dell'intensità della sofferenza subita dalla vittima.

Per ciò che attiene al criterio di liquidazione la Corte suggerisce un sistema di quantificazione specifico, diverso da quello dettato per il danno biologico da cui il danno alla vita è autonomo. Occorre solo che sia equo e che non sia né meramente soggettivo (in base alla valutazione che ciascuno ha della propria vita o altrui), né oggettivo (uguale per tutti). Per la Corte occorre invece che sia personalizzato (contano perciò età, condizioni di salute, speranze di vita futura, attività svolta, condizioni personali e familiari).

In definitiva, anche sulla liquidazione del danno da morte, la Cassazione reitera l'invito al giudice di merito a operare una valutazione concreta dei danni guardando ai fatti e dando conto di aver apprezzato, oltre all'età della vittima, tutti gli indici del fatto (il sesso, grado di sensibilità dei danneggiati superstiti, situazioni di convivenza, gravità del fatto ed entità delle sofferenze). Perché questa è la reale personalizzazione del danno, e non quella di cui spesso discorrono sentenze che – quale che sia la lesione della persona che hanno davanti – elevano sempre di una frazione la somma del danno biologico tabellare, senza dar conto di alcun percorso logico (né di fatto né di diritto), e violando perciò il principio normativo di equità, a cui tutti i giudici devono ritenersi pur sempre sottoposti nel nostro ordinamento nella materia del risarcimento del danno non patrimoniale.