

Diritto delle Relazioni Industriali

Rivista trimestrale già diretta da
MARCO BIAGI

In questo numero

RICERCHE

*Questioni attuali in tema di licenziamenti
Il lavoro nelle riforme del diritto societario e industriale*

RELAZIONI INDUSTRIALI

Relazioni industriali e gestione del personale alla Indesit Company

GIURISPRUDENZA ITALIANA

*Trattamenti migliorativi ad personam e condotta antisindacale
Il Consiglio di Stato e la nuova «stagione costituzionale»
delle politiche di pari opportunità*

*Pensioni: il fantasma della c.d. clausola oro
Appropriazione indebita e omesso versamento alle Casse Edili
La formazione professionale tra Stato e Regioni*

LEGISLAZIONE, PRASSI AMMINISTRATIVE E CONTRATTAZIONE COLLETTIVA

*Il modello lombardo di sperimentazione dell'apprendistato
I regolamenti adottati dalle Commissioni di Certificazione
Il mercato del lavoro nella legislazione regionale
Le novità per la Riforma Biagi dal «pacchetto competitività»
Salute e sicurezza sul lavoro nell'attuale assetto costituzionale*

GIURISPRUDENZA E POLITICHE COMUNITARIE DEL LAVORO

*L'autonomia nazionale in materia di sicurezza sociale
Il ruolo strategico delle Università per conseguire gli obiettivi di Lisbona
Il costo economico di «non Lisbona»*

OSSERVATORIO INTERNAZIONALE E COMPARATO

*Belgio - Ristrutturazioni aziendali e conflitto: il sindacato alla prova
Germania - L'agenzia di inserimento delle fasce deboli di lavoratori
Nuova Zelanda - La spinosa questione delle eccedenze di personale
Stati Uniti - L'orientamento della Corte Suprema in materia
di discriminazione in base all'età*

Giuffrè Editore

N. 3/XV - 2005

Rivista di

**ADAPT - FONDAZIONE
"MARCO BIAGI"**

Publicazione Trimestrale - Poste Italiane s.p.a. - Spedizione
in abbonamento postale - D.L. 353/2003 (convertito in
L. 27/02/2004 n° 46) articolo 1, comma 1, DCB (VARESE)

DIRITTO
delle
RELAZIONI INDUSTRIALI

Rivista trimestrale già diretta da
MARCO BIAGI

N. 3

XV-2005

Giuffrè Editore Milano

Ricerche: Questioni attuali in tema di licenziamenti

LUCA CALCATERRA <i>La giustificazione causale del licenziamento per motivi oggettivi nella giurisprudenza di legittimità</i>	621
MADDALENA DE ROSA <i>Il licenziamento per « ragioni economiche »: le fattispecie</i>	662
VALERIA NUZZO <i>Natura ed incidenza dei vincoli formali nel recesso datoriale</i> .	685

Ricerche: Il lavoro nelle riforme del diritto societario e nel Codice della proprietà industriale

PATRIZIA TULLINI <i>Mutualità e lavoro nelle recenti riforme della società cooperativa</i>	711
FLAVIA PASQUINI <i>Il rapporto di amministrazione nella riforma del diritto societario e del lavoro</i>	723
GIUSEPPE PELLACANI <i>La disciplina delle invenzioni nel nuovo « Codice della proprietà industriale »</i>	739

Relazioni industriali

ANGELO STANGO <i>Sistema delle Relazioni Industriali e gestione del personale alla Indesit Company</i>	757
--	-----

Osservatorio di giurisprudenza italiana

LUCA RUGGIERO <i>La Cassazione si pronuncia nuovamente sui criteri di distinzione fra associazione in partecipazione e lavoro subordinato (nota a Cass. 14 febbraio 2005 n. 2932)</i>	769
MARIO QUARANTA <i>Trattamenti migliorativi ad personam e condotta antisindacale (nota Cass. 11 marzo 2005 n. 5343)</i>	773
FABRIZIA SANTINI <i>Natura ed effetti dell'ordine di reintegrazione in via di urgenza nella giurisprudenza della Suprema Corte (nota a Cass. 25 gennaio 2005 n. 1431)</i>	785
SABRINA MONEGHINI <i>Licenziamento del dirigente: interpretatio prevalente in tema di recesso nell'area di libera re cedibilità (nota a Cass. 17 gennaio 2005 n. 775)</i>	789
ALESSANDRO CROSTA <i>Licenziamento disciplinare e termine per le giustificazioni del lavoratore (nota a Cass. 13 gennaio 2005 n. 488)</i>	793
FRANCESCO NEBOLI <i>Licenziamento disciplinare a seguito di comportamento ingiurioso del lavoratore nei confronti dei superiori gerarchici (nota a Cass. 1° dicembre 2004 n. 22532)</i>	796
ORESTE POLLICINO <i>Perché nessuno ha informato il Consiglio di Stato della nuova « stagione costituzionale » delle politiche di pari opportunità? (nota a C. Cost. ordinanza 27 gennaio 2005 n. 39)</i>	802

GIUSEPPE GIGLIO <i>La rilevanza del limite reddituale per l'integrazione al trattamento minimo degli invalidi ciechi</i> (nota a Cass., sez. un., 24 febbraio 2005 n. 3814).	808
GIULIANO CAZZOLA <i>Pensioni: il fantasma della c.d. clausola oro in una recente sentenza della Corte dei Conti della sezione giurisdizionale Puglia</i> (nota a C. Conti 26 gennaio 2005 n. 70)	811
PAOLO PENNESI <i>Le Sezioni Unite si pronunciano sul reato di appropriazione indebita per omesso versamento alle Casse Edili</i> (nota a Cass. pen., sez. un., 19 gennaio 2005 n. 1327)	816
SIMONE SCAGLIARINI <i>La formazione professionale tra Stato e Regioni: alcuni importanti chiarimenti</i> (nota a C. Cost. sentenza 28 gennaio 2005 n. 51)	822
LUCIA VALENTE <i>Successione nell'appalto di servizi e trasferimento d'azienda: una sentenza innovativa ma superata</i> (nota a Cass. 13 gennaio 2005 n. 493).	828

Osservatorio di legislazione, prassi amministrative e contrattazione collettiva

MAURIZIO BERNASCONI <i>Brevi note sul modello lombardo di sperimentazione dell'apprendistato professionalizzante nel settore del Terziario della Distribuzione e dei Servizi</i>	839
FLAVIA PASQUINI <i>I regolamenti adottati dalle Commissioni di Certificazione costituite presso le Direzioni provinciali del lavoro</i>	842
ALESSANDRO CORVINO <i>Commissioni di Certificazione: gli indirizzi operativi dell'Inps</i>	847
GIANCARLO DURANTE <i>La contrattazione nazionale del settore del credito. Le novità più significative</i>	849
ANNA MARIA MONTRONE <i>L'accordo campano per la regolamentazione dei rapporti di lavoro a progetto nelle cooperative sociali</i>	853
GIAMPIERO FALASCA <i>Il mercato del lavoro nella legislazione regionale: la legge della Regione Marche 25 gennaio 2005, n. 2</i>	855
GIANLUIGI PASQUALETTO <i>Nota di commento alle « Proposte per lo sviluppo e la competitività del sistema economico marchigiano »</i>	860
MARCO SIDERI <i>I richiedenti asilo e l'accesso al mercato del lavoro in Italia tra legislazione internazionale, progetti di riforma e prassi quotidiana</i>	862
GIUSEPPINA TIRABOSCHI <i>La formazione può incidere sulla crescita complessiva del Paese?</i>	866
NICOLA PORELLI <i>Retribuzioni convenzionali per i lavoratori italiani all'estero: decreto ministeriale 17 gennaio 2005 e circolare Inps 23 febbraio 2005, n. 34.</i>	868
MICHELA VIRGILI <i>L'interpretazione dell'articolo 74 del decreto legislativo n. 276/2003 in materia di prestazioni di lavoro occasionale in agricoltura.</i>	871
PIERLUIGI RAUSEI <i>Poche ma incisive novità per la Riforma Biagi dal « pacchetto competitività »</i>	874
LORENZO FANTINI <i>Il Consiglio di Stato si pronuncia sulla salute e sicurezza sul lavoro nell'attuale assetto costituzionale</i>	880

Osservatorio di giurisprudenza e politiche comunitarie del lavoro

FEDERICA FUCITO <i>Trasferite nell'Unione Europea dei tirocinanti per le professioni legali: il problema del rimborso delle spese di viaggio</i> (nota a C. Giust. 17 marzo 2005 in causa C-109/04)	889
---	-----

FILOMENA FOCCILLO <i>Il difficile coordinamento fra obblighi internazionali e comunitari in materia di parità e tutela del lavoro femminile</i> (nota a C. Giust. 1° febbraio 2005 in causa C-203/03)	891
MICHELE TIRABOSCHI <i>I diritti sociali fondamentali nel Trattato Costituzionale</i> (osservazioni al Trattato Costituzionale 29 ottobre 2004)	893
FEDERICA FUCITO <i>Natura dell'assegno vacanze concesso al beneficiario di una pensione di anzianità</i> (nota a C. Giust. 20 gennaio 2005 in causa C-101/04) .	895
FEDERICA FUCITO <i>L'autonomia nazionale in materia di sicurezza sociale alla luce del regolamento (CEE) n. 1408 del 1971</i> (nota a C. Giust. 20 gennaio 2005 in causa C-306/03)	897
MICHELE TIRABOSCHI <i>Investire sulla conoscenza e le sedi dell'alta formazione: il ruolo strategico delle Università per conseguire gli obiettivi di Lisbona</i> (nota a COM(2005)152)	899
GIUSEPPINA TIRABOSCHI <i>Il rilancio della Strategia di Lisbona in ambito educativo</i> (nota a SEC(2005)419)	901
OLGA RYMKEVITCH <i>Il costo economico di « non Lisbona ». Rassegna della letteratura sull'impatto economico delle riforme relative a Lisbona</i> (nota a SEC(2005)385)	907
LAURA BONACORSI <i>Il Parlamento Europeo ribadisce la priorità degli obiettivi di Lisbona</i> (nota alla Risoluzione del Parlamento Europeo n. B6-0186/2005) .	911

Osservatorio internazionale e comparato

LILLI CAROLLO <i>Belgio - Ristrutturazioni aziendali e conflitto: i sindacati belgi alla prova</i>	915
SILVIA SPATTINI <i>Germania - Prestazioni sociali di base e agenzie per il sostegno all'inserimento nel mercato del lavoro delle fasce deboli</i>	918
ALAN GEARE, FIONA EDGAR <i>Nuova Zelanda - Il legislatore alle prese con la spinosa questione delle eccedenze di personale.</i>	920
WILLIAM BROMWICH <i>Stati Uniti - L'orientamento della Corte Suprema degli Stati Uniti in materia di discriminazione in base all'età</i> (nota al caso Smith et al. v. City Of Jackson, Mississippi, et al.)	930

INDICE ANALITICO

Apprendistato

- Circolare del Ministero del lavoro e delle politiche sociali 14 ottobre 2004, n. 40 [839] (con nota di M. BERNASCONI).
- Delibera della Giunta Regione Lombardia n. 7/19432, 19 novembre 2004 [840] (con nota di M. BERNASCONI).
- Protocollo d'Intesa tra Regione Lombardia, Unione regionale Lombardia del commercio, del turismo e dei servizi e organizzazioni di categoria regionali di Cgil, Cisl e Uil 10 gennaio 2005 [839] (con nota di M. BERNASCONI).

Associazione in partecipazione

- Indici di sussistenza – Elementi determinanti – Indici complementari e sussidiari (Cass. 14 febbraio 2005 n. 2932, con nota di L. RUGGIERO) [769].

Belgio

- Il *Règlement de travail* in Belgio (con nota di L. CAROLLO) [915].
- Conflitto AGC Automotive, *Retour sur une grève heroique*, di André Henry (con nota di L. CAROLLO) [915].

Certificazione

- Decreto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali di concerto con il Ministero dell'istruzione, dell'Università e della ricerca 14 giugno 2004 [847] (con nota di A. CORVINO) – Decreto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali 21 luglio 2004 [843] (con nota di A. CORVINO e con nota di F. PASQUINI).
- Circolare del Ministero del lavoro e delle politiche sociali 15 dicembre 2004, n. 48 [843] – Circolare Inps 1° giugno 2005, n. 71 [847] (con nota di A. CORVINO e con nota di F. PASQUINI).
- Regolamento interno della Commissione di Certificazione presso la DPL di Modena [843] – Regolamento interno della Commissione di Certificazione presso la DPL di Milano [843] – Regolamento interno della Commissione di Certificazione presso la DPL di Roma [843] – Regolamento interno della Commissione di Certificazione presso la DPL di Ferrara [843] – Regolamento interno della Commissione di Certificazione presso la DPL di Forlì – Cesena [843] (con nota di F. PASQUINI).

Condotta antisindacale

- Concessione di aumenti retributivi per decisione unilaterale del datore di

- lavoro – Esclusione (Cass. 11 marzo 2005 n. 5343, con nota di M. QUARANTA) [773].
- Lavoro in cooperativa – Attività lavorativa dei soci compresa tra quelle previste dai patti sociali e diretta al perseguimento del fine dell'ente – Applicabilità dell'art. 28 Stat. lav. – Esclusione (Trib. Bergamo 8 ottobre 2004) [780].
 - Dipendenti dell'appaltatore/soci di una società cooperativa incaricata dell'esecuzione di un appalto – Diniego, da parte dell'appaltatore e del committente, di svolgere l'assemblea nei locali del committente – Esclusione (Trib. Bergamo 8 ottobre 2004) [780].
 - Licenziamento del dirigente sindacale in una procedura di riduzione del personale – Conseguente oggettivo indebolimento del sindacato – Sussistenza (Trib. Bergamo 11 dicembre 2004) [778].
 - Condotte datoriali non tipizzate e in astratto lecite – Intenzionalità della condotta – Irrilevanza – Obiettiva idoneità della condotta a ledere la libertà sindacale il diritto di sciopero – Rilevanza (Trib. Bergamo 11 dicembre 2004) [779].

Credito

- Accordo 13 dicembre 2003 in materia di agibilità sindacali tra ABI e Falcri, Fiba-Cisl, Fisac-Cgil, Uil-C.A. [849] (con nota di G. DURANTE).
- Protocollo sullo sviluppo sostenibile e compatibile del sistema bancario 16 giugno 2004 [849] (con nota di G. DURANTE).
- Accordo di rinnovo del Ccnl per i quadri direttivi e per il personale delle aree professionali dipendenti dalle imprese creditizie, finanziarie e strumentali 12 febbraio 2005 [850] – Accordo per il rinnovo Ccnl dei dirigenti bancari 19 aprile 2005 [850] – Accordo ABI e Organizzazioni sindacali 5 maggio 2005 [852] (con nota di G. DURANTE).

Germania

- Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit, *100 Tage Hartz IV – Eine erste Bilanz* (con nota di S. SPATTINI) [918].

Infortunio sul lavoro

- *Omissis*. Infortunio *in itinere* – Interruzioni o deviazioni non dipendenti dal lavoro o non necessitate – Esclusione della tutela assicurativa – Ritenuta equiparazione tra breve sosta e interruzione – Asserita ingiustificata discriminazione tra lavoratori infortunati, lesione della garanzia previdenziale, violazione del criterio direttivo contenuto nella legge di delegazione – Presupposto interpretativo erroneo – Manifesta infondatezza della questione – *Omissis* (C. Cost. 11 gennaio 2005 ordinanza n. 1) [783].

Lavoro a progetto

- Accordo tra il Gruppo COS di Palermo e le Organizzazioni Sindacali di categoria 13 gennaio 2005 [853] – Accordo tra AGCI, Confcooperative e Lega delle Cooperative per la regolamentazione del lavoro a progetto nelle cooperative sociali della Regione Campania 9 febbraio 2005 [853] (con nota di A.M. MONTRONE).

Lavoro subordinato

- Indici di sussistenza – Attività lavorativa organizzata, diretta e retribuita dall'appaltatore – Preselezione del lavoratore da parte del committente – Irrilevanza (Trib. Bergamo 26 aprile 2004) [783].

Libera circolazione delle persone

- Art. 48 del Trattato CE (divenuto in seguito a modifica art. 39 CE) – Libera circolazione dei lavoratori – Dipendente pubblico tirocinante – Tirocinio completato in un altro Stato membro – Rimborso delle spese di viaggio limitato al percorso compiuto dentro il territorio nazionale (C. Giust. 17 marzo 2005 in causa C-109/04, Karl Robert Kranemann c. Land Nordrhein-Westfalen, con nota di F. FUCITO) [889].

Licenziamento

- Giusta causa – Valutazione del giudice di merito – Sindacato di legittimità – Limiti (Cass. 1° dicembre 2004 n. 22532, con nota di F. NEBOLI) [796].
- Giusta causa – Insubordinazione – Ingiurie a superiori gerarchici – Sussistenza (Cass. 1° dicembre 2004 n. 22532, con nota di F. NEBOLI) [796].
- Licenziamento disciplinare – Procedimento – Richiesta da parte del lavoratore di un supplemento di difesa – Obbligo del datore di lavoro di dar seguito alla richiesta – Limiti (Cass. 13 gennaio 2005 n. 488, con nota di A. CROSTA) [792].
- Licenziamento del dirigente – Giusta causa – Giustificatezza – Differenza – (Cass. 17 gennaio 2005 n. 775, con nota di S. MONEGHINI) [789].
- Licenziamento del dirigente – Giustificatezza – Diritto all'indennità supplementare – Insussistenza (Cass. 17 gennaio 2005 n. 775, con nota di S. MONEGHINI) [789].
- Licenziamento del dirigente – Giustificatezza – Fatti a sostegno – Analisi complessiva dell'operato del lavoratore (Cass. 17 gennaio 2005 n. 775, con nota di S. MONEGHINI) [789].
- Intervenuta reintegrazione a seguito di provvedimento cautelare – Opzione per l'indennità sostitutiva *ex art. 18, comma 5, Stat. lav.* – Inammissibilità (Cass. 25 gennaio 2005 n. 1431, con nota di F. SANTINI) [785].

Mercato del lavoro

- Legge 14 maggio 2005, n. 80 [862] (con nota di G. PASQUALETTO).

- Deliberazione legislativa del Consiglio regionale delle Marche 19 gennaio 2005 [855] (con nota di G. FALASCA e con nota di G. PASQUALETTO).
- Protocollo di Intesa tra Ministero dell'istruzione dell'Università e della ricerca e Confindustria, 21 settembre 2004 [866] (con nota di G. TIRABOSCHI).
- Rapporto Cnel: *Osservazioni e proposte del 31 marzo 2005 – Educazione e Formazione* [866] (con nota di G. TIRABOSCHI).
- Protocollo d'intesa tra Confindustria, Confartigianato, Cna e Cgil, Cisl, Uil Marche: proposte per lo sviluppo e la competitività del sistema economico marchigiano, 18 marzo 2005 [860] (con nota di G. PASQUALETTO).
- Sentenza della Corte Costituzionale 28 gennaio 2005 n. 50 [855] (con nota di G. FALASCA).

Nuova Zelanda

- Employment Relations Amendment Act (No2)2004, Articoli 27 e 30 (con contributo di A. GEARE, F. EDGAR) [920].

Obbligo di fedeltà

- Obbligo di non concorrenza – Costituzione di società con oggetto sociale identico a quello dell'impresa datrice di lavoro – Potenzialità del danno – Violazione art. 2105 c.c. – Sussistenza (Cass. 1° febbraio 2005 n. 1878) [799].
- Obbligo di riservatezza – Produzione in giudizio di documenti aziendali – Violazione art. 2105 c.c. – Rilevanza delle modalità di impossessamento dei documenti aziendali (Cass. 7 dicembre 2004 n. 22923) [799].

Parità

- *Omissis*. Impiego pubblico – Commissioni di concorso per l'accesso alle pubbliche amministrazioni – Riserva alle donne, al fine di garantire pari opportunità, di almeno un terzo dei posti di componente – Asserita violazione del principio di uguaglianza per l'irrazionale trattamento di privilegio delle donne e lesione del principio di parità nell'accesso ai pubblici impieghi – Mancata considerazione della intervenuta modifica dell'art. 51 Cost. – Conseguente carenza argomentativa dell'ordinanza di rimessione sulla non manifesta infondatezza – Manifesta inammissibilità della questione (C. Cost. 27 gennaio 2005 ordinanza n. 39, con nota di O. POLLICINO) [802].
- Direttiva n. 76/207/CEE – Parità di trattamento tra uomini e donne – Esclusione dall'impiego di donne in lavori sotterranei di carattere minerario – Convenzione OIL 21 giugno 1935, n. 45 – Discriminazione basata sul sesso – Possibilità di denunciare tale discriminazione – Rispetto del termine di cui all'art. 7, n. 2, della Convenzione e art. 307 Trattato dell'Unione Europea (oggi art. III-435 del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa) – Esclusione dall'impiego di donne in lavori in atmosfera iperbarica e nei lavori in immersione – Illegittimità (C. Giust. 1° febbraio 2005 in causa C-203/03, Commissione c. Repubblica d'Austria, con nota di F. FOCCILLO) [891].

Politica sociale

- Trattato Costituzionale 29 ottobre 2004 (con osservazioni di M. TIRABOSCHI) [893].

Previdenza

- Decreto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali del 17 gennaio 2005 [868] (con nota di N. PORELLI).
- Circolare Inps 8 febbraio 2005, n. 22 [871] (con nota di M. VIRGILI) – Circolare Inps 23 febbraio 2005, n. 34 [869] – Circolare Inail 12 aprile 2005, n. 18 [870] (con nota di N. PORELLI).
- Previdenza sociale dei lavoratori migranti – Regolamento (CEE) n. 1408/1971 – Prestazioni di vecchiaia – Assegno per le vacanze concesso al beneficiario di una pensione di anzianità – Lavoratore frontaliero disoccupato avente diritto ad un regime pensionistico (C. Giust. 20 gennaio 2005 in causa C-101/04, Noteboom, con nota di F. FUCITO) [895].
- Previdenza sociale dei lavoratori migranti – Artt. 12 CE, 39 CE e 42 CE – Artt. 45 e 48, n. 1, del regolamento (CEE) n. 1408/1971 – Vecchiaia e morte – Disoccupazione – Periodi minimi di assicurazione – Periodi di assicurazione presi in considerazione ai fini del calcolo dell'ammontare delle prestazioni, ma non del riconoscimento del diritto a tali prestazioni – Periodi di disoccupazione – Cumulo (C. Giust. 20 gennaio 2005 in causa C-306/03, Salgado Alonso, con nota di F. FUCITO) [897].
- Lavoratori socialmente utili – Controversia sul trattamento economico – Giurisdizione del giudice ordinario – Sussistenza (Cass., sez. un., 26 novembre 2004 n. 22276) [819].
- Contribuzione obbligatoria – Omesso versamento alla Cassa Edile delle somme trattenute dal datore di lavoro sulla retribuzione del dipendente – Reato di appropriazione indebita – Esclusione – Illecito amministrativo *ex* artt. 1 e 8 della l. 14 luglio 1959, n. 741, e art. 13 del d.lgs. 19 dicembre 1994, n. 758 – Sussistenza (Cass. pen., sez. un., 19 gennaio 2005 n. 1327, con nota di P. PENNESI) [816].
- Pensioni – Misura delle prestazioni – Lavoro pubblico – Diritto alla perequazione al trattamento retributivo del personale di pari qualifica in attività di servizio – Sussistenza (C. Conti 26 gennaio 2005 n. 70, con nota di G. CAZZOLA) [810].
- Pensione di invalidità – Ciechi civili – Integrazione al trattamento minimo – Situazione reddituale – Rilevanza (Cass., sez. un., 24 febbraio 2005 n. 3814, con nota di G. GIGLIO) [808].

Pubblico impiego

- Concorso – Valutazione dell'anzianità di servizio – Principio di salvaguardia delle posizioni di lavoro per i cittadini chiamati alla leva – Equiparazione del periodo di leva al periodo di servizio in impieghi civili presso enti pubblici (Trib. Bolzano 26 novembre 2004) [820].

Regioni (competenza delle)

- *Omissis*. Ricorsi della Regione Emilia-Romagna – Inerenza della normativa statale impugnata ad una materia devoluta alla competenza legislativa residuale delle Regioni – Illegittimità costituzionale – Legge 27 dicembre 2002, n. 289, art. 47, comma 1 – Costituzione, art. 117, quarto comma, e 119. Formazione professionale – Norme della legge finanziaria 2003 – Finanziamenti statali per la formazione nell'apprendistato – Ricorsi della Regione Emilia-Romagna – Potere del Ministro del lavoro di definire criteri e modalità di destinazione – Denunciata violazione della potestà legislativa, finanziaria e amministrativa delle Regioni – In subordine: invocata necessità che i poteri statali siano esercitati previa intesa con la Conferenza Stato-Regioni (nel rispetto del principio di leale collaborazione) – Non fondatezza della questione – Legge 27 dicembre 2002, n. 289, art. 47, comma 2 – Costituzione, art. 117, 118 e 119. Formazione professionale – Norme della legge finanziaria 2003 – Fondi interprofessionali per la formazione continua – Istituzione e gestione a livello nazionale – Ricorsi della Regione Emilia-Romagna – Incidenza della disciplina impugnata con materie di competenza esclusiva statale, nonché residuale e concorrente delle Regioni – Mancata previsione di strumenti idonei a garantire una leale collaborazione tra Stato e Regioni – Illegittimità costituzionale *in parte qua* – Legge 27 dicembre 2002, n. 289, art. 48 (modificativo dell'art. 118 della legge 23 dicembre 2000, n. 388) – Costituzione, art. 117 e 118 (C. Cost. 28 gennaio 2005 sentenza n. 51, con nota di S. SCAGLIARINI) [821].

Riforma Biagi

- Legge 14 maggio 2005, n. 80 [874] (con nota di P. RAUSEI).
- Decreto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali 23 ottobre 2004 [876] – Decreto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali di concerto con il Ministero dell'economia e delle finanze 22 ottobre 2004 [878] – Decreto legge 14 marzo 2005, n. 35 (con nota di P. RAUSEI) [874].
- Piano d'azione per lo sviluppo economico sociale e territoriale [874] (con nota di P. RAUSEI).
- Circolare del Ministero del lavoro e delle politiche sociali 14 ottobre 2004, n. 40 [879] – Circolare del Ministero del lavoro e delle politiche sociali 22 ottobre 2004, n. 41 [875] – Circolare del Ministero del lavoro e delle politiche sociali 2 febbraio 2005, n. 4 [876] (con nota di P. RAUSEI).
- Delibera Giunta Regione Marche 23 maggio 2005, n. 631 [880] – Ccn Terziario 2 luglio 2004 [879] (con nota di P. RAUSEI).
- Protocollo d'Intesa Regione Puglia tra Agenzie per il lavoro autorizzate alla somministrazione di lavoro e Enti locali 2 febbraio 2005 [875] – Protocollo d'Intesa Regione Abruzzo tra Agenzie per il lavoro autorizzate alla somministrazione di lavoro e Enti locali 3 febbraio 2005 [875] (con nota di P. RAUSEI).
- Interpello del 12 aprile 2005 in materia di apprendistato [879] (con nota di P. RAUSEI).

- Sentenza della Corte Costituzionale 28 gennaio 2005 n. 50 [876] (con nota di P. RAUSEI).

Salute e sicurezza

- Schema di decreto legislativo approvato dal Consiglio dei Ministri il 18 novembre 2004 [882] (con nota di L. FANTINI).
- Parere definitivo sullo schema del testo unico del Consiglio di Stato 7 aprile 2005 [882] (con nota di L. FANTINI).
- Sentenza della Corte Costituzionale 28 gennaio 2005 n. 50 [882] (con nota di L. FANTINI).

Stati Uniti

- *Smith et al. v. City Of Jackson, Mississippi, et al.*, n. 03-1160. Discussa il 3 novembre 2004, decisa il 30 marzo 2005 (con nota di W. BROMWICH) [930].

Strategia di Lisbona

- P6-TA-PROV(2005)0069 (B6-0186/2005) – Risoluzione del Parlamento Europeo sulla revisione a medio termine della Strategia di Lisbona, 9 marzo 2005 (con nota di L. BONACORSI) [911].
- SEC(2005)385 – Il costo economico « non Lisbona ». Rassegna della letteratura sull'impatto economico delle riforme relative a Lisbona, 15 marzo 2005 (con nota di O. RYMCHEVITCH) [907].
- SEC(2005)419 – *Commission staff working paper progress towards the Lisbon objectives in education and training, 2005 Report*, 22 marzo 2005 (con nota di G. TIRABOSCHI) [901].
- COM(2005)152 final – Mobilitare gli intelletti europei: creare le condizioni affinché le università contribuiscano pienamente alla strategia di Lisbona, 20 aprile 2005 (con nota di M. TIRABOSCHI) [899].

Trasferimento d'azienda

- Successione in appalto di servizi – Carenza di rapporti contrattuali diretti tra cedente e cessionario – Sussistenza (Cass. 13 gennaio 2005 n. 493, con nota di L. VALENTE) [828].

Questioni attuali in tema di licenziamenti

**La giustificazione causale del licenziamento per motivi oggettivi
nella giurisprudenza di legittimità**

Luca Calcaterra

Sommario: **1.** Premessa. Il significato delle causali nell'articolo 3 della legge n. 604 del 1966 e la distinzione tra giustificato motivo soggettivo e oggettivo. – **2.** Il licenziamento giustificato da fattispecie inerenti la persona del prestatore oggettivamente considerate. – **3.** Il licenziamento giustificato da fattispecie connesse ad esigenze organizzative del datore di lavoro. – **4.** I limiti del sindacato giudiziale sulle esigenze organizzative del datore di lavoro. – **5.** I rapporti tra licenziamento per giustificato motivo oggettivo e licenziamenti collettivi: la persistente non unitarietà della figura del licenziamento dettato da esigenze organizzative del datore. – **6.** Il licenziamento come *extrema ratio*: gli incerti confini del c.d. obbligo di *repêchage*. – **7.** Cenni conclusivi.

1. « Ogni disciplina vincolistica incontra un limite di tollerabilità che è costituito dalla necessità di lasciare all'operatore un ragionevole margine di utile, affinché egli possa trovare, nell'esercizio dell'attività economica, la convenienza ad iniziare e proseguire il suo lavoro » ⁽¹⁾.

Se è indubbiamente a tutta la disciplina della cessazione del rapporto di lavoro che può essere riferito l'insegnamento della Consulta, la materia dei licenziamenti determinati da ragioni oggettive (per tali intendendosi tutte quelle in tale guisa considerate, anche se concernenti la persona del lavoratore) costituisce terreno di elezione per verificare sul campo la persistente vitalità di questo principio di *self restraint* che dovrebbe guidare l'operatore del diritto. Ciò, in primo luogo, perché parte consistente di quelle ragioni oggettive trova fondamento in decisioni economico-organizzative del datore di lavoro ed è dunque di immediata evidenza il contrasto tra l'esigenza di tutela degli interessi del lavoratore e la necessità di lasciare margini di utile all'operatore economico nell'esercizio della sua attività. Ma, soprattutto, perché in ogni caso la ragione obiettiva che giustifica il licenziamento è il risultato di un raffronto tra la situazione del lavoratore e l'organizzazione produttiva del datore di lavoro.

(*) Luca Calcaterra è ricercatore di Diritto del lavoro presso l'Università degli Studi di Napoli « Suor Orsola Benincasa ». I contributi di Luca Calcaterra e Valeria Nuzzo qui pubblicati, si inseriscono nel Programma di ricerca scientifica di rilevante interesse nazionale 2002-2004 su L'apporto della Corte di Cassazione italiana alla trasformazione del diritto del lavoro, coordinato dal prof. Bruno Caruso dell'Università degli Studi di Catania.

⁽¹⁾ C. Cost. 27 giugno 1975 n. 200, in *GCost*, 1975, 485 ss., che ritrovo in C. OGRISEG, *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento: prospettive interdisciplinari*, in *DRI*, 2003, 485 ss. (la sentenza aveva ad oggetto la disciplina, penalmente sanzionata, dei prezzi dei beni di largo consumo).

L'opzione del legislatore per una regolamentazione « elastica » della causali giustificative del licenziamento, ancorché abbia favorito letture ideologizzanti ⁽²⁾, appare del resto obbligata sol che si pensi alla necessità di tarare caso per caso questo bilanciamento di interessi in ragione di una equilibrata soluzione del conflitto, che non può prescindere dalla considerazione delle circostanze specifiche dalle quali scaturisce la scelta datoriale.

Questa opzione si è tradotta nell'adozione, da parte del legislatore del 1966, di una formula piuttosto articolata, in virtù della quale il giustificato motivo oggettivo è costituito da « ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa ». Il dettato normativo, che accomuna in un'unica formula più concetti giuridici indeterminati, ha generato una certa confusione degli interpreti, costretti a riconoscere che la pluralità di concetti mette in luce l'esigenza di distinguere le diverse ipotesi generali. In altri termini, l'ancoraggio della causale oggettiva ai tre poli rappresentati dalle ragioni inerenti (1) all'attività produttiva, (2) all'organizzazione del lavoro e (3) al regolare funzionamento di tale organizzazione, non definendo in alcun modo i confini tra di essi, impone una rigorosa giustificazione di letture unificanti o, al contrario, una determinazione dei confini medesimi ⁽³⁾. Prova di simili difficoltà si rinviene in formule giurisprudenziali il cui reale contributo chiarificatore resta assai dubbio. Così, ad esempio, si afferma che « l'ampia ed articolata previsione dell'articolo 3 della legge n. 604 del 1966 si presta a prendere in considerazione tutti i fatti inerenti all'attività produttiva, che deve realizzarsi secondo criteri di ragionevolezza economica; all'organizzazione del lavoro, che deve adeguarsi all'obiettivo del proficuo impiego delle risorse umane; al funzionamento delle strutture operative, che deve attuarsi con i crismi della regolarità » ⁽⁴⁾. Formula nella quale resta inevaso il problema di definizione dei confini tra i tre gruppi di causali e, di conseguenza, quello della rilevanza di tale distinzione in termini di effetti.

In un panorama giurisprudenziale ancora magmatico, sembrano prevalere tre orientamenti. Alcune pronunce ⁽⁵⁾, nel richiamare pedissequamente la formula normativa, evitano di prendere posizione, probabilmente considerando poco

⁽²⁾ Cfr. S. BRUN, *Giustificato motivo oggettivo di licenziamento e sindacato giudiziale*, in *QDLRI*, 2002, n. 26, 131 ss.

⁽³⁾ Va in proposito sottolineato come non sia corretto parlare, con riguardo alle formule contenute nell'art. 3 della l. n. 604/1966 di clausole generali, nozione che poteva invece essere ben utilizzata con riferimento agli accordi interconfederali, che si limitavano a richiedere che il licenziamento fosse sorretto da giusti motivi; come nota parte della dottrina, M. NAPOLI, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, F. Angeli, Milano, 1980, 238, da cui si cita: « se l'art. 3 contenesse una clausola generale, sarebbe perfettamente inutile, dato che la regola della sussistenza del giustificato motivo è già sancita nell'art. 1 della l. n. 604. La novità più significativa della legge sta nella definizione del giustificato motivo (...). L'interprete, in conseguenza, non può precludersi il compito di individuare in astratto il significato normativo racchiuso nella formula legislativa, cosa per definizione impossibile in presenza di una clausola generale ». Ciò aiuta a comprendere, probabilmente, la ragione degli sforzi, non molto fruttuosi in verità, della giurisprudenza cui si fa cenno nel testo.

⁽⁴⁾ Cit. da Cass. 14 dicembre 1998 n. 7904, in *NGL*, 1998, 731.

⁽⁵⁾ V. ad es. Cass. 5 aprile 1990 n. 2824, in *RGL*, 1991, II, 306, con nota di A. FRASCA.

proficua la distinzione interna alla causale oggettiva, dal momento che l'articolo 3 non riconnette all'appartenenza del fatto concreto all'uno piuttosto che all'altro dei tre sottogruppi effetti normativi differenti. In altri casi la Suprema Corte fa riferimento generico a ragioni concernenti l'attività produttiva, utilizzando questa formula non come propria di un sottotipo, ma in senso onnicomprensivo ⁽⁶⁾. Un terzo approccio esegetico, diffuso in dottrina e in giurisprudenza, accomuna le prime due causali (ragioni inerenti all'attività produttiva e all'organizzazione del lavoro) distinguendole dalle ragioni inerenti al regolare funzionamento dell'organizzazione del lavoro ⁽⁷⁾. Questa bipartizione appare funzionale anche alla distinzione tra giustificato motivo oggettivo e soggettivo: mentre le prime due ipotesi (ragioni inerenti all'attività produttiva ed all'organizzazione del lavoro) sono legate ad una scelta organizzativa, che, per legittimare il licenziamento, deve implicare la soppressione del posto di lavoro, la terza (ragioni inerenti al regolare funzionamento dell'organizzazione del lavoro) risulta in genere riferita a fatti relativi alla persona del lavoratore, « ma che non costituiscono una forma di inadempimento » ⁽⁸⁾ come i fatti riconducibili alla nozione di giustificato motivo soggettivo di cui alla prima parte dell'articolo 3. Si tratta di vicende attinenti alla persona del prestatore che, pur costituendo una forma di inadempimento, talora anche imputabile, non sono assunte nella considerazione della fattispecie come tali, rilevando piuttosto l'oggettiva impossibilità di adempimento dell'obbligazione lavorativa da tali fatti generata in capo al lavoratore (si pensi ad esempio all'autista cui sia ritirato il permesso di guida a causa di comportamenti contrari al codice della strada tenuti al di fuori dell'orario di lavoro) ⁽⁹⁾. In questa terza ipotesi il licenziamento non solo non presuppone una necessaria modifica dell'organigramma aziendale, che anzi rimane invariato anche a seguito del licenziamento, ma si giustifica proprio in virtù della indispensabilità della prestazione prima assicurata dal lavoratore impossibilitato ⁽¹⁰⁾.

La Suprema Corte, a Sezioni Unite, ha poi chiarito che questo gruppo di ipotesi relative alla persona del lavoratore non va riferito alle ragioni attinenti al « regolare funzionamento » dell'organizzazione di lavoro, bensì alla prima parte dell'articolo 3: parlando genericamente di « notevole inadempimento degli obblighi contrattuali del prestatore » la norma allude tanto alle ipotesi di inadempimento imputabile, che costituiscono giustificato motivo soggettivo, quanto a quelle di inadempimento non imputabile, che sostanziano il giustifi-

⁽⁶⁾ In questo senso sembra, ad es., Cass. 14 dicembre 1998 n. 12554, in *NGL*, 1999, 103, e in *GC*, 1999, I, 386.

⁽⁷⁾ Su questa linea cfr. Cass. 14 dicembre 2002 n. 17928, in *Unico Lavoro*, *Il Sole 24 Ore*. Da questa banca dati sono tratte le sentenze citate nel prosieguo senza estremi di pubblicazione.

⁽⁸⁾ Cit. da Cass. 11 agosto 1998 n. 7904.

⁽⁹⁾ In questo senso pare orientata Cass. 22 luglio 1993 n. 8152, in *RCDL*, 1994, 359, e in *NGL*, 1994, 93.

⁽¹⁰⁾ Cfr. S. BRUN, *op. cit.*, 135.

cato motivo oggettivo ⁽¹¹⁾. Ma non sembra che questa impostazione abbia realmente condizionato la giurisprudenza successiva ⁽¹²⁾ e, del resto, come già si accennava, posta una rilevanza della distinzione tra fattispecie di giustificato motivo oggettivo inerenti la persona del lavoratore e fattispecie derivanti da esigenze organizzative dell'imprenditore, la riconduzione di un caso concreto all'una piuttosto che all'altra formula non produce conseguenze in termini di disciplina.

2. Lasciando da parte questioni definitorie di dubbia rilevanza, conviene analizzare separatamente le fattispecie inerenti la persona del prestatore ed i problemi specifici che esse pongono. Qui la difficoltà risiede indubbiamente nel ricostruire un quadro sinottico di un panorama (iper)frastagliato per varietà di fattispecie e molteplicità di orientamenti. Un tentativo di sistematizzazione può tuttavia essere condotto suddividendo la (alluvionale) giurisprudenza in materia in quattro tipologie di casi, legate a) alle assenze del lavoratore; b) allo scarso rendimento; c) all'inidoneità del lavoratore a svolgere le mansioni e d) all'impossibilità di esecuzione della prestazione dovuta a provvedimento dell'Autorità.

a) *Le assenze del lavoratore*: il problema di fondo, affrontato sotto vari aspetti dai giudici, è costituito dal rapporto tra l'articolo 2110, comma 2, c.c. e la disciplina dei licenziamenti individuali.

Da un primo punto di vista la giurisprudenza fa scaturire dalla norma codicistica un'autonoma ipotesi di recesso, alternativamente qualificata ipotesi di giustificato motivo oggettivo legislativamente tipizzata ⁽¹³⁾ oppure presunzione assoluta di pregiudizio all'interesse dell'impresa sufficiente a legittimare il recesso datoriale ⁽¹⁴⁾, senza che però dall'una o dall'altra ricostruzione siano fatte discendere conseguenze applicative di rilievo. In effetti non pare che questa giurisprudenza vada oltre il mero ossequio al dettato normativo, laddove questo sancisce che « Nei casi indicati nel comma precedente [infortunio, malattia, gravidanza o puerperio], l'imprenditore ha diritto di recedere dal contratto a norma dell'art. 2118, decorso il periodo stabilito dalla legge, dalle norme corporative, dagli usi o secondo equità ». E del resto è lo stesso legislatore a stabilire il raccordo con la disciplina dei licenziamenti.

Dove invece la giurisprudenza innova, fissando un principio di sicura importanza, è nella considerazione della causa che ha condotto al superamento del

⁽¹¹⁾ Cfr. Cass., sez. un., 7 agosto 1998 n. 7755, in *MGL*, 1998, 876, e in *NGL*, 1998, 459, nonché in *DL*, 1999, II, 258; v. poi anche Cass. 14 dicembre 1999 n. 14065, in *RCDL*, 2000, 359.

⁽¹²⁾ V. anzi ad es., tra le ultime, Cass. 19 aprile 2003 n. 6378, che si limita a rilevare che « il giustificato motivo oggettivo prescinde dall'inadempimento del lavoratore, essendo determinato da « ragioni inerenti all'attività produttiva, alla organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa ». Esso comporta il prevalere del diritto dell'imprenditore alla tutela della libertà della sua iniziativa economica privata, prevista dall'art. 41 primo comma Cost., sull'interesse del lavoratore alla prosecuzione del rapporto e, quindi, sulla conservazione del suo posto di lavoro ».

⁽¹³⁾ Cfr. ad es. Cass. 20 marzo 1992 n. 3517, in *OGI*, 1992, 350.

⁽¹⁴⁾ Cfr. Cass. 13 dicembre 1999 n. 13992, in *LG*, 2000, 635.

periodo di comporto. È maggioritario l'orientamento secondo il quale il superamento del suddetto periodo non giustifica il licenziamento se l'infermità del lavoratore sia imputabile a responsabilità del datore, che abbia omesso di prevenire o di eliminare la nocività delle mansioni assegnate o dell'ambiente di lavoro, in violazione dell'obbligo di sicurezza di cui all'articolo 2087 c.c. ⁽¹⁵⁾. Sebbene incomba sul lavoratore l'onere di provare il carattere morbigeno delle mansioni ed il collegamento causale tra questo e la malattia (prova spesso tutt'altro che facile), l'orientamento testimonia la propensione alla tutela del soggetto debole del rapporto di lavoro.

Da altro punto di vista, sempre sulla rilevanza del periodo di comporto, va segnalato un orientamento secondo il quale è possibile un licenziamento per malattia o infortunio che abbiano comportato l'inidoneità fisica del lavoratore anche a prescindere dal superamento del periodo di comporto, in quanto detta ipotesi costituirebbe un caso autonomo di giustificato motivo di licenziamento ⁽¹⁶⁾. In altri termini, ove la malattia o l'infortunio si traducano in inidoneità del lavoratore (che ad esempio resti fisicamente menomato e perciò incapace di svolgere le mansioni assegnate), la fattispecie viene assimilata all'inidoneità *tout court* e perde rilievo la disciplina delle assenze dal lavoro di cui all'articolo 2110 c.c.

Lo stesso discorso deve ripetersi per quell'orientamento, piuttosto risalente, relativo al succedersi di episodi morbosi di breve durata, secondo il quale il licenziamento per eccessiva morbilità va considerato come licenziamento per giustificato motivo oggettivo, essendo quindi possibile che il datore si « liberi » del proprio dipendente anche prima del superamento del periodo di comporto, fornendo la prova del pregiudizio organizzativo ⁽¹⁷⁾.

Queste letture si scontrano con l'indirizzo interpretativo ⁽¹⁸⁾, a suo tempo avallato dalle Sezioni Unite ⁽¹⁹⁾ e poi divenuto maggioritario, che valorizza il comporto come punto di riferimento generale in materia, restando irrilevante la possibilità di riscontrare anche prima del suo superamento gli estremi di un giustificato motivo oggettivo di licenziamento.

⁽¹⁵⁾ Tra le ultime, cfr. Cass. 7 aprile 2003 n. 5413: « Il superamento del periodo di comporto non giustifica il recesso del datore di lavoro ove l'infermità sia imputabile a responsabilità dello stesso datore di lavoro — in dipendenza della nocività delle mansioni o dell'ambiente di lavoro, che abbia omesso di prevenire o eliminare, in violazione dell'obbligo di sicurezza (art. 2087 c.c.) o di specifiche norme — incumbendo, peraltro, sul lavoratore l'onere di provare il collegamento causale fra la malattia ed il carattere morbigeno dalle mansioni espletate ». La stessa pronuncia richiama altra giurisprudenza conforme: v. Cass. 20 aprile 1998 n. 4012; Cass. 17 giugno 1997 n. 5416; Cass. 27 agosto 1993 n. 9067. Da ultimo cfr. Cass. 9 giugno 2004 n. 7730.

⁽¹⁶⁾ Cass. 27 giugno 2003 n. 10272: « La sopravvenuta inidoneità fisica del lavoratore a causa di malattia, anche se non è stato superato il periodo di comporto, giustifica la risoluzione del rapporto di lavoro, in quanto costituisce un caso di giustificato motivo oggettivo di licenziamento ».

⁽¹⁷⁾ Cfr. Cass. 29 dicembre 1977 n. 5752, in *FI*, 1978, I, c. 2377; Cass. 28 agosto 1979 n. 4707, in *FI*, 1980, I, c. 729; Cass. 9 febbraio 1980 n. 897, in *OGL*, 1980, 440.

⁽¹⁸⁾ Cass. 10 novembre 1978 n. 5165, in *FI*, 1978, I, c. 2377.

⁽¹⁹⁾ Cass., sez. un., 29 marzo 1980 n. 2072, in *FI*, 1980, I, 936; Cass., sez. un., 29 marzo 1980 n. 2073, in *GC*, 1980, I, 1526; Cass., sez. un., 29 marzo 1980 n. 2074, in *MGL*, 1980, 211 e 419.

Le Sezioni Unite ebbero modo di chiarire che il problema dell'eccessiva morbilità non può essere risolto in termini di giustificato motivo oggettivo, come ipotizzato da una parte della giurisprudenza pregressa, ma deve trovare soluzione nell'ambito dell'articolo 2110 c.c., norma speciale rispetto al regime comune dell'atto di recesso ed alla disciplina della impossibilità sopravvenuta. In quest'ottica, all'articolo 2110 è riconducibile anche la malattia « frazionata », vale a dire il succedersi di brevi episodi morbosi: la norma contiene d'altronde un rinvio alla contrattazione collettiva, che talvolta annovera clausole di sommatoria determinanti il comportamento nei casi di malattie plurime e, in tali ipotesi, il giudice è tenuto ad applicare la disposizione contrattuale senza possibilità di discostarsene ⁽²⁰⁾; il problema si pone viceversa nel caso in cui la contrattazione preveda esclusivamente il comportamento secco: questo tipo di clausola lascia, anche secondo le Sezioni Unite, un vuoto, che va colmato con il ricorso all'equità ⁽²¹⁾, generalmente intesa come integrativa ⁽²²⁾.

Nel complesso i richiamati indirizzi interpretativi sembrano ormai consolidati nella giurisprudenza di legittimità. Così, ad esempio, si esprime la Suprema Corte in una recente pronuncia: « La fattispecie del recesso del datore di lavoro — per l'ipotesi di assenze determinate da malattia del lavoratore, tanto nel caso di una sola affezione continuata quanto in quello del succedersi di diversi episodi morbosi (c.d. eccessiva morbilità) — è soggetta a norme speciali (v. articolo 2110 c.c.), che prevalgono sia sulla disciplina generale della risoluzione del contratto per sopravvenuta impossibilità parziale della prestazione lavorativa (articolo 1256, comma 2, e 1464 c.c.), sia sulla disciplina limitativa dei licenziamenti individuali (leggi n. 604 del 1966 e n. 300 del 1970 e successive modifiche). In dipendenza della prospettata specialità, il datore di lavoro non può unilateralmente recedere prima del superamento del c.d. periodo comporto — predeterminato dalla legge, dalla disciplina collettiva o dagli usi oppure, nel difetto di tali fonti, determinato dal giudice in via equitativa. Inoltre, il superamento di quel limite è condizione sufficiente di legittimità del recesso — nel senso che non è all'uopo necessaria la prova del giustificato motivo oggettivo, né della sopravvenuta impossibilità della prestazione lavorativa, né della correlata impossibilità di adibire il lavoratore a mansioni diverse — senza che ne risultino violati disposizioni o principi costituzionali » ⁽²³⁾.

b) *Lo scarso rendimento*: fattispecie che si posiziona a metà strada tra l'assenza ed il difetto di capacità del lavoratore, lo scarso rendimento non compare di

⁽²⁰⁾ Cfr. Cass. 15 novembre 1986 n. 6765, in *RFI*, 1986, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 2330; Cass. 12 aprile 1985 n. 2432, in *FI*, 1982, I, c. 2619; *contra*: Cass. 6 settembre 1982 n. 4830, in *FI*, 1982, I, c. 2818, secondo la quale il contratto collettivo è solo un parametro tradizionale di composizione dei conflitti.

⁽²¹⁾ Cfr. Cass. 20 agosto 1996 n. 7660, in *RFI*, 1996, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1537.

⁽²²⁾ Cfr. ad es. Cass. 14 ottobre 1993 n. 10131, in *RIDL*, 1994, II, 721, con nota di R. DEL PUNTA.

⁽²³⁾ Cit. da Cass. 7 aprile 2003 n. 5413. Nello stesso senso v. anche Cass. 9 giugno 2004 n. 7730, cit.

frequente quale ragione giustificativa del licenziamento per motivo obiettivo⁽²⁴⁾.

La fattispecie va qualificata caso per caso: lo scarso rendimento costituisce giustificato motivo soggettivo quando imputabile a negligenza del lavoratore nell'espletamento delle proprie mansioni⁽²⁵⁾, mentre configura giustificato motivo oggettivo laddove sia ricollegabile ad una situazione personale che, anche se derivante da comportamenti del lavoratore, non si identifica con un difetto di diligenza nell'esecuzione della prestazione. In quest'ultima ipotesi si tende a parlare di sopravvenuta impossibilità fisica e/o psichica a svolgere le mansioni di assunzione, accomunandosi così il caso del difetto assoluto e quello del difetto parziale di tale capacità⁽²⁶⁾. La Suprema Corte si ritiene comunque vincolata alla qualificazione operata dalle parti nei precedenti gradi di giudizio, giungendo talora ad un singolare *mix* di disciplina a cavallo tra le due forme di giustificazione causale, soggettiva ed oggettiva, del licenziamento⁽²⁷⁾. *Mix* particolarmente evidente se si presta attenzione al c.d. obbligo di *repêchage*: indipendentemente dalla qualificazione della fattispecie in termini soggettivi o oggettivi, l'obbligo sembra correlato « più o meno consapevolmente, a un giudizio di meritevolezza del prestatore, il quale: a) o è del tutto incolpevole (...); oppure è colpevole, ma in forma in qualche modo scusabile e, in ogni caso, risulta collaborativo, disciplinato, coscienzioso (come può accadere per il difetto di perizia e capacità professionali) »⁽²⁸⁾. In dottrina⁽²⁹⁾ si rileva come, in linea generale, nella valutazione dello scarso rendimento sia in concreto

⁽²⁴⁾ Cfr. R. DEL PUNTA, *Disciplina del licenziamento e modelli organizzativi delle imprese*, in *DLRI*, 1998, 713.

⁽²⁵⁾ Cfr. Cass. 23 febbraio 1996 n. 1421, in *NGL*, 1996, 405; Cass. 15 aprile 1997 n. 3210; *contra* Cass. 22 novembre 1996 n. 10286, queste ultime due citate da R. DEL PUNTA, *op. loc. cit.*, alla nota che precede.

⁽²⁶⁾ Cfr. Cass. 13 marzo 1996 n. 2067, in *DL*, 1996, II, 453; Cass. 23 agosto 1997 n. 7908, in *MGL*, 1997, 871; Cass., sez. un., 7 agosto 1998 n. 7755; tra le ultime, v. Cass. 14 dicembre 1999 n. 14065, per la quale l'impossibilità fisica ad adempiere deriva dalla cronicità delle malattie che dimostra l'inettitudine della lavoratrice a rendere possibile anche per il futuro un normale rendimento. Cass. 5 marzo 2003 n. 3250, in *RGL*, 2003, 509, con nota di A. FEDERICI, e in *RIDL*, 2003, II, 689, con nota di P. ICHINO, in una ipotesi di scarso rendimento dovuto ad inidoneità fisica parziale precisa che la fattispecie può costituire giustificato motivo oggettivo solo quando « cagioni la perdita totale dell'interesse del datore di lavoro alla prosecuzione del rapporto ».

⁽²⁷⁾ Cfr. Cass. 9 settembre 2003 n. 13194, in *RIDL*, 2004, II, 368, con nota di L. NANNIPIERI, che sembra, in un caso di imperizia del lavoratore rispetto all'uso di nuovi strumenti produttivi (nel caso, un rimorchiatore di nuova generazione) qualificata dalle parti come giustificato motivo soggettivo, finire, attraverso l'affermata necessità di tenere conto della incidenza in concreto sull'organizzazione del lavoro della fattispecie di inadempimento, per imporre la valutazione della persistente utilizzabilità della prestazione del lavoratore, « posto che l'inadeguatezza della prestazione lavorativa può (...) essere imputabile alla stessa organizzazione dell'impresa anche per l'impropria utilizzazione delle forze lavorative ».

⁽²⁸⁾ Cit. da L. NANNIPIERI, *Imperizia, scarso rendimento, oneri di prova e di repêchage a carico del datore di lavoro*, nota a Cass. 9 settembre 2003 n. 13194, cit., 374.

⁽²⁹⁾ Cfr. P. ICHINO, *Sulla nozione di giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, in *RIDL*, 2002, I, 473 ss., e *Id.*, *Sullo scarso rendimento come fattispecie anfibia, suscettibile di costituire al tempo stesso giustificato motivo soggettivo e oggettivo di licenziamento*, nota a Cass. 5 marzo 2003 n. 3250, in *RIDL*, 2003, II, 694.

decisiva la esistenza e la misura della colpa: ove questa sia assente, il *deficit* produttivo richiesto dal giudice a giustificazione del recesso è in genere assai maggiore rispetto ad una parallela ipotesi di colpevolezza.

Orientamento meritevole di particolare attenzione è, infine, quello che considera causa legittima di risoluzione del rapporto lo scarso rendimento conseguente al susseguirsi di brevi malattie ⁽³⁰⁾. Qui la problematica dello scarso rendimento interseca quella della rilevanza del superamento del periodo di comperto perché le assenze possano costituire giustificato motivo oggettivo: le pronunce in parola sembrano contrarie alla posizione, sopra brevemente illustrata, che ritiene imprescindibile il superamento del predetto periodo per giustificare il licenziamento.

c) *L'inidoneità del lavoratore*: una interpretazione risolutiva della problematica concernente i rapporti tra disciplina dei licenziamenti e articolo 2110 c.c. viene dalla disamina della giurisprudenza in materia di inidoneità del lavoratore a svolgere le mansioni di assunzione.

Va in via preliminare precisato che l'inidoneità dovuta a mancanza di capacità o della preparazione necessaria « comporta un inadempimento che, pur non riconducibile ad un comportamento negligente ed anche, eventualmente, verificatosi nonostante la massima diligenza, non supportata peraltro dalle necessarie capacità, ben giustifica il recesso dal rapporto di lavoro » ⁽³¹⁾. Anche qui, come già si è avuto modo di constatare con riguardo allo scarso rendimento, ci si trova di fronte ad una fattispecie inquadrabile nel giustificato motivo soggettivo od oggettivo, a seconda che sia imputabile al lavoratore o, al contrario, assunta nella sua oggettività. In ogni caso, l'inidoneità giustificativa del licenziamento è anche quella che renda solo parzialmente impossibile la prestazione, ma deve trattarsi di inidoneità permanente o di durata indeterminabile ⁽³²⁾ e, comunque, non di mera difficoltà nell'adempimento: « La mera difficoltà nell'espletamento delle mansioni inerenti alla qualifica a causa di impedimenti fisici, che sia superabile mediante l'adozione di diverse modalità di esecuzione del lavoro, compatibili con l'organizzazione aziendale, cui il datore di lavoro è tenuto nell'ambito del suo dovere di cooperazione, anche a norma dell'art. 2087 c.c., non concreta giustificato motivo di recesso » ⁽³³⁾. Laddove il tratto distintivo della mera difficoltà rispetto all'inidoneità risiede nella possibilità per il datore di superarla tramite adattamenti esecutivi com-

⁽³⁰⁾ Cfr. Cass. 22 novembre 1996 n. 10286, in *RIDL*, 1997, II, 324, e, da ultimo, Cass. 10 novembre 2000 n. 14605, in *LG*, 2001, 377.

⁽³¹⁾ Cit. da Cass. 20 novembre 2000 n. 14964, in *NGL*, 2001, 207.

⁽³²⁾ Cfr. Cass. 17 giugno 1997 n. 5416, in *NGL*, 1997, 501.

⁽³³⁾ Cit. da Cass. 3 marzo 2003 n. 3250, che, peraltro, riferisce il concetto anche allo scarso rendimento: « In relazione al cosiddetto scarso rendimento (sopravvenuto a causa di impedimenti fisici), qualora si intenda attribuire ad esso rilevanza ai fini di un licenziamento per giustificato motivo oggettivo, è necessario che esso cagioni la perdita totale dell'interesse del datore di lavoro alla prestazione. A tal fine occorre accertare se il datore di lavoro, obbligato non solo al pagamento della retribuzione ma anche a predisporre i mezzi per l'espletamento dell'attività lavorativa, si sia o meno attivato per prevenire o rimuovere situazioni ostative allo svolgimento della prestazione lavorativa ».

patibili con la propria organizzazione produttiva. La legittimità del licenziamento è dunque correlata alla misura della lesione dell'interesse datoriale a ricevere la prestazione lavorativa e tale misura è fornita dalla possibilità o meno di ricondurre la situazione all'equilibrio contrattuale valorizzando il dovere di cooperazione del datore di lavoro.

Così individuato il significato da attribuire all'inidoneità, fisica o psichica, la Suprema Corte tende a preservarne l'autonomia di confini e di disciplina nei confronti delle altre fattispecie di giustificato motivo oggettivo concernenti la persona del lavoratore. Dal carattere permanente o almeno di durata non determinabile della inidoneità si fa discendere normalmente l'irrelevanza, ai fini della giustificatezza del licenziamento, del superamento del periodo di comportamento⁽³⁴⁾. In proposito, cioè, si distingue la sopravvenuta inidoneità permanente dall'impedimento temporaneo del lavoratore per motivi di malattia: la temporaneità è dunque il presupposto applicativo fondamentale dell'articolo 2110 c.c. che, indicando un periodo di sospensione dell'attività lavorativa, presuppone appunto che la interruzione dell'attività possa avere termine con la regolare ripresa del rapporto di lavoro.

Questa ricostruzione è apprezzabile anche sotto il profilo sistematico, giacché chiarisce come la predetta norma acquisti rilievo solo nell'ambito di impedimenti temporanei, non di impedimenti definitivi all'esecuzione della prestazione, dovendo oltretutto reputarsi eccessivo il sacrificio imposto al datore di lavoro di mantenere in vita il rapporto pur in assenza di una possibile ripresa dello stesso. E, del resto, in ipotesi siffatte viene meno la ragion d'essere di una norma come l'articolo 2110, che ha indubitabilmente lo scopo di tutelare il lavoratore in situazioni di temporaneo impedimento o difficoltà ad assicurare la normale esecuzione del contratto. A partire da questa lettura della Cassazione si delinea un quadro più nitido dei rapporti tra periodo di comportamento e licenziamento per giustificato motivo oggettivo, o meglio dell'ambito di incidenza di tali rapporti, che rimane circoscritto ai soli casi di temporaneità dei fattori impeditivi il normale espletamento dell'attività.

Che l'inidoneità rilevante ai fini del licenziamento possa avere natura tanto fisica quanto psichica è assolutamente pacifico in giurisprudenza⁽³⁵⁾, così come risulta consolidata l'opinione secondo la quale non è necessario che l'inidoneità sia accertata *ex* articolo 5, comma 3, Stat. lav., non costituendo quell'accertamento condizione di legittimità del recesso⁽³⁶⁾. Costante appare altresì l'orientamento per cui, laddove lo svolgimento delle mansioni precedenti alle quali il

⁽³⁴⁾ Cfr. Cass. 27 giugno 2003 n. 10272: « La sopravvenuta inidoneità fisica del lavoratore a causa di malattia, anche se non è stato superato il periodo di comportamento, giustifica la risoluzione del rapporto di lavoro, in quanto costituisce un caso di giustificato motivo oggettivo di licenziamento »; cfr. anche Cass. 2 aprile 1996 n. 3040, in *NGL*, 1996, 618.

⁽³⁵⁾ Cfr. Cass., sez. un., 7 agosto 1998 n. 7755; Cass. 3 luglio 1997 n. 5961, in *MGL*, 1998, 437; Cass. 23 agosto 1997 n. 7908; tra le ultime, con riferimento all'inidoneità fisica, si v. Cass. 19 aprile 2003 n. 6377.

⁽³⁶⁾ Per tutte, cfr. Cass. 27 dicembre 1997 n. 13056, in *RIDL*, 1998, II, 530, con nota di G. MAMMONE.

lavoratore è divenuto inabile possa pregiudicarne la salute, il datore ha l'obbligo di intimare il licenziamento ⁽³⁷⁾.

Punto focale della problematica dell'inidoneità del lavoratore è la riconducibilità di questa fattispecie alle norme sul licenziamento ⁽³⁸⁾ o alla disciplina generale del codice civile in tema di impossibilità sopravvenuta della prestazione ⁽³⁹⁾. Le Sezioni Unite hanno seguito quella parte della giurisprudenza di legittimità ⁽⁴⁰⁾, che predilige un riferimento congiunto alla normativa civilistica e lavoristica. La *querelle* non ha rilievo meramente sistematico-definitorio, poiché l'applicabilità dell'articolo 3 della legge n. 604 del 1966 implica, secondo questa giurisprudenza ⁽⁴¹⁾, la sottoposizione al sindacato del giudice di merito dell'interesse apprezzabile all'adempimento parziale ⁽⁴²⁾.

La possibilità di sindacare l'interesse all'adempimento parziale significa ⁽⁴³⁾ anche obbligo del datore di lavoro di adibire il lavoratore ad attività diverse da quelle espletate in precedenza e per le quali è divenuto inabile, tanto che tali attività riguardino mansioni equivalenti tanto che concernano mansioni inferiori (in questo caso, solo con il consenso del lavoratore), con il solo limite che ciò non comporti modifiche all'assetto organizzativo « insindacabilmente stabilito dall'imprenditore » ⁽⁴⁴⁾.

La pronuncia delle Sezioni Unite sembra ⁽⁴⁵⁾ mettere fine all'orientamento, in precedenza maggioritario, che negava la sussistenza in capo al datore di un

⁽³⁷⁾ Cfr. Cass. 3 luglio 1997 n. 5961; Cass. 13 dicembre 2000 n. 15688 (in *MGL*, 2001, 328 con nota di A. RONDO) specifica però che il datore è legittimato al licenziamento solo ove il pregiudizio al lavoratore possa essere valutato « in termini di certezza o anche di rilevante probabilità di aggravamento delle sue condizioni di salute per effetto dell'attività lavorativa in concreto svolta ».

⁽³⁸⁾ Cioè all'art. 3, l. n. 604/1966: su questa linea cfr. Cass. 13 marzo 1996 n. 2067.

⁽³⁹⁾ L'ipotesi sembra sostenuta essenzialmente dalla giurisprudenza di merito.

⁽⁴⁰⁾ Cfr. Cass. 26 giugno 1991 n. 7196, in *OGL*, 1991, 672; Cass. 6 novembre 1996 n. 9684, in *RIDL*, 1997, II, 612, con nota di P. CAMPANELLA.

⁽⁴¹⁾ Ma *contra* cfr. Cass. 6 novembre 1996 n. 9684, cit., secondo la quale l'interesse apprezzabile a ricevere l'adempimento parziale resta nella discrezionalità del destinatario di detto adempimento ed è dunque sottratto al sindacato giudiziale.

⁽⁴²⁾ Critica la S. BRUN, *op. cit.*, 156: « la formula utilizzata [...] rischia di aprire il varco ad un sindacato di opportunità sulla scelta operata dal datore di lavoro ».

⁽⁴³⁾ Cfr. ancora Cass., sez. un., 7 agosto 1998 n. 7755, cit.

⁽⁴⁴⁾ Cfr. Cass. 5 agosto 2000 n. 10339, che puntualizza come per il datore corra l'obbligo di giustificare l'impossibilità di assegnazione a mansioni equivalenti nel solo caso in cui il lavoratore abbia — sia pure informalmente — manifestato la disponibilità ad accettare un'assegnazione in tal senso (ma sul punto v. *infra* nel testo).

⁽⁴⁵⁾ V. però da ultimo Cass. 19 aprile 2003 n. 6378 vedi nota successiva: « In caso di inidoneità fisica del lavoratore a svolgere le mansioni assegnategli si tratta di inidoneità parziale del lavoratore che, anche secondo la Corte Costituzionale (v. sentenza 4 maggio 1984, n. 130), consente al datore di lavoro, senza che tale facoltà possa essere sospettata di contrarietà ai principi costituzionali, di licenziare il lavoratore senza obbligo di mantenerlo in servizio in mansioni che tengano conto delle sue minorate condizioni fisiche, così come imponeva l'art. 20 della l. 2 aprile 1968, n. 482, per i lavoratori assunti in quanto invalidi. Ne consegue che deve ritenersi legittimo il licenziamento del lavoratore, la cui prestazione sia divenuta parzialmente impossibile, qualora il datore di lavoro non possa adibirlo a mansioni equivalenti a quelle per le quali lo assunse, non essendo egli tenuto, per mantenerlo in servizio, a modificare l'assetto organizzativo adibendo il lavoratore a mansioni compatibili con le sue residue e inferiori capacità lavorative ».

obbligo di *repêchage* (anche solo rispetto a mansioni equivalenti) del lavoratore divenuto inabile allo svolgimento delle mansioni di assunzione, con un'irragionevole differenziazione di regime giuridico rispetto alle altre ipotesi di giustificato motivo oggettivo ⁽⁴⁶⁾. Questa presa di posizione non è stata accolta con favore da una parte della dottrina, che rileva come una ragione vi sia per differenziare il trattamento giuridico delle ipotesi di licenziamento per giustificato motivo oggettivo dovuto a scelte organizzative del datore di lavoro, come tali a questi imputabili, da quello delle ipotesi in cui la causa del licenziamento (l'inidoneità fisica del lavoratore, appunto) è completamente estranea alla sfera decisionale del datore ⁽⁴⁷⁾. L'orientamento ha ricevuto l'avallo del legislatore: l'articolo 4, comma 4, della legge 12 marzo 1999, n. 68, ha stabilito che i lavoratori divenuti inabili allo svolgimento delle mansioni di assunzione, in conseguenza di infortunio o malattia, non possano essere licenziati se vi sia la possibilità di adibirli a mansioni equivalenti o, in mancanza, inferiori, fermo restando il diritto al trattamento corrispondente alle mansioni di provenienza, se più favorevole: come si vede il sistema si evolve nella direzione di una progressiva generalizzazione dell'ambito di applicazione dell'obbligo di *repêchage* e, dunque, nel senso di una uniformazione della disciplina del licenziamento per motivi oggettivi a prescindere dal fatto che la causale si sostanzia in ragioni economico-organizzative addotte dalla parte datoriale o, al contrario, in vicende relative alla persona del lavoratore obiettivamente considerate ⁽⁴⁸⁾.

d) *Impossibilità per provvedimento dell'Autorità*: l'impossibilità può essere parziale, nel senso che il provvedimento dell'Autorità è in grado di precludere al lavoratore una determinata modalità di svolgimento dell'attività lavorativa (ad es. il fattorino, impossibilitato ad utilizzare i mezzi motorizzati per ritiro dei necessari permessi, potrebbe tuttavia continuare la propria attività muovendosi con i mezzi di trasporto pubblico), l'espletamento di mansioni specifiche tra quelle di competenza (ad es. il *factotum* che, a seguito di ritiro della patente di guida, non può più fungere anche da autista), lo svolgimento delle uniche mansioni di competenza (come ad es. l'autista cui sia ritirata la patente) o,

⁽⁴⁶⁾ In questo senso, si v., da ultimo, Cass. 27 febbraio 2004 n. 4050, secondo la quale « al fine della configurazione di un giustificato motivo oggettivo, non è sufficiente la eventuale inidoneità del lavoratore ad effettuare la propria prestazione, in un determinato luogo o secondo determinate modalità, ma occorre la prova (a carico del datore di lavoro ai sensi dell'art. 5, l. n. 604/1966) circa la impossibilità di reimpiego dello stesso lavoratore nell'ambito dell'organizzazione aziendale (c.d. *repêchage*) ». Cfr., inoltre, Cass. 9 giugno 1989 n. 2803, in *RGL*, 1990, II, 57, con nota di N. BERGIANTI; Cass. 21 maggio 1992 n. 6106, in *NGL*, 1992, 662; Cass. 2 aprile 1996 n. 3040, in *NGL*, 1996, 618; Cass. 6 novembre 1996 n. 9684; Cass. 23 agosto 1997 n. 7908. Ma v. anche, di recente, Cass. 6378/2003 citata alla nota precedente.

⁽⁴⁷⁾ Cfr., tra gli altri, P. SCOGNAMIGLIO, *Sopravvenuta inidoneità fisica del lavoratore e mutamento delle mansioni*, in *MGL*, 1998, 438 ss., citato da S. BRUN, *op. cit.*, 158, che non ne condivide l'opinione.

⁽⁴⁸⁾ V. però la diversa opinione di F. BIANCHI D'URSO, G. VIDIRI, *Luci ed ombre sulla nuova disciplina delle assunzioni obbligatorie*, in *MGL*, 2000, 722 ss. (v. part. § 5), secondo i quali proprio dall'espressa previsione della l. n. 68/1999 (dall'essersi cioè reso necessario un apposito intervento del legislatore) può trarsi argomento per sostenere che in assenza di espressa previsione normativa l'obbligo di *repêchage* non sussiste.

ancora, l'accesso al luogo di lavoro (il caso tipico è quello del ritiro del tesserino che consente al lavoratore l'accesso alla zona doganale di un porto o di un aeroporto ⁽⁴⁹⁾ o anche ad una zona extraterritoriale — es. area NATO a Bagnoli — nella quale deve eseguire la sua prestazione). In tutti questi casi residua una possibilità per il lavoratore di svolgere le proprie mansioni con modalità diverse o in luoghi differenti e per il datore, almeno in linea teorica, di assegnare altri compiti al lavoratore.

In altri casi, come ad es. nell'ipotesi in cui il lavoratore sia sottoposto a provvedimenti di restrizione della libertà personale comportanti la detenzione, l'impossibilità è totale, nel senso che il provvedimento della Pubblica Autorità può comportare la preclusione a svolgere qualsiasi attività lavorativa. Va comunque tenuto presente che la giurisprudenza di legittimità non sembra seguire criteri omogenei nella definizione delle forme di impossibilità: ad esempio, in caso di revoca, sospensione a tempo indeterminato o mancato rinnovo delle abilitazioni amministrative (porto d'armi e decreto prefettizio di nomina) necessarie per l'espletamento delle mansioni di guardia giurata, secondo la Suprema Corte ⁽⁵⁰⁾ l'impossibilità va considerata assoluta, in quanto le suddette abilitazioni sono condizione indefettibile per lo svolgimento dell'attività lavorativa, e permanente, per cui si esclude l'operatività della disciplina dei licenziamenti e si riconosce l'applicazione di quella dell'impossibilità *per factum principis*, senza alcuna valutazione in merito ad un diverso impiego del lavoratore, né dell'eventualità che il lavoratore ottenga nuovamente le suddette abilitazioni. Allo stesso modo si è esclusa ⁽⁵¹⁾ la sussistenza dell'obbligo di *repêchage* in un caso di sopravvenuta impossibilità della prestazione dovuta alla perdita di validità della patente da parte di un autista.

Quando l'impossibilità della prestazione viene qualificata temporanea, il sindacato giudiziale si estende, per interpretazione prevalente, alla valutazione della tollerabilità della mancata esecuzione del contratto in relazione all'inte-

⁽⁴⁹⁾ Si v. ad es. Cass. 28 gennaio 2004 n. 1591: « la mancanza del tesserino di accesso alle zone aeroportuali va ricondotta alla previsione del recesso di cui all'art. 1464 c.c., non a quella del licenziamento per giustificato motivo oggettivo. L'impossibilità della prestazione lavorativa è vicenda non comparabile, infatti, con la risoluzione del rapporto determinata dalla volontà del datore di lavoro per il perseguimento degli interessi collegati alle sue scelte organizzative, vicenda quest'ultima che vede la cessazione dell'esecuzione determinata proprio dall'iniziativa del datore di lavoro.

Inoltre, l'impossibilità parziale non giustifica il recesso solo quando, sulla base di tutte le circostanze del caso concreto, si può prevedere, a livello di prognosi, la ripresa della attualità del rapporto senza significativi pregiudizi per l'organizzazione del datore di lavoro in relazione alla durata dell'assenza, ma anche quando, in relazione alle circostanze del caso concreto, non possa ritenersi giustificato il mantenimento in vita del rapporto. Le ragioni organizzative possono, dunque, giustificare l'interesse alla risoluzione del rapporto anche in caso di assenza prevedibilmente di breve durata, come, al contrario, possono escludere il detto interesse in caso di assenza prevedibilmente prolungata, ma pur sempre entro i confini segnati dalla ragionevolezza e dall'equità ».

⁽⁵⁰⁾ Cfr. Cass. 7 settembre 1988 n. 5076, in *RIDL*, 1989, II, 153.

⁽⁵¹⁾ Da Cass. 19 dicembre 1998 n. 12719, in *NGL*, 1999, 212.

resse datoriale a ricevere le future prestazioni ⁽⁵²⁾, analogamente a quanto si è visto per il caso di inidoneità del lavoratore, laddove si sostiene la sindacabilità dell'interesse datoriale all'adempimento parziale (v. *retro, sub c*). La tollerabilità viene valutata dalla giurisprudenza in genere facendo riferimento agli stessi criteri adoperati per l'analoga valutazione in caso di carcerazione del lavoratore.

Per quanto concerne invece le ipotesi di impossibilità parziale di adempimento connessa al luogo di svolgimento della prestazione, la Cassazione valorizza il dovere di cooperazione che incombe al datore, tenuto a vagliare se sia proficuo reimpiegare il lavoratore in altro luogo, salvo che il contratto preveda che la prestazione debba essere svolta in luogo determinato in via esclusiva ⁽⁵³⁾.

Bisogna comunque ribadire che il quadro giurisprudenziale si presenta ancora disorganico, non risultando dalla giurisprudenza una compiuta e coerente sistematizzazione delle ipotesi di impossibilità sopravvenuta, dalla quale sia consentito estrapolare i criteri generali che devono guidare l'interprete nella qualificazione della fattispecie nel senso dell'assolutezza o della totalità piuttosto che in quello della parzialità o della temporaneità della impossibilità.

Una ipotesi particolare di impossibilità per provvedimento dell'Autorità, che merita un discorso a sé stante, è costituita dalla carcerazione, preventiva o per esecuzione di pena, cui sia sottoposto il lavoratore. In giurisprudenza tale evento è considerato oggettivamente impediente lo svolgimento della prestazione lavorativa quando non sia causato da fatti idonei a integrare una giusta causa o giustificato motivo soggettivo di licenziamento: l'area del giustificato motivo oggettivo è dunque ricavata in negativo, in via residuale rispetto alle ipotesi di rilevanza della fattispecie quale forma di inadempimento imputabile. In relazione a questo impedimento oggettivamente considerato, che determina l'impossibilità parziale *ratione temporis* della prestazione ex articolo 1464 c.c. ⁽⁵⁴⁾, va poi valutato l'interesse creditorio a ricevere le future prestazioni del lavoratore in base a criteri oggettivi capaci di definire la tollerabilità della mancata esecuzione della prestazione per il periodo della carcerazione. Tra questi criteri si segnalano le dimensioni dell'impresa/datore; il tipo di organizzazione tecnico-produttiva; la natura delle mansioni del lavoratore assente e la possibilità di affidarle ad altro dipendente; il periodo di assenza già maturato e l'ulteriore prevedibile durata della carcerazione ⁽⁵⁵⁾.

⁽⁵²⁾ V. Cass. 28 febbraio 1992 n. 2461, in *RIDL*, 1993, II, 351, con nota di V.A. Poso; Cass. 10 settembre 1993 n. 9453, in *DPL*, 1993, 3114; Cass. 26 gennaio 1996 n. 603, in *NGL*, 1996, 142; Cass. 13 marzo 1999, in *MGL*, 1999, 635.

⁽⁵³⁾ Cfr. Cass. 28 febbraio 1992 n. 2461; Cass. 10 settembre 1993 n. 9453; Cass. 19 agosto 1996 n. 7368, in *DPL*, 1997, 175; *contra* v. però Cass. 8 agosto 1996 n. 7263, in *NGL*, 1997, 95; Cass. 11 agosto 1998 n. 7904 si è attenuta ai medesimi principi in un caso di licenziamento di un dipendente di società appaltatrice del servizio di nettezza urbana affiliato ad associazione mafiosa, richiedendo la prova delle ragioni ostative ad un impiego in mansioni equivalenti in luogo diverso.

⁽⁵⁴⁾ Cfr. L. ZOPPOLI, *La corresponsività nel contratto di lavoro*, ESI, Napoli, 1991, 231.

⁽⁵⁵⁾ Cfr. Cass. 23 giugno 1992 n. 7668, in *NGL*, 1992, 662; Cass. 1° settembre 1999 n. 9239, in *RIDL*, 2000, II, 547, con nota di M. BORZAGA; cfr. anche Cass. 4 maggio 1990 n. 3690, in *NGL*, 1990, 405, che assimila la custodia cautelare alla latitanza, e Cass. 13 luglio 1990 n. 7252, in *RGL*,

Questo schema di analisi può dirsi consolidato come emerge da passi di pronunce secondo le quali, pacificamente, « la carcerazione preventiva del lavoratore per fatti estranei allo svolgimento del rapporto di lavoro non costituisce inadempimento di obblighi contrattuali ma integra un fatto oggettivo determinante una sopravvenuta impossibilità temporanea della prestazione lavorativa » e « la persistenza o no, nel datore di lavoro, di un apprezzabile interesse a ricevere le ulteriori prestazioni del lavoratore detenuto dev'essere valutata alla stregua di criteri oggettivi, riconducibili a quelli fissati nell'ultima parte dell'articolo 3 della legge 15 luglio 1966, n. 604, e cioè con riferimento alle oggettive esigenze dell'impresa, da valutare, con giudizio *ex ante* e non già *ex post*, tenendo conto delle dimensioni della stessa, del tipo di organizzazione tecnico-produttiva in essa attuato, della natura ed importanza delle mansioni del lavoratore detenuto, nonché del già maturato periodo di sua assenza, della ragionevolmente prevedibile ulteriore durata della sua carcerazione, della possibilità di affidare temporaneamente ad altri le sue mansioni senza necessità di nuove assunzioni e, più in generale, di ogni altra circostanza rilevante ai fini della determinazione della misura della tollerabilità dell'assenza » ⁽⁵⁶⁾.

Anche con riguardo alle assenze in parola si pone il problema, già discusso per le altre fattispecie di assenza, dei rapporti tra la disciplina del licenziamento e l'articolo 2110 c.c. Secondo una certa giurisprudenza di merito l'intollerabilità dell'assenza è *in re ipsa* quando l'assenza dovuta a carcerazione si protragga oltre il periodo di comporto fissato per la malattia dalla contrattazione collettiva, ma la Cassazione sembra contraria ⁽⁵⁷⁾ e la Corte Costituzionale ha dichiarato manifestamente infondata la questione di costituzionalità dell'articolo 2110 c.c. nella parte in cui non prevede la carcerazione preventiva tra i casi di sospensione tutelata del rapporto di lavoro ⁽⁵⁸⁾.

Per le ipotesi in cui il lavoratore sia sottoposto « erroneamente » a misura restrittiva della libertà personale è lo stesso legislatore ad essere intervenuto: l'articolo 24, legge n. 332 del 1995, ha introdotto tra le disposizioni di attuazione del c.p.p. l'articolo 102-*bis*, secondo il quale « chiunque sia stato sottoposto alla misura della custodia cautelare in carcere ai sensi dell'art. 285 del codice ovvero a quella degli arresti domiciliari ai sensi dell'art. 284 del codice e sia stato per ciò stesso licenziato dal posto di lavoro che occupava prima della misura, ha diritto di essere reintegrato nel posto di lavoro che occupava prima della misura qualora venga pronunciata in suo favore sentenza di assoluzione, di proscioglimento o di non luogo a procedere ovvero venga disposto provvedimento di archiviazione ». In simili ipotesi dunque si prescinde completamente dalla rilevanza della durata dell'assenza e, dunque, dalla valutazione della tollerabilità della stessa per il datore, così come si prescinde dalla valutazione

1991, II, 49, con nota di M. TIRABOSCHI, che ha ritenuto applicabile l'art. 3, l. n. 604/1966, all'assenza per carcerazione preventiva dell'agente di commercio parasubordinato.

⁽⁵⁶⁾ Cit. da Cass. 5 maggio 2003 n. 6803.

⁽⁵⁷⁾ Cfr. Cass. 9 giugno 1993 n. 6409, in *DPL*, 1993, 2339.

⁽⁵⁸⁾ Cfr. C. Cost. 5 aprile 1984 n. 90, in *FI*, 1984, I, c. 1187, con nota di O. MAZZOTTA.

della giustificatezza del licenziamento intimato sulla base del provvedimento di carcerazione rivelatosi poi privo di fondamento.

Il legislatore impone al datore di lavoro di reintegrare il lavoratore pur se questi sia stato licenziato non per la idoneità del fatto addebitato a integrare gli estremi di una giusta causa o di un giustificato motivo soggettivo di licenziamento, caso nel quale l'accertamento della insussistenza del fatto potrebbe condurre a ritenere venuto meno il presupposto giustificativo dell'atto di recesso, ma per l'oggettiva rilevanza della carcerazione quale fattore impediente il normale svolgimento dell'attività lavorativa. Il datore di lavoro è dunque caricato del peso di « riparare » una ingiustizia a lui non addebitabile reintegrando un lavoratore validamente licenziato.

Dall'altro lato la Cassazione ⁽⁵⁹⁾ nega al lavoratore reintegrato *ex* articolo 102-*bis* l'indennità risarcitoria per le retribuzioni perse, affermando che essa trova fondamento non nel diritto alla reintegrazione, bensì nell'inefficacia o invalidità del licenziamento, nella specie inesistente: la sopra citata disposizione non implica che l'accertamento dell'ingiustizia della carcerazione si traduca in illegittimità del licenziamento giustificato dall'esecuzione del provvedimento restrittivo della libertà personale del lavoratore, poiché, come appena detto, ciò che fonda il recesso non è la giustizia di quel provvedimento, ma la sua oggettiva esecuzione. Il lavoratore sopporta così una quota del « danno » prodottosi nell'ambito lavorativo per l'ingiusta detenzione.

Questa « equa » ripartizione di sacrifici tra le parti del rapporto di lavoro, se pare frutto della consueta ricerca di soluzioni equilibrate da parte della Suprema Corte, non elimina le disfunzioni organizzative provocate dall'assenza del lavoratore per la durata della carcerazione: il datore potrebbe avere eliminato il posto originariamente proprio del soggetto da reintegrare oppure potrebbe avere assunto altro lavoratore in sostituzione. Nella prima ipotesi il lavoratore reintegrato *ex* articolo 102-*bis* potrebbe essere nuovamente licenziato per giustificato motivo oggettivo, nella seconda tale sorte dovrebbe toccare al lavoratore assunto in sostituzione (sempre salvo l'obbligo di *repêchage*), sicché, come si vede, i problemi derivanti nell'ambito del rapporto di lavoro dall'ingiusta detenzione non possono dirsi adeguatamente risolti.

3. « Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento può consistere nella soppressione della posizione di lavoro del dipendente licenziato, vuoi per esigenze organizzative dell'impresa vuoi per una situazione di crisi dell'impresa stessa (sempre che non ricorrano i presupposti della diversa fattispecie del licenziamento collettivo) » ⁽⁶⁰⁾. In realtà, ferma la distinzione, sulla quale si ritornerà in seguito, tra licenziamenti individuali plurimi e licenziamenti collettivi, un contributo significativo alla sistematizzazione delle fattispecie giustificative del licenziamento per motivi oggettivi è disceso proprio dalla regolamentazione organica dei licenziamenti collettivi con la legge n. 223 del 1991. A

⁽⁵⁹⁾ Cfr. Cass. 2 maggio 2000 n. 5499, in *MGL*, 2000, 651, con nota di G. GRAMICCIA.

⁽⁶⁰⁾ Cit. da Cass. 22 agosto 2003 n. 12362.

partire dall'articolo 24 della legge n. 223 del 1991 (« riduzione o trasformazione di attività o di lavoro ») può, infatti, tracciarsi un quadro sinottico della problematica seguendo una griglia di quattro macro-ipotesi che discende in via diretta dalla formulazione normativa. Così, un primo gruppo di ipotesi è costituito dai casi di riduzione dei livelli di attività, e dunque di contrazione della produzione, realizzata anche attraverso la mera riduzione del personale ⁽⁶¹⁾.

Un secondo gruppo è formato dai casi in cui venga adottata una decisione di ridurre direttamente ed esclusivamente i livelli occupazionali, senza incidere in alcun modo sull'attività aziendale: in una simile evenienza il datore di lavoro mira a conseguire una maggiore produttività, che migliori la situazione economica aziendale mediante una più razionale ed intensa utilizzazione delle risorse umane, anche nella loro combinazione con altri fattori produttivi ⁽⁶²⁾. Tra queste ipotesi può essere fatto rientrare anche il licenziamento c.d. tecnologico, dovuto all'introduzione in azienda di nuove tecnologie che sostituiscono il lavoro del dipendente ⁽⁶³⁾, nonché, secondo alcuni ⁽⁶⁴⁾, l'affidamento a terzi di segmenti produttivi (la c.d. esternalizzazione di attività) ⁽⁶⁵⁾.

Alla trasformazione di attività e/o di lavoro viene normalmente ricondotta la redistribuzione ad altri dipendenti delle mansioni prima assegnate all'unico dipendente licenziando ⁽⁶⁶⁾ (caso che, peraltro, ben potrebbe essere ricondotto alla riduzione dei livelli occupazionali senza riduzione di attività). Per alcune pronunce « ... non è necessario che vengano eliminate tutte le funzioni già assegnate al lavoratore, ben potendo essere queste diversamente ed in modo più economico ripartite fra gli altri dipendenti » ⁽⁶⁷⁾ e questa diversa ripartizione rientra, per la Suprema Corte, in « insindacabili scelte imprenditoriali » ⁽⁶⁸⁾. Tuttavia, la fattispecie in questione si presenta in certo modo critica rispetto alla necessità di distinguere l'ipotesi della soppressione del posto dalla mera sostituzione del lavoratore, che, a seguire la giurisprudenza maggioritaria, non giustifica il licenziamento ⁽⁶⁹⁾. Proprio la necessità di distinguere la ripartizione delle mansioni tra altri lavoratori (che in sostanza implica la sostituzione del licenziato con più soggetti) da quelle di mera sostituzione (con

⁽⁶¹⁾ Cfr. Cass. 5 aprile 1990 n. 2824; Cass. 18 novembre 1998 n. 11646, in *DL*, 2000, II, 31.

⁽⁶²⁾ Cfr. Cass. 23 gennaio 1998 n. 637, in *NGL*, 1998, 274.

⁽⁶³⁾ Cfr. Cass. 18 aprile 1991 n. 4164, in *NGL*, 1991, 488; Cass. 14 dicembre 1998 n. 12554.

⁽⁶⁴⁾ V. ad es. S. BRUN, *op. cit.*, 139; R. DEL PUNTA, *op. cit.*, 709.

⁽⁶⁵⁾ Cfr. Cass. 30 marzo 1994 n. 3128; Cass. 23 giugno 1998 n. 6222, in *LG*, 1999, 181; v. anche Cass. 24 giugno 1995 n. 7199, in *MGL*, 1995, 393.

⁽⁶⁶⁾ Sul punto cfr. Cass. 15 novembre 1993 n. 11241, in *RIDL*, 1994, II, 766; Cass. 14 settembre 1995 n. 9715, in *MGL*, 1996, 88; Cass. 17 gennaio 1998 n. 414, in *NGL*, 1998, 188, e, da ultimo, Cass. 14 giugno 2000 n. 8135, in *NGL*, 2000, 747.

⁽⁶⁷⁾ Cit. da Cass. 1° febbraio 2003 n. 1527, in *DPL*, 2003, 1281.

⁽⁶⁸⁾ L'espressione è di Cass. 9 agosto 2003 n. 12037: « In caso di licenziamento per soppressione del posto di lavoro, ai fini della configurabilità del giustificato motivo oggettivo, non è necessario che vengano soppresse tutte le mansioni in precedenza attribuite al lavoratore licenziato, ben potendo le stesse essere solo diversamente ripartite ed attribuite, secondo insindacabili scelte imprenditoriali, senza che con ciò venga meno l'effettività di tale soppressione ».

⁽⁶⁹⁾ V. anche le critiche di P. ICHINO, *op. cit.*, a questa distinzione.

assegnazione delle mansioni ad un singolo altro lavoratore) sembra poter spiegare l'orientamento di altra parte delle giurisprudenza, che ai fini della giustificazione del licenziamento richiede invece che i compiti prevalenti prima svolti dal lavoratore siano relativi ad attività effettivamente soppresse, ovvero non siano comunque più necessari in azienda ⁽⁷⁰⁾.

Altra ipotesi rilevante e riconducibile alla trasformazione di attività e/o di lavoro può essere considerata quella della sostituzione del lavoro svolto dal dipendente licenziato con l'attività espletata direttamente dal datore, da amministratori della società o comunque da un unico lavoratore rimasto in servizio: caso, particolarmente quest'ultimo, di non facile interpretazione, che sembra tuttavia aver trovato qualche riscontro in giurisprudenza ⁽⁷¹⁾.

È in ogni modo chiaro che « una *situazione debitoria* dell'azienda non integra di per sé una ristrutturazione organizzativa (né a questa conferisce effettività) » ⁽⁷²⁾. Il che significa che non è sufficiente che il datore versi in una situazione di sofferenza economica, dovendosi piuttosto provare che tale situazione ha effettivamente condotto all'adozione di provvedimenti di riorganizzazione che rendono superfluo il lavoratore licenziato.

Questo principio è portato alle estreme conseguenze con riferimento alla cessazione dell'attività aziendale ⁽⁷³⁾, ipotesi che l'articolo 24, comma 2, della legge n. 223 del 1991 ricomprende tra le cause che legittimano i licenziamenti collettivi (anche se, ovviamente, solo per i datori di cui al comma 1 dello stesso articolo, dunque per quelli che occupano più di 15 dipendenti, ponendo così fine all'orientamento giurisprudenziale che riteneva trattarsi di licenziamento individuale plurimo obiettivamente giustificato) ⁽⁷⁴⁾. La giurisprudenza afferma che la cessazione, per giustificare i licenziamenti, deve coincidere con la disgregazione dell'azienda: conclusione accreditata dal principio di continuità espresso nell'articolo 2112 c.c. ⁽⁷⁵⁾. La Cassazione ha però evitato applicazioni troppo rigorose del principio in parola, che avrebbero prodotto effetti poco

⁽⁷⁰⁾ Cfr. Cass. 24 giugno 1995 n. 7199; Cass. 17 giugno 1997 n. 5419, in *LG*, 1998, 260; Cass. 17 dicembre 1997 n. 12764, in *NGL*, 1998, 191; Cass. 22 giugno 2000 n. 8515, in *NGL*, 2000, 747.

⁽⁷¹⁾ Cfr. infatti Cass. 18 aprile 1991 n. 4164; Cass. 3 novembre 1992 n. 11909, in *NGL*, 1993, 90; Cass. 15 novembre 1993 n. 11241; Cass. 6 aprile 1999 n. 3312, in *RIDL*, 2000, II, 136, con nota di G. ZILIO GRANDI; *contra* Cass. 11 aprile 1994 n. 3353, in *ADL*, 1995, 396, e in *RGL*, 1994, II, 978.

⁽⁷²⁾ Cit. da Cass. 17 febbraio 2003 n. 2353.

⁽⁷³⁾ Che costituisce ipotesi di giustificato motivo oggettivo, non di giusta causa, nonostante nell'ipotesi non sia possibile neanche la prosecuzione temporanea dell'attività: cfr. Cass. 12 agosto 1994 n. 7417, in *NGL*, 1994, 766.

⁽⁷⁴⁾ Cfr. Cass. 9 dicembre 1992 n. 12998, in *DPL*, 1993, 445; Cass. 26 gennaio 1995 n. 916, in *NGL*, 1995, 90.

⁽⁷⁵⁾ M. NAPOLI, *op. cit.*, 291; F. SCARPELLI, *La nozione e il controllo del giudice*, in *QDLRI, I licenziamenti collettivi*, 1997, n. 29, 61. Sebbene si tratti di un aspetto particolare può essere interessante notare come la cessazione d'azienda non possa comunque interferire con la sospensione del rapporto di lavoro: cfr. infatti Cass. 16 febbraio 2004 n. 2919, secondo la quale « quando il lavoratore si trova in stato di malattia, il suo licenziamento per giustificato motivo oggettivo è da ritenersi precluso sino al termine della malattia stessa nonostante l'intervenuta cessazione dell'attività aziendale ».

apprezzabili: così si è chiarito ⁽⁷⁶⁾ che la legittimità del licenziamento non è esclusa, ad esempio, dal fatto che pochi dipendenti siano rimasti in servizio per lo svolgimento delle pratiche relative alla cessazione dell'attività o dalla non definitività della cessazione, che si protragga per un considerevole lasso temporale ⁽⁷⁷⁾ o, ancora, dalla permanenza di attività di vendita e custodia di giacenze di magazzino affidate a personale utilizzato tramite contratti d'opera o di appalto ⁽⁷⁸⁾.

4. In realtà le ipotesi finora passate in rassegna non sono di per sé sufficienti a giustificare il licenziamento, ma, secondo la giurisprudenza, devono presentare delle caratteristiche sostanziali, la cui integrazione consente di ritenere effettivamente verificato il presupposto causale del recesso datoriale. La sussistenza di questi requisiti è oggetto del sindacato giudiziale, che deve fare i conti con la tralatticia affermazione secondo la quale « la regola di giustificazione necessaria del licenziamento, nel riferirsi a « ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro [e al regolare funzionamento di essa] » non può consentire, a pena d'incostituzionalità, un controllo sulle scelte economico-gestionali dell'impresa, che altrimenti vedrebbe soppressa la propria libertà di iniziativa economica privata garantita dall'art. 41 Cost. » ⁽⁷⁹⁾. Non a caso nella medesima direzione si è mossa la Corte Costituzionale, che ha sovente ribadito come la riserva a favore del legislatore ordinario del compito di determinare « i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali » ⁽⁸⁰⁾ significhi insindacabile discrezionalità di quest'ultimo nella individuazione del concreto interesse sociale da soddisfare ⁽⁸¹⁾.

Se dunque è preclusa al giudice la facoltà di vagliare la conformità all'utilità sociale delle scelte economico-gestionali del datore di lavoro al di fuori di quanto statuito dal legislatore, resta alla giurisprudenza la possibilità di verificare non l'opportunità nel merito delle decisioni datoriali, bensì esclusivamente la correlazione causale di queste con l'atto di recesso. E, in linea generale, può dirsi che la giurisprudenza maggioritaria sembra consolidata nel pretendere la non arbitrarietà del licenziamento, ovvero sia la reale presenza di una giustificazione causale, verificata attraverso l'accertamento dell'effettiva sussistenza delle ragioni organizzative addotte e del nesso di causalità tra queste ultime ed il licenziamento stesso ⁽⁸²⁾.

⁽⁷⁶⁾ Cfr. Cass. 16 luglio 1992 n. 8603, in *LPO*, 1993, 1663.

⁽⁷⁷⁾ Cfr. Cass. 3 settembre 1993 n. 9280, in *MGC*, 1993, 1358.

⁽⁷⁸⁾ Cfr. Cass. 3 ottobre 1996 n. 8670, in *NGL*, 1997, 91.

⁽⁷⁹⁾ C. OGRISEG, *op. cit.*, da 491.

⁽⁸⁰⁾ Così recita l'art. 41, comma 3, Cost.

⁽⁸¹⁾ Cfr. C. Cost. 8 aprile 1965 n. 30, in *GCost*, 1965, 187; C. Cost. 9 giugno 1965 n. 45, in *MGL*, 1965, 121; C. Cost. 7 febbraio 2000 n. 46, in *FI*, 2000, I, c. 699.

⁽⁸²⁾ Cfr. S. BRUN, *op. cit.*, 133, fondo, che cita Cass. 4 marzo 1993 n. 2595; Cass. 30 marzo 1994 n. 3128; Cass. 14 giugno 1999 n. 5893; tra le ultime pronunce v., esplicitamente, Cass. 3 luglio 2003 n. 10554: « Sul datore di lavoro incombe l'onere di dimostrare la concreta riferibilità del

Nei fatti, tuttavia, i giudici dimostrano più di qualche insofferenza verso la pretesa di limitare il proprio potere di controllo e, come si accennava poco sopra, hanno finito per declinare l'effettività delle ragioni organizzative in una serie di sotto-requisiti che la situazione economico-organizzativa del datore deve presentare per costituire idonea giustificazione causale del licenziamento. Il concetto di effettività viene cioè ancorato ai tre pilastri della serietà, attualità e stabilità delle ragioni addotte, pur se con una certa elasticità, che conduce talora ad affermare esplicitamente che non ne è necessario il ricorso cumulativo, quasi ciascuna qualità possa assolvere ad un ruolo di « supplezza » delle altre ⁽⁸³⁾.

L'accertamento giudiziale mira anzitutto ad accertare la « serietà » delle ragioni addotte ed in particolare delle esigenze organizzative del datore di lavoro, nel senso che non siano artatamente precostituite onde giustificare un licenziamento motivato in realtà da ragioni discriminatorie o lato senso illecite ⁽⁸⁴⁾. Da altro punto di vista l'effettività delle ragioni giustificative viene intesa come « attualità » delle stesse, nel senso che la legittimità del licenziamento viene valutata in base alle circostanze di fatto ed alle esigenze realmente esistenti al momento del recesso, non avendo rilievo circostanze future e (quindi ancora) eventuali ⁽⁸⁵⁾.

Altro requisito è rinvenibile nella « stabilità » delle ragioni organizzative: come già visto in tema di chiusura dell'attività, anche per le altre ragioni la giurisprudenza tende a reputare necessaria, se non proprio la definitività (che sarebbe illogica vista la mutevolezza del tessuto produttivo), quella che potrebbe essere inquadrata come una loro almeno tendenziale durevolezza nel tempo. Del resto ⁽⁸⁶⁾, alla stabilità del rapporto di lavoro a tempo indeterminato e al correlativo principio di giustificazione dell'atto di recesso va ricon-

licenziamento individuale ad iniziative collegate ad effettive ragioni di ordine produttivo e organizzativo che devono essere tali, nella loro oggettività e non in forza di un atto del datore che presenti margini di arbitrarietà, da determinare, con stretto nesso di consequenzialità, l'inutilizzabilità della prestazione lavorativa»; nonché, nello stesso senso, Cass. 9 luglio 2001 n. 9310.

⁽⁸³⁾ Un esempio interessante è Cass. 27 novembre 1996 n. 10527, in *DL*, 1998, II, 173, che specifica la non rilevanza della temporaneità della crisi, a fronte di una sua serietà obiettiva: orientamento che sembra possa essere spiegato distinguendo tra le crisi temporanee quelle che, se non affrontate tempestivamente in modo incisivo, possano mettere in pericolo la stessa sopravvivenza della struttura produttiva considerata.

⁽⁸⁴⁾ Cfr., ad es., Cass. 30 gennaio 1998 n. 938, in *RIDL*, 1998, II, 310, e, tra le ultime, Cass. 7 gennaio 2004 n. 28, che richiede « l'effettività e la non pretestuosità del riassetto organizzativo operato ».

⁽⁸⁵⁾ Cfr. Cass. 22 aprile 2000 n. 5301, in *NGL*, 2000, 753; tra le ultime v. Cass. 20 agosto 2003 n. 12261, secondo la quale « il giustificato motivo oggettivo, di cui all'art. 3 della l. n. 604/1966, deve essere valutato sulla base degli elementi di fatto esistenti al momento della comunicazione del recesso, la cui motivazione deve trovare fondamento in circostanze realmente esistenti e non future ed eventuali »; v. tuttavia, sul punto, Cass. 19 novembre 1997 n. 11519, in *LG*, 1998, 710, che ha ritenuto legittimo il licenziamento intimato prima dell'attuazione delle scelte organizzative per un periodo corrispondente a quello di preavviso, al fine di far sì che il rapporto di lavoro venisse meno in coincidenza con il verificarsi della causa giustificativa.

⁽⁸⁶⁾ V. in proposito le considerazioni di P. ICHINO, *op. cit.*, *passim*.

nessa una potenziale perdita economica tollerabile, nel senso che il datore deve normalmente sopportare entro certi limiti il rischio della non convenienza economica del mantenimento in essere del rapporto di lavoro. Se, infatti, dovesse ritenersi che anche una perdita congiunturale legittimi il recesso datoriale, dovrebbe allora ammettersi la sostanziale instabilità del rapporto di lavoro, risolubile ogni qual volta il datore registri una non convenienza alla prosecuzione dello stesso ⁽⁸⁷⁾. E ciò equivarrebbe, nei fatti, ad affermare una libertà di recesso, che non pare viga allo stato nel nostro ordinamento. La riorganizzazione posta a base del licenziamento deve dunque investire l'impresa a medio o lungo termine e l'esigenza di adeguamento del personale non trova sostegno in fluttuazioni congiunturali del mercato, poiché la stabilità del rapporto di lavoro non può essere vinta da difficoltà contingenti ⁽⁸⁸⁾.

Un'applicazione di questo principio di necessaria stabilità delle ragioni giustificative del recesso era rinvenibile nel vigore della precedente disciplina del contratto a termine. La giurisprudenza, sulla scorta della considerazione per cui, diversamente opinando, si sarebbe venuta a creare una categoria di contratti « naturalmente » a termine, affermava l'impossibilità di giustificare il licenziamento con il calo di produttività seguito alla punta stagionale, data la ciclicità del calo come della punta e, quindi, da un lato la non stabilità e, dall'altro, la prevedibilità del calo, insita nel concetto stesso di punta ⁽⁸⁹⁾. Il problema è solo parzialmente superato dalla nuova disciplina del contratto a termine, giacché anche nel vigore di questa non pare sostenibile l'idea che il calo successivo alla punta stagionale possa legittimare la risoluzione dei rapporti di lavoro a tempo indeterminato, proprio in virtù della sua prevedibilità e, dunque, della sua normalità rispetto all'ordinario ciclo produttivo dell'impresa. Normalità che dovrebbe indurre a considerare tollerabili i cali stagionali che possano essere considerati nella media.

L'altro « polo » sul quale si concentra l'attenzione dei giudici è costituito dal nesso eziologico: tra le ragioni addotte ed il licenziamento deve esistere un nesso di causalità tale che quella del licenziamento si palesi scelta ineludibile con riferimento al lavoratore licenziato (in armonia con il c.d. principio dell'*extrema ratio* e con il conseguente obbligo di *repêchage*). In altri termini, il giudice controlla che il licenziamento sia imposto dalle condizioni oggettive determinatesi in azienda o dalle scelte organizzative adottate/da adottarsi e che quelle condizioni o quelle scelte incidano proprio sulle posizioni dei dipendenti estromessi, onde evitare che il datore possa cogliere l'occasione per giustificare,

⁽⁸⁷⁾ V. tuttavia Cass. 27 novembre 1996 n. 10527, cit., che specifica la non rilevanza della temporaneità della crisi, a fronte di una sua serietà obiettiva.

⁽⁸⁸⁾ Cfr., da ultimo, Cass. 9 giugno 2004 n. 10916, che parla di « situazioni sfavorevoli non contingenti che influiscano decisamente sulla normale attività produttiva imponendo un'effettiva necessità di riduzione dei costi ». In precedenza, Cass. 5 aprile 1990 n. 2824; Cass. 18 aprile 1991 n. 4164; Cass. 4 marzo 1993 n. 2595; Cass. 24 giugno 1994 n. 6067, in *NGL*, 1995, 87.

⁽⁸⁹⁾ Cass., sez. un., 29 settembre 1983 n. 5739, in *GI*, 1984, I, 452 (ma *contra* Cass. 6 luglio 1977 n. 2999, in *RFI*, 1977, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 489, che sostiene la prevedibilità solo relativa di tale calo).

con ragioni organizzative esistenti ma ininfluenti sulle loro posizioni, l'espulsione di lavoratori sgraditi. Questa seconda fase del controllo presenta notevoli margini di incertezza, poiché talvolta accade che il riassetto organizzativo si riverberi non già su uno specifico posto di lavoro, ma indifferentemente su più posizioni lavorative, lasciando ampia discrezionalità al datore di lavoro nella selezione, tra più lavoratori, di quello da licenziare⁽⁹⁰⁾. In casi del genere, ben esemplificati dal licenziamento individuale per riduzione di personale (che può essere ricondotto, tra l'altro, alla necessità di ridimensionare i livelli di produzione per un calo non congiunturale della domanda) la dottrina ha auspicato un'applicazione in via analogica dei criteri di scelta previsti dalla disciplina dei licenziamenti collettivi⁽⁹¹⁾. La Suprema Corte ha in qualche misura recepito queste indicazioni della dottrina, giungendo ad affermare che anche al cospetto di licenziamento individuale « è del tutto naturale il riferimento alle regole di correttezza esemplificate dai criteri di scelta », la cui eventuale violazione non dà luogo tuttavia all'invalidità, bensì alla mera illiceità del recesso, con conseguente diritto al risarcimento del danno⁽⁹²⁾. Più di recente la Cassazione ha in alcuni casi⁽⁹³⁾ ribadito il concetto sotto forma del necessario rispetto dei principi di correttezza e buona fede nella scelta del lavoratore da licenziare, risolvendosi la violazione di detti principi nell'illegittimità del licenziamento; in altri⁽⁹⁴⁾ si è pronunciata per l'applicazione analogica dei criteri dei carichi di famiglia e dell'anzianità, con esclusione del rilievo delle esigenze tecnico-produttive, considerata, da questo punto di vista, la fungibilità dei lavoratori nelle ipotesi di cui si tratta. Al di là dello strumento giuridico adottato

⁽⁹⁰⁾ Cfr. Cass. 4 marzo 1993 n. 2595.

⁽⁹¹⁾ V. l'art. 5, l. n. 223/1991, e cfr., per la dottrina, U. CARABELLI, *I licenziamenti per riduzione di personale*, in *DLRI*, 1994, 264, e ora *ID.*, *I licenziamenti per riduzione di personale in Italia*, in *AA.VV.*, *I licenziamenti per riduzione del personale in Europa*, Cacucci, Bari, 2001, 216; R. DEL PUNTA, *I licenziamenti collettivi*, in M. PAPALEONI, R. DEL PUNTA, M. MARIANI, *La nuova cassa integrazione guadagni e la mobilità*, Cedam, Padova, 1993, 241 ss.; A. VALLEBONA, *Licenziamento individuale per riduzione di personale*, in *DL*, 1993, II, 291 ss.; *contra* C. ALESSI, *Il licenziamento collettivo per riduzione di personale: fattispecie e disciplina*, in *RGL*, 1995, I, 225 ss., e S. BRUN, *op. cit.*, 131 ss., part. 144, ove rimette alle clausole generali il compito di arginare l'uso distorto del potere di scelta da parte del datore, clausole generali che devono però condurre proprio al riferimento ai criteri di scelta esemplificati dalla disciplina dei licenziamenti collettivi: il risultato non sembra cambiare di molto rispetto a chi propone l'estensione in via analogica degli stessi criteri.

⁽⁹²⁾ Cfr., per tutte queste conclusioni, Cass. 4 marzo 1993 n. 2595; *contra* sembra Cass. 30 ottobre 1990 n. 10461, in *NGL*, 1991, 399.

⁽⁹³⁾ Si v. Cass. 17 marzo 2001 n. 3874, in *NGL*, 2001, 465, e Cass. 21 novembre 2001 n. 14663, in *DL*, 2002, II, 23. Da ultimo, v. Cass. 11 giugno 2004 n. 11124, secondo cui « quando la scelta organizzativa imprenditoriale non incide direttamente su un determinato posto di lavoro, non consentendo al nesso di causalità di individuare un singolo, determinato dipendente da licenziare, il datore di lavoro è tenuto a dimostrare la correttezza e la buona fede delle modalità della scelta. La correttezza o la buona fede costituiscono infatti, modalità proprie dell'esercizio del diritto di recesso, vale a dire condizioni intrinseche della validità del medesimo diritto, la cui dimostrazione fa carico al datore in quanto onerato (art. 5 della l. n. 604/1966) di fornire la prova della giusta causa o del giustificato motivo di licenziamento ».

⁽⁹⁴⁾ Si pronunzia esplicitamente in tal senso Cass. 21 dicembre 2001 n. 16144, in *NGL*, 2002, 352.

(applicazione dei criteri di scelta di cui all'articolo 5 della legge n. 223 del 1991 o riferimento alle clausole di correttezza e buona fede nell'esecuzione del contratto), pare ormai consolidato l'orientamento della giurisprudenza di legittimità volto a contenere i margini di discrezionalità della scelta datoriale evitando un uso distorto dell'istituto del licenziamento per motivi oggettivi, che potrebbe discendere dall'ingresso di elementi di valutazione soggettiva del/i lavoratori da licenziare.

Se la giurisprudenza e la dottrina maggioritarie sono orientate nel senso della preclusione di un potere del giudice di sindacare l'opportunità delle modifiche organizzative ⁽⁹⁵⁾, parte minoritaria della giurisprudenza si spinge oltre, sulla scia delle ormai remote impostazioni dottrinarie tese alla valorizzazione dell'utile sociale come carattere intrinseco dell'iniziativa economica privata ⁽⁹⁶⁾. Anche se, va sottolineato, anche quando si ammette un certo margine di sindacato sulle scelte imprenditoriali (valorizzando i commi 2 e 3 dell'articolo 41 Cost.), resta ferma l'esclusione da ogni controllo dell'*an* dell'iniziativa economica privata.

Una via mediana di definizione di questi contrasti interpretativi può forse rinvenirsi in quella dottrina ⁽⁹⁷⁾, assai autorevole sebbene non recentissima, che ritiene legittimo un controllo non sull'opportunità delle scelte organizzative, ma sull'opportunità che da queste discenda il licenziamento ⁽⁹⁸⁾. Sembra però di potere affermare che la giurisprudenza maggioritaria, attraverso la valorizzazione di quelli che si sono detti « requisiti » delle ragioni tecnico-produttive giustificative del licenziamento, abbia assimilato l'insegnamento, trasformando poi la valutazione dell'opportunità del recesso nella verifica della sua inevitabilità ⁽⁹⁹⁾. Questa commistione di profili concernenti l'opportunità e l'effettività delle ragioni sostanziali giustificative del recesso torna a manifestarsi laddove la Cassazione ammette un controllo sui motivi che giustificano determinate scelte

⁽⁹⁵⁾ Il controllo del giudice deve quindi limitarsi alla non-arbitrarietà del licenziamento, come sopra precisata: cfr. Cass. 30 marzo 1994 n. 3128; Cass. 24 giugno 1994 n. 6067; Cass. 23 giugno 1998 n. 6222; da ultimo cfr. Cass. 5 maggio 2003 n. 7717: « Il motivo oggettivo di licenziamento determinato da ragioni inerenti all'attività produttiva deve essere valutato dal datore di lavoro, senza che il giudice possa sindacare la scelta dei criteri di gestione dell'impresa, poiché tale scelta è espressione della libertà di iniziativa economica tutelata dall'art. 41 Cost. Al giudice spetta invece il controllo della reale sussistenza del motivo addotto dall'imprenditore ».

⁽⁹⁶⁾ Per un esempio in tal senso, cfr. Cass. 18 aprile 1991 n. 4164.

⁽⁹⁷⁾ M. PERSIANI, *La tutela dell'interesse del lavoratore alla conservazione del posto*, in L. RIVA SANSEVERINO, G. MAZZONI (diretto da), *Nuovo trattato di diritto del lavoro*, II, *Il rapporto di lavoro*, Cedam, Padova, 1971, 690, e G. GIUGNI, *Intervento*, in AIDLASS, *I licenziamenti nell'interesse dell'impresa*, Atti delle giornate di studio di Firenze, Giuffrè, Milano, 1969, 103.

⁽⁹⁸⁾ Secondo S. BRUN, *op. cit.*, 147, questa impostazione risulta seguita da una parte della giurisprudenza di merito.

⁽⁹⁹⁾ A volte la S.C. appare quanto meno sibillina; cfr. Cass. 21 marzo 2003 n. 4187: « ... resta insindacabile nei suoi profili di congruità ed opportunità la relativa scelta imprenditoriale, sempre che la necessaria verifica dell'effettività di tale scelta comporti un'indagine in ordine ai margini di convenienza e di onerosità dei costi connessi al sistema organizzativo modificato dall'imprenditore, atteso che la trasformazione ben potrebbe comportare un maggiore costo, nella previsione dell'ottenimento di migliori risultati ».

organizzative e, quindi, il licenziamento ⁽¹⁰⁰⁾, sostenendo che le scelte organizzative idonee a motivare il licenziamento non sono quelle volte ad un incremento del profitto (o dell'efficienza dell'attività che si traduce in tale incremento), ma esclusivamente quelle dettate dall'esigenza di fronteggiare squilibri non congiunturali ⁽¹⁰¹⁾. Qui il confine è incerto: l'inidoneità della persecuzione dello scopo primo di un'impresa, vale a dire il conseguimento di profitto, a giustificare decisioni organizzative che conducono al recesso (ad esempio per la soppressione del posto che a quelle decisioni consegue) non è in qualche modo una verifica dell'opportunità delle scelte organizzative adottate? In realtà sembra che la maggiore preoccupazione dei giudici sia quella di evitare un'equazione incremento di profitto — giustificazione del licenziamento, equazione che rischia di avvicinarsi pericolosamente al superamento del principio in base al quale la giustificazione necessaria del recesso e la stabilità del rapporto di lavoro implicano l'addossamento al datore di lavoro di perdite ipotizzabili nel corso del rapporto stesso.

Il terreno pare quanto mai scivoloso, ma la questione non può essere ignorata, soprattutto perché la giurisprudenza che si addentra nella verifica dei motivi posti a base delle risoluzioni organizzative datoriali risulta copiosa, almeno se

⁽¹⁰⁰⁾ Qui invero la Cassazione sembra attestarsi su posizioni che non possono non apparire di retroguardia rispetto ad altra giurisprudenza europea (in particolar modo francese): cfr. in particolare R. DEL PUNTA, *Disciplina del licenziamento e modelli organizzativi delle imprese*, cit., 699 ss.

⁽¹⁰¹⁾ L'orientamento è maggioritario (ma non univoco: *contra* infatti, tra le ultime, Cass. 11 aprile 2003 n. 5777: « è legittima ogni motivazione — in senso economico — che l'abbia determinato: non solo i motivi estranei alle determinazioni imprenditoriali, cioè le esigenze di mercato, ma anche le modifiche organizzative esclusivamente finalizzate ad un incremento dei profitti ») in questo senso: cfr. Cass. 5 aprile 1990 n. 2824; Cass. 20 dicembre 1995 n. 12999, in *RIDL*, 1996, II, 632; Cass. 17 gennaio 1998 n. 414; Cass. 18 novembre 1998 n. 11646; Cass. 17 maggio 2003 n. 7750: « Nella nozione di giustificato motivo oggettivo di licenziamento è riconducibile anche l'ipotesi del riassetto organizzativo dell'azienda attuato al fine di una più economica gestione di essa e deciso dall'imprenditore non semplicemente per un incremento del profitto, ma per far fronte a sfavorevoli situazioni, non meramente contingenti, influenti in modo decisivo sulla normale attività produttiva »; Cass. 20 agosto 2003 n. 12270: « Nella nozione di giustificato motivo oggettivo rientra l'ipotesi del riassetto organizzativo dell'azienda attuato al fine di una più economica gestione di essa, purché non pretestuoso e strumentale, bensì volto a fronteggiare situazioni sfavorevoli non contingenti, le quali influiscano in modo decisivo sulla normale attività produttiva ed impongano un'effettiva necessità di riduzione dei costi ». Cfr. anche Cass. 27 agosto 2003 n. 12571. Nella stessa ottica Cass. 22 giugno 2000 n. 8515 (ma v. anche Cass. 18 aprile 1991 n. 4164; Cass. 11 aprile 1994 n. 3353; Cass. 27 novembre 1996 n. 10527, cit., che specifica la non rilevanza della temporaneità della crisi, a fronte di una sua serietà obiettiva) ha ritenuto non giustificato il licenziamento in assenza di prova circa le difficoltà economiche che imponevano la maggiore economia di gestione giustificativa del licenziamento (anche se per questa stessa sentenza le maggiori perplessità derivano dall'affermazione che lo stato di floridità dell'impresa potrebbe essere indice attendibile della inesistenza di un giustificato motivo obiettivo, affermazione pericolosa, che potrebbe condurre il giudice ad una radiografia dello stato di salute dell'intera azienda onde giustificare il licenziamento); cfr. ancora, da angolazione parzialmente diversa, Cass. 17 febbraio 2003 n. 2353: « una 'situazione debitoria' dell'azienda non integra di per sé una ristrutturazione organizzativa (né a questa conferisce effettività) », vale a dire che la condizione di sofferenza economica è sì requisito necessario, ma non anche condizione sufficiente di legittimità del recesso.

confrontata con quella che rispetta più rigorosamente il confine della insindacabilità del merito delle scelte del datore, ritenendo la reale sussistenza della modifica organizzativa sufficiente di per sé a giustificare il licenziamento ⁽¹⁰²⁾. I fautori di quest'ultimo orientamento ⁽¹⁰³⁾, ad ulteriore riprova della sua fondatezza, sottolineano come l'ordinamento francese (*code du travail*, articolo L. 321-1) consideri espressamente le difficoltà dell'impresa quali causa ultima del licenziamento economico, consentendo dunque esplicitamente al giudice di valutare l'effettiva sussistenza della difficoltà che giustifica le modifiche organizzative, al contrario di quanto accade nel nostro ordinamento. Va tuttavia notato che la giurisprudenza francese ⁽¹⁰⁴⁾ reputa talora sufficiente a legittimare il licenziamento anche il necessario sviluppo della competitività dell'impresa.

5. Punto ancora critico della elaborazione giurisprudenziale concernente i licenziamenti per ragioni oggettive sta nella delimitazione, sul piano della giustificazione causale, dei confini tra licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo e licenziamenti collettivi, così come regolati dalla legge n. 223 del 1991. Su questo terreno non sembra si siano formati orientamenti consolidati e, anche quando maggioritari, i filoni giurisprudenziali paiono caratterizzati da una « ramificazione » di motivazioni, che rende palese quanto ancora il dibattito sia aperto sulla questione. Ciò probabilmente dipende anche dall'aver ad oggetto la più parte del contenzioso aspetti di natura procedurale riguardanti la procedura di informazione ed esame sindacale, nonché l'applicazione dei criteri di scelta dei lavoratori da licenziare ⁽¹⁰⁵⁾.

Va comunque rilevato, ad ulteriore conferma della rilevanza dell'argomento in discussione, che non esiste giurisprudenza in materia di licenziamenti collettivi che si occupi degli aspetti sostanziali dell'istituto a prescindere dalla distinzione con i licenziamenti individuali.

Secondo alcune affermazioni, rinvenibili in pronunce della Suprema Corte degli ultimi anni ⁽¹⁰⁶⁾, « i licenziamenti collettivi si distinguono dai licenzia-

⁽¹⁰²⁾ Cfr. Cass. 26 marzo 1982 n. 1894, in *RIDL*, 1982, II, 765; Cass. 26 gennaio 1984 n. 624, in *RIDL*, 1985, II, 504; Cass. 30 marzo 1994 n. 3128; Cass. 6 aprile 1999 n. 3312.

⁽¹⁰³⁾ S. BRUN, *op. cit.*, 148.

⁽¹⁰⁴⁾ Cfr. ancora R. DEL PUNTA, *Disciplina del licenziamento*, cit., 709 ss.

⁽¹⁰⁵⁾ Cfr., da ultimo, G. NATULLO, *Il licenziamento collettivo*, F. Angeli, Milano, 2004, 35, secondo il quale questo dato « fornisce, da un lato, una conferma di quali siano gli aspetti centrali della disciplina legislativa e, dall'altro lato, indirettamente attesta la svalutazione del profilo causale rispetto a quello quantitativo ».

⁽¹⁰⁶⁾ Cfr. Cass. 15 gennaio 2003 n. 535, che cita Cass. 8 giugno 1999 n. 5662, e Cass. 12 ottobre 1999 n. 11455. Secondo quest'ultima in particolare, la l. n. 223/1991 ha fissato un ben definito criterio di individuazione dei licenziamenti collettivi per riduzione del personale, secondo cui essi si distinguono dai licenziamenti individuali esclusivamente per l'elemento quantitativo del numero dei dipendenti licenziati e per l'estraneità del singolo lavoratore alla procedura di messa in mobilità, che deve precedere la riduzione del personale; ne consegue che, non essendo più — a differenza di quanto accadeva prima dell'entrata in vigore della suddetta legge — la specifica ragione addotta a sostegno della risoluzione del rapporto lavorativo a caratterizzare la riduzione

menti individuali *esclusivamente* per l'elemento quantitativo del numero dei dipendenti licenziati e per l'estraneità del singolo lavoratore alla procedura di messa in mobilità, non essendo più la specifica ragione addotta a sostegno della risoluzione del rapporto lavorativo a caratterizzare la riduzione del personale e a distinguerla dal licenziamento plurimo per giustificato motivo obiettivo». Se dunque oggi ⁽¹⁰⁷⁾ la distinzione si fonda *esclusivamente* sull'elemento quantitativo e sulla procedura (che in conseguenza del riscontro del primo diviene applicabile), ne discende che sul piano della giustificazione causale nessuna differenza deve sussistere tra licenziamenti collettivi e licenziamenti individuali per giustificato motivo obiettivo. Da qui l'ovvio corollario per il quale « nel caso in cui il datore di lavoro, adducendo una riduzione o trasformazione di attività o di lavoro, ponga in essere alcuni licenziamenti senza superare la soglia quantitativa (di cinque licenziamenti nell'arco di 120 giorni) prevista dall'art. 24 della legge n. 223 del 1991 », il giudice è autorizzato a qualificare gli stessi « alla stregua di licenziamenti plurimi per ragioni obiettive dell'azienda » ⁽¹⁰⁸⁾ ovvero sia a « convertire » ⁽¹⁰⁹⁾ i licenziamenti collettivi in licenziamenti individuali plurimi.

In quest'ottica, se, come detto, non vi è altro elemento distintivo tra le due forme di licenziamento per ragioni oggettive che non sia quello procedurale e quantitativo (sebbene il primo sembri essere più conseguenza che non fonte dell'esatta qualificazione), dovrebbe allora dirsi che la giustificazione causale è elemento indefettibile del licenziamento collettivo quanto di quello individuale. E, invece, la stessa giurisprudenza ⁽¹¹⁰⁾ prosegue affermando che, una volta qualificato correttamente individuale plurimo il licenziamento intimato

del personale e a distinguerla dal licenziamento plurimo per giustificato motivo obiettivo, soltanto i licenziamenti al di sotto del numero indicato dall'art. 24 della legge medesima e non contenuti nell'arco temporale di centoventi giorni indicato dalla disposizione da ultimo citata possono configurarsi come licenziamenti individuali soggetti alla normativa della l. n. 108/1990 che ha applicazione generale, eccezion fatta per la residuale area di libera recedibilità. Sebbene immediatamente dopo sembri correggere il tiro, dalla prima argomentazione fatta propria dalla S.C. in questa pronuncia potrebbe discendere un'assimilazione di licenziamenti collettivi e individuali sotto il profilo causale, che pare in contrasto con l'orientamento maggioritario sulla irrilevanza dei profili causali per i primi. V. anche Cass. 20 gennaio 2003 n. 777, che sembra sostenere una sostanziale identità delle causali giustificative del licenziamento individuale per giustificato motivo obiettivo e licenziamento collettivo, e Cass. 22 aprile 2004 n. 7688, secondo la quale « il quadro normativo vigente ha eliminato qualsiasi differenza "ontologica" tra i licenziamenti collettivi per riduzione di personale e licenziamenti individuali plurimi "per giustificato motivo obiettivo connesso a riduzione, trasformazione o cessazione di attività o di lavoro" »: dal che si potrebbe dedurre che, non essendovi diversità ontologica, anche i licenziamenti collettivi devono essere casualmente giustificati.

⁽¹⁰⁷⁾ Per il regime degli accordi interconfederali anteriori alla l. n. 223/1991 si v., ancora, G. NATULLO, *op. cit.*, 18 ss., che parla di « ipervalutazione del parametro qualitativo-causale ».

⁽¹⁰⁸⁾ I pezzi tra virgolette sono citati da Cass. 1° febbraio 2003 n. 1526.

⁽¹⁰⁹⁾ Il termine è utilizzato impropriamente, analogamente a quanto accade quando, con riferimento ad ipotesi di licenziamento individuale per ragioni soggettive, si parla di conversione della giusta causa, addotta a giustificazione del licenziamento, in giustificato motivo soggettivo.

⁽¹¹⁰⁾ Cioè ancora Cass. 1° febbraio 2003 n. 1526, conforme ad altro orientamento che, come si va dicendo nel testo, propende per l'acausalità dei licenziamenti collettivi.

come collettivo, ma sprovvisto del necessario requisito quantitativo, la sua legittimità « resta subordinata alla condizione — con onere probatorio a carico del datore di lavoro — sia della incidenza della ristrutturazione sulla specifica posizione di lavoro, sia della impossibilità di utilizzare altrove le prestazioni del lavoratore in mansioni compatibili con la sua qualifica. Pertanto: se l'iniziale intenzione del datore di lavoro di procedere al licenziamento collettivo non si realizza, perché è lo stesso datore di lavoro a recedere da questo disegno, l'eventuale licenziamento di un inferiore numero di dipendenti comporta comunque la qualificazione degli stessi come individuali con la conseguente applicazione delle più ampie e penetranti garanzie previste per questi ultimi, le quali sono, al contempo, procedimentali e di merito ».

Dal che dovrebbe discendere una diversità sostanziale nella disciplina delle due fattispecie che non pare potersi giustificare razionalmente. In ordine ad esempio all'obbligo di *repêchage*, risulta difficile condividere l'idea di una sua insussistenza per i licenziamenti collettivi in genere e di una sua sussistenza per l'ambito del giustificato motivo oggettivo. Occorre piuttosto distinguere il caso in cui i licenziamenti, plurimi o collettivi, siano dettati da semplice esigenza di ridurre il personale, caso nel quale il sopra citato istituto giurisprudenziale non ha alcuna ragion d'essere, dall'ipotesi del licenziamento, plurimo o collettivo, imposto da esigenze di riorganizzazione aziendale (o da ragioni attinenti la persona del lavoratore: ma qui si esce dal tema in discussione), nella quale ben potrebbe riscontrarsi la possibilità di reimpiegare i lavoratori.

Tanto meno sembra potersi seguire la Suprema Corte laddove afferma che i licenziamenti collettivi sarebbero sottratti alle più ampie e penetranti garanzie di merito previste per i licenziamenti per giustificato motivo oggettivo, nella specie quella della verifica dell'effettiva incidenza della riorganizzazione aziendale sulla necessità di ridurre il personale. Qui è ovvio che, trattandosi di licenziamento individuale, andrà fornita la prova dell'incidenza delle scelte organizzative sulla posizione del singolo lavoratore da licenziare. È però altrettanto certo che anche nel caso di licenziamento collettivo dovrà trovare spazio la verifica dell'effettività delle ragioni addotte a sostegno del licenziamento per riduzione di personale (la « riduzione o trasformazione di attività o di lavoro » di cui discorre l'articolo 24 della legge n. 223). Una diversa conclusione diventa plausibile solo con riguardo alla fattispecie del licenziamento collettivo motivato dalla volontà di ridurre il personale, laddove la impostazione della giurisprudenza può trovare conforto nel fatto che la giustificazione causale sembra essere *in re ipsa*. Del resto, l'articolo 24 della legge n. 223 parla, tra le causali, di riduzione di attività o di lavoro, ma la soluzione non è scevra di criticità ⁽¹¹¹⁾.

⁽¹¹¹⁾ V. infatti M. NAPOLI, *op. cit.*, 273 ss., il quale sottolinea l'erroneità di questa impostazione: la decisione di ridurre il personale è presupposto di attivazione della procedura di consultazione sindacale, non motivo giustificativo del recesso, come dimostrato, nel regime precedente l'entrata in vigore della l. n. 223/1991, dalla previsione degli accordi secondo la quale l'oggetto dell'esame congiunto impresa-sindacati concerne i motivi della riduzione di personale (e oggi dal comma 3 dell'art. 4 della l. n. 223/1991, che stabilisce il contenuto della comunicazione al sindacato, nella

Nel senso dell'acausalità del licenziamento collettivo sembra orientata (e non solo per l'ultima fattispecie di cui si è detto) la giurisprudenza di legittimità maggioritaria, che talora giunge a costruirne anche una giustificazione logica: « nel licenziamento collettivo non rileva il requisito causale, perché i licenziamenti per riduzione di personale sono soggetti ad una forma di controllo collettivo procedurale — dal quale risulta sottratto e devoluto alla competenza del giudice solo la ricaduta sul piano individuale del mancato rispetto dei criteri di scelta di cui all'articolo 5 della legge n. 223 — a differenza di quanto accade in relazione ai licenziamenti per giustificato motivo obiettivo, che devono superare, invece, il filtro dell'adeguatezza dei motivi; con l'ulteriore conseguenza che nella riduzione del personale il corretto svolgimento della procedura, nell'ipotesi di preventivo accordo tra le parti sociali, attesta l'impossibilità di adottare misure alternative ai licenziamenti, mentre nel licenziamento per giustificato motivo oggettivo è sempre dovuta dal datore di lavoro la prova di non potere adibire il lavoratore ad altri compiti nell'ambito aziendale »⁽¹¹²⁾. In questa ricostruzione⁽¹¹³⁾ la sede del confronto sindacale diviene l'unica legittima sede di discussione e verifica delle ragioni sostanziali poste dal datore a fondamento della intenzione di licenziare collettivamente. In altre pronunce⁽¹¹⁴⁾ la Corte non si preoccupa nemmeno di giustificare la cennata acausalità, mostrando di ritenerla correlata in maniera ovvia all'essere l'istituto caratterizzato esclusivamente dalla dimensione occupazionale dell'impresa, dal numero dei lavoratori coinvolti e dall'arco temporale entro il quale i licenziamenti vengono intimati, « risultando superflua l'indagine circa l'esistenza di un programma di ristrutturazione o di stabile ridimensionamento aziendale » e, di conseguenza, « inammissibile la conversione del licenziamento collettivo inefficace o nullo in licenziamento individuale »⁽¹¹⁵⁾.

quale vanno indicati i « motivi che determinano la situazione di eccedenza », nonché i « motivi tecnici, organizzativi e produttivi, per i quali si ritiene di non poter adottare misure idonee a porre rimedio alla predetta situazione ed evitare, in tutto o in parte, la dichiarazione di mobilità »).

⁽¹¹²⁾ Cit. da Cass. 29 luglio 2003 n. 11651.

⁽¹¹³⁾ Ricostruzione che sembra trasporre sul piano della competenza a sindacare le tesi di chi, sul piano normativo sostanziale, riteneva sussistente una riserva a favore della disciplina collettiva: cfr. principalmente A. ARANGUREN, *Confronto tra procedure sindacali e procedure in sede giurisdizionale*, in AA.VV., *I licenziamenti collettivi per riduzione di personale*, Giuffrè, Milano, 1973, che trovo citato in M. NAPOLI, *op. cit.*, 243, alla nota 22.

⁽¹¹⁴⁾ Cfr. ad es. le sentenze 15 gennaio 2003 n. 535, e 1° febbraio 2003 n. 1526, cit.

⁽¹¹⁵⁾ Cit. da Cass. 8 giugno 1999 n. 5662. Vedi tuttavia Cass. 23 marzo 2004 n. 5794, che sembra a metà strada tra i due orientamenti cui si fa riferimento nel testo, facendo riferimento comunque al controllo preventivo pubblico e sindacale: « il licenziamento collettivo costituisce un istituto giuridico autonomo e distinto dal licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo, essendo lo stesso, in primo luogo, caratterizzato dalle dimensioni occupazionali dell'impresa (più di quindici dipendenti), dal numero dei lavoratori da licenziare (almeno cinque) e dall'arco temporale entro il quale debbono essere effettuati i licenziamenti (centoventi giorni) e, in secondo luogo, dal controllo preventivo (e non successivo), sindacale e pubblico, delle operazioni imprenditoriali di ridimensionamento della struttura aziendale; con la conseguenza che, nell'ambito della nuova disciplina delineata dalla legge, non può essere prospettata, in radice, l'ipotesi della conversione del licenziamento da collettivo in individuale, essendo quest'ultimo sottoposto a

Che, tuttavia, non si possa parlare di una costruzione teorica solida appare chiaro anche dalla lettura di altre pronunce. Così si afferma, ad esempio, che « l'art. 24 della legge n. 223/91, come interpretato dall'art. 8 della legge 19.7.1993, n. 236, contiene una presunzione di riconducibilità di tutti i licenziamenti (sempreché compresi nell'arco di 120 gg. e non addebitabili a ragioni inerenti il lavoratore) ad un medesima causale, laddove prevede che i licenziamenti collettivi siano 'comunque' riferibili alla medesima riduzione o trasformazione. Tale interpretazione della norma in esame si impone anche per una doverosa conformità con la disciplina comunitaria da cui trae origine la legge n. 223 del 1991: le direttive n. 75/129/CEE, n. 92/56/CEE e n. 98/59/CEE non prescrivono affatto quella 'causale' come elemento costitutivo della fattispecie, limitandosi ad indicare soltanto tre 'requisiti' identificativi dei licenziamenti collettivi *a)* la non inerenza del licenziamento alla persona del lavoratore; *b)* il numero minimo dei licenziamenti (variabile a seconda della dimensione occupazionale dell'impresa); *c)* l'arco temporale di riferimento dei medesimi licenziamenti »⁽¹¹⁶⁾. Orbene la lettura della norma nazionale in doverosa conformità alle direttive comunitarie, che non individuano una o più specifiche causali quali elementi identificativi della fattispecie disciplinata, lascerebbe supporre che, senza questo sforzo ossequioso della supremazia del diritto comunitario, la normativa nazionale andrebbe letta in senso opposto, vale a dire come richiedente una giustificazione causale dei licenziamenti collettivi.

Altra giurisprudenza testimonia la mancata compattezza degli orientamenti, operando una distinzione tra articolo 4 e articolo 24 della legge. Si afferma infatti che « nell'ambito di un licenziamento per la messa in mobilità di cui all'art. 4, primo comma, l. n. 223/1991, il nesso causale tra la scelta imprenditoriale relativa al ridimensionamento dell'organizzazione produttiva e la posizione lavorativa dei dipendenti licenziati non assume alcuna rilevanza, posto che il terzo comma dell'art. 5 della legge in questione non prevede alcuna sanzione per la mancanza di tale nesso causale, che è requisito necessario, invece, per il licenziamento previsto dall'art. 24, l. cit. »⁽¹¹⁷⁾. In questo modo, negando la rilevanza del nesso causale nei licenziamenti per messa in mobilità ed affermandola in quelli per riduzione di personale, la Corte finisce per avallare l'idea che la giustificazione causale sia elemento della fattispecie unitaria dei licenziamenti collettivi, con la sola differenza che l'indagine su questa giustificazione perde rilevanza per il caso dei licenziamenti per messa in mobilità, l'ammissione alla Cigs essendo « garante » della effettiva necessità di ridurre il personale.

presupposti del tutto diversi e non potendosi, quindi, discutere, in un processo promosso con l'impugnazione di un licenziamento ontologicamente collettivo e nel quale sia mancata l'allegazione dei necessari presupposti di fatto, della diversa ipotesi del licenziamento individuale ancorché plurimo ».

⁽¹¹⁶⁾ Cfr. Cass. 24 marzo 2003 n. 4274.

⁽¹¹⁷⁾ Cit. dalla massima redazionale di Cass. 11 novembre 1998 n. 11387, in *RIDL*, 1999, II, 665 ss., con nota di M. PALLA.

Le incertezze sui rapporti tra licenziamenti individuali per motivi « organizzativi » e licenziamenti collettivi si riflettono, come è naturale, anche sulla sussistenza dell'obbligo di *repêchage*, istituto (del quale si tratterà diffusamente più oltre) a cavallo tra presupposti sostanziali e disciplina del licenziamento oggettivamente giustificato. La dottrina è divisa tra chi propende per l'assimilazione delle diverse ipotesi di licenziamento per motivi oggettivi, ritenendo di conseguenza identico l'onere della prova della giustificatezza del licenziamento gravante sul datore di lavoro ⁽¹¹⁸⁾, e chi sostiene la diversità dei presupposti sostanziali del licenziamento collettivo e del licenziamento individuale plurimo per giustificato motivo oggettivo ⁽¹¹⁹⁾. La giurisprudenza maggioritaria sembra di quest'ultimo avviso, affermando talora esplicitamente che « il licenziamento collettivo è sottratto alla dimostrazione della impossibilità di collocare altrove il lavoratore licenziato incombente sul datore di lavoro nell'ipotesi di licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo » ⁽¹²⁰⁾. Va qui ripetuto quanto si accennava poco sopra, trattando della giustificazione causale del licenziamento collettivo: dove la ragione del licenziamento stia nella mera necessità di ridurre il personale, l'obbligo non ha ragion d'essere (così come in realtà non ha ragion d'essere in caso di licenziamento plurimo per giustificato motivo obiettivo consistente nella stessa necessità) ⁽¹²¹⁾; al contrario andrebbe

⁽¹¹⁸⁾ In tal senso si v.: G. FONTANA, *Discrezionalità imprenditoriale e tutela giurisdizionale nei licenziamenti motivati da ragioni economiche*, in *RGL*, 2001, III, 323, sul punto 344; R. DEL PUNTA, *I licenziamenti collettivi*, cit., 333, il quale sottolinea come la tesi in questione risulti confortata dallo stesso tenore letterale della l. n. 223/1991, laddove all'art. 4, comma 1, si fa riferimento a un'impresa che « ritenga di non essere in grado di garantire il reimpiego » ai lavoratori già sospesi e al comma 11 introduce la possibilità di derogare all'art. 2103 c.c. e di adibire il lavoratore interessato dalla procedura di messa in mobilità a mansioni inferiori, qualora ciò consenta di evitare il licenziamento, se ciò è consentito dagli accordi sindacali raggiunti nell'ambito della procedura medesima; U. CARABELLI, *I licenziamenti per riduzione di personale in Italia*, cit., 216; P. ALLEVA, *Il perché di una nuova legge e i problemi applicativi*, in *LI*, 1991, n. 21, 30; M. NAPOLI, voce *Licenziamenti*, in *DDPCom*, 1995, XI, 58 ss.; F. MAZZIOTTI, *Riduzione di personale e messa in mobilità*, in G. FERRARO, F. MAZZIOTTI, F. SANTONI, *Integrazioni salariali, eccedenze di personale e mercato del lavoro*, Jovene, Napoli, 1992, 97 ss.

⁽¹¹⁹⁾ Cfr. L. SPAGNUOLO VIGORITA, L. GUAGLIONE, F. SCARPELLI, *Sub art. 24*, in M. PERSIANI (a cura di), *Commentario alla legge 223/91*, in *NLCC*, 1994, II, 1100 ss.; M. MISCIONE, *I licenziamenti per riduzione del personale e la mobilità*, in F. CARINCI (a cura di), *La disciplina dei licenziamenti dopo le leggi 223/91 e 108/90*, Jovene, Napoli, 1991, 299 ss.

⁽¹²⁰⁾ Cit. da Cass. 7 gennaio 2003 n. 26. V. anche, da ultimo, Cass. 11 giugno 2004 n. 11124, secondo cui « l'esigenza, derivante da ragioni inerenti all'attività produttiva, di ridurre di una o più unità il numero dei dipendenti dell'azienda, se non dà luogo ad una ipotesi di licenziamento collettivo, può di per sé concretare un giustificato motivo obiettivo di licenziamento individuale, la cui legittimità dipende dalla ulteriore [corsivo di chi scrive] condizione della comprovata impossibilità di utilizzare *aliunde* il lavoratore licenziato, ovvero dal rispetto delle regole di correttezza di cui all'art. 1175 c.c. nella scelta del lavoratore licenziato tra più lavoratori occupati in posizione di piena fungibilità ». Nello stesso senso, in precedenza: Cass. 20 gennaio 2003 n. 777; Cass. 27 aprile 1991 n. 4688, in *Juris Data*, 2001; Cass. 28 novembre 1992, n. 12746; Cass. 19 novembre 1999 n. 13346, in *RIDL*, 2000, II, 791; Cass. 3 agosto 1998, n. 7620, in *Juris Data*, 2001; Cass. 15 novembre 1977 n. 4996; Cass. 14 aprile 1987 n. 3705; Cass. 22 gennaio 1987 n. 583; Cass. 21 gennaio 1987 n. 540; Cass. 17 gennaio 1987 n. 375, tutte in *Juris Data*, 2001.

⁽¹²¹⁾ Per la sussistenza dell'obbligo ove la causa del recesso sia la necessità di ridurre il

detto per altre ipotesi, nelle quali non si vede la ragione per cui la impossibilità di utilizzo della prestazione dovrebbe ricevere diversa valutazione sol perché si ricada nell'ambito di applicazione della legge n. 223 del 1991.

6. Elemento caratteristico della forma oggettiva di giustificazione causale del licenziamento, l'obbligo di *repêchage*, vale a dire l'obbligo di adibire il lavoratore ad altre mansioni onde consentire la prosecuzione del rapporto di lavoro, è istituito di alterne fortune. Creatura interpretativa di una giurisprudenza tradizionalmente sensibile alla condizione di debolezza del lavoratore in un mercato occupazionale tendenzialmente asfittico, è poi sfuggito di mano al suo stesso artefice, che pare oggi assai faticosamente impegnato nel tentativo di ridimensionarne l'ambito applicativo. Così la Suprema Corte si è anche trovata a dover ribadire che « in materia di licenziamento per giustificato motivo soggettivo non costituisce requisito di legittimità la impossibilità di utilizzare il lavoratore in altre attività dell'impresa cui egli risulti idoneo compatibilmente con la sua qualifica: requisito questo relativo al licenziamento per ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro ed al suo regolare svolgimento, che non ha ragion d'essere con riferimento alla persona del lavoratore e, cioè, per circostanza non suscettibile di modificare la rilevanza della giustificazione del recesso in rapporto a diverse condizioni oggettive »⁽¹²²⁾. Sebbene poi in fattispecie di confine, come lo scarso rendimento, la stessa Corte propende per una qualificazione in termini oggettivi proprio per sostenere l'applicazione dell'obbligo⁽¹²³⁾.

Un cenno a parte merita il caso dell'impossibilità « parziale » di utilizzo del lavoratore *full-time*, che possa invece essere impiegato *part-time*, così come il caso reciproco del lavoratore *part-time* sulla cui posizione divenga necessario al datore un lavoratore *full-time*. Qui non si tratta di ricollocare il lavoratore su una diversa posizione, bensì di trasformare il rapporto di lavoro per far fronte ad esigenze organizzative: la scelta del datore non comporta la soppressione *tout court* di un posto di lavoro, ma la necessità della sua trasformazione da *part-time* a *full-time* e viceversa. In queste ipotesi si ritiene che il datore sia tenuto a proporre la trasformazione del rapporto in *part-time* al lavoratore, legittimandosi il licenziamento in caso di rifiuto di quest'ultimo⁽¹²⁴⁾ e che, nel caso inverso, il datore, dimostrate le ragioni organizzative che richiedono la copertura dell'intero orario e l'inutile ricerca di altro personale disposto a coprire la restante quota di orario, nonché i motivi che impediscono di affiancare un lavoratore *full-time* al lavoratore *part-time*, possa recedere ove il prestatore rifiuti la trasformazione del rapporto in *full-time*⁽¹²⁵⁾.

personale dell'azienda si pronuncia in generale Cass. 4 marzo 1993 n. 2595; quanto ai licenziamenti collettivi, cfr. *per incidens* la sentenza Cass. 7 gennaio 2003 n. 26, cit.

⁽¹²²⁾ Cit. da Cass. 9 settembre 2003 n. 13194.

⁽¹²³⁾ Cfr. *retro* § 2-b) e le ivi citate osservazioni di L. NANNIPIERI, *op. cit.*, alla nota 27.

⁽¹²⁴⁾ Cfr. Cass. 3 settembre 1991 n. 9344, in *NGL*, 1992, 54, e in *RIDL*, 1992, II, 1001; l'orientamento non sembra però consolidato: Cass. 21 maggio 1991 n. 5687, in *NGL*, 1991, 574.

⁽¹²⁵⁾ Cfr. Cass. 20 dicembre 1995 n. 12999.

Questo orientamento della giurisprudenza supera ⁽¹²⁶⁾ il disposto dell'articolo 5, comma 1, del decreto legislativo n. 61 del 2000 (non modificato sul punto dal decreto legislativo n. 276 del 2003), che preclude in linea generale il licenziamento del lavoratore che non consenta a trasformare il proprio rapporto di lavoro in *part-time* o in *full-time*: la norma avrebbe la finalità di impedire il licenziamento motivato esclusivamente dal rifiuto di trasformazione, non di precludere scelte organizzative alle quali possa seguire la necessità di trasformare il rapporto. In realtà qualche dubbio sembra prospettabile al riguardo, ma non è questa la sede per tentare di scioglierlo.

Comunque, si voglia concepire l'obbligo di *repêchage* come presupposto di legittimità del licenziamento ⁽¹²⁷⁾ o come limite esterno alla facoltà di recesso ⁽¹²⁸⁾, certo è che la prova dell'inesistenza in azienda della possibilità di impiegare diversamente il lavoratore licenziando per motivi oggettivi è richiesta dalla giurisprudenza unanime. Giurisprudenziale è, del resto, la stessa ricostruzione dell'obbligo in questione, a partire dal principio costituzionale del contemperamento della libertà di iniziativa economica privata con l'utile sociale (articolo 41 Cost.) e dagli obblighi civilistici di correttezza e buona fede nell'esecuzione del contratto (articoli 1175 e 1375 c.c.). Il principio del licenziamento come *extrema ratio*, fondante in definitiva un obbligo di cooperazione del datore diretto alla conservazione del posto di lavoro, implica senza dubbio una ulteriore espansione dell'ambito del controllo giudiziale, pur agendo a valle delle scelte organizzative datoriali ⁽¹²⁹⁾. Ciò significa, in particolare, che il principio (come l'obbligo di *repêchage* che ne discende) opera su un assetto organizzativo dato, punto di partenza della verifica (anche) giudiziale di alternative al licenziamento. In quest'ottica la costruzione giurisprudenziale in oggetto pare logica conseguenza della già ricordata opinione, assai autorevolmente espressa in dottrina ⁽¹³⁰⁾, secondo la quale la giustificazione del recesso non può derivare solo dalle circostanze addotte dal datore e dal nesso causale tra queste ed il licenziamento, ma anche dall'opportunità, in base alle regole dell'organizzazione del lavoro, del provvedimento di recesso: ed è proprio questa opportunità, riletta poi dalla giurisprudenza nel senso della inevitabilità del recesso medesimo o della impossibilità di utilizzare diversamente il lavoratore, ad essere sindacabile dal giudice. Per tale via si è consolidato in giurisprudenza un obbligo del datore di lavoro di attuare, in conseguenza delle

⁽¹²⁶⁾ M. BROLLO, *La tutela del lavoro a tempo parziale (in caso di trasformazione del rapporto di lavoro)*, in ID. (a cura di), *Il lavoro a tempo parziale*, Ipsoa, Milano, 2001, 129 ss.

⁽¹²⁷⁾ Cfr. S. ROSSI DETTORI, *Sub art. 3, l. 604/1966*, in O. MAZZOTTA, *I licenziamenti*, Commentario, Giuffrè, Milano, 1999, 316 ss., qui 349; U. CARABELLI, *I licenziamenti per riduzione di personale in Italia*, cit., 111 ss., qui 217 e, in giurisprudenza, Cass. 9 settembre 1982 n. 4865, in *NGL*, 1983, 172; Cass. 18 aprile 1991 n. 4164.

⁽¹²⁸⁾ Per questa lettura si v. C. ZOLI, *La tutela delle posizioni strumentali del lavoratore. Dagli interessi legittimi all'uso delle clausole generali*, Giuffrè, Milano, 1988, 158.

⁽¹²⁹⁾ Cfr. U. CARABELLI, *I licenziamenti per riduzione di personale in Italia*, cit., 215, e F. SCARPELLI, *op. cit.*, 41.

⁽¹³⁰⁾ Da G. GIUGNI, *Intervento*, cit., 103, e M. PERSIANI, *La tutela dell'interesse del lavoratore ecc.*, cit., 690.

proprie scelte organizzative, ulteriori misure che evitino l'espulsione del lavoratore. Va anche osservato che il principio dell'*extrema ratio* trova (se non espresso) sicuro fondamento, da un punto di vista logico, nell'articolo 3 della legge n. 604 del 1966: la giustificazione del licenziamento altro non può significare che la necessità del licenziamento (posta una situazione organizzativa determinatasi in azienda); non avrebbe infatti senso alcuno pretendere che sussista un nesso di causalità tra ragioni organizzative e licenziamento se questo nesso non dovesse essere inteso come necessità del licenziamento stesso date certe esigenze organizzative.

Queste conclusioni trovano conferma continua, anche incidentale, nella lettura della giurisprudenza, secondo la quale le ragioni di ordine produttivo e organizzativo « devono essere tali nella loro oggettività e non in forza di un atto del datore che presenti margini di arbitrarietà, da determinare, con stretto nesso di consequenzialità, l'inutilizzabilità della prestazione lavorativa »⁽¹³¹⁾. Si potrebbe d'altronde sostenere che non è affatto detto che necessità debba esservi, ben potendo il licenziamento essere dettato da ragioni di mera convenienza. A prescindere dalla constatazione che parte della giurisprudenza non attribuisce alla convenienza o al profitto valore legittimante il licenziamento⁽¹³²⁾, la questione sembra vada risolta, sulla scia del citato insegnamento della dottrina⁽¹³³⁾, nel senso che la necessità del provvedimento deve essere valutata a valle e non a monte delle scelte organizzative datoriali, sicché non è da ricercarsi una crisi economica che renda ineludibile il licenziamento, ma è sufficiente verificare che quest'ultimo sia inevitabile conseguenza di scelte organizzative, ancorché dettate da mera convenienza.

In ogni caso, è affermazione consolidata quella per cui « il potere di recesso è legittimamente esercitato ai sensi dell'articolo 3, seconda parte, legge n. 604 del 1966, se il datore di lavoro fornisce la prova (ai sensi dell'articolo 5 della stessa legge) delle « ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del

⁽¹³¹⁾ Cit. da Cass. 3 luglio 2003 n. 10554. La necessità di limitare l'arbitrarietà del recesso datoriale è preoccupazione costante della giurisprudenza, ben più di quella di fondare in maniera giuridicamente solida l'obbligo di cui si discute. Anche nelle sentenze più risalenti, poco successive all'entrata in vigore della legge del 1966, non vi è traccia del « percorso creativo » dell'obbligo di *repêchage*, in genere giustificato sulla base dell'esigenza di evitare che la riduzione di personale nasconda in realtà uno strumento per « colpire » lavoratori sgraditi per altri motivi: v. Cass. 12 dicembre 1972 n. 3578, in *MGL*, 1973, 264 ss. (la prima Cassazione pubblicata ad essersi occupata del problema, a quanto consta), secondo la quale occorre che « il giudice accerti la non arbitrarietà del licenziamento di quel determinato lavoratore, attraverso la valutazione degli elementi di prova forniti dal datore di lavoro, al quale incombe il relativo onere, per giustificare la scelta effettuata, al fine di evitare che si prenda a prestito la riduzione del personale per giustificare il licenziamento di un dipendente per il quale non sussistano ragioni legittimanti il licenziamento stesso. Occorre, cioè, accertare le ragioni obiettive per cui quel determinato lavoratore non è stato mantenuto in servizio; perché, cioè, esso non poteva essere suscettibile di ulteriore utilizzazione in uno dei settori dell'attività produttiva in rapporto alle nuove esigenze dell'impresa o della diversa organizzazione del lavoro e, quindi, che quel licenziamento è frutto di una scelta determinata da ragioni obiettive (...) ».

⁽¹³²⁾ V. *retro* § 4, in fine.

⁽¹³³⁾ Ci si riferisce a G. GIUGNI e M. PERSIANI, citati poco sopra.

lavoro e al regolare funzionamento di essa », con riferimento a ciascun lavoratore e alla posizione lavorativa dello stesso, per cui la natura individuale del licenziamento implica altresì la prova dell'impossibilità di adibire il lavoratore ad altre posizioni lavorative nell'ambito dell'organizzazione del lavoro aziendale. Sul datore di lavoro, dunque, incombe l'onere di dimostrare la concreta riferibilità del licenziamento individuale ad iniziative collegate ad effettive ragioni di ordine produttivo e organizzativo [...] »⁽¹³⁴⁾. A partire da questa affermazione di principio, lo sforzo costante della giurisprudenza sta, come si accennava, nel tentativo di disegnare degli argini ad un obbligo, che, se non temperato, rischierebbe di ridimensionare in modo eccessivo la facoltà del datore di lavoro di « liberarsi » di dipendenti non più utili allo sviluppo dell'attività e, più oltre, di ledere finanche l'insindacabilità degli assetti organizzativi da questo determinati⁽¹³⁵⁾.

A parte un orientamento⁽¹³⁶⁾ tendente ad escludere la sussistenza dell'obbligo in caso di sopravvenuta inidoneità fisica o psichica del prestatore di lavoro e di superamento del periodo di comporta⁽¹³⁷⁾, questo tentativo ha avuto ad oggetto, principalmente, a) il profilo della tutela della professionalità del lavoratore e delle possibilità di reimpiego anche oltre i limiti fissati dalla normativa in materia di *jus variandi*, b) l'ambito topografico (in caso di più unità produttive facenti capo allo stesso datore) e soggettivo (in caso di lavoratore dipendente di una società facente parte di gruppo) di riferimento per la valutazione delle possibilità di reimpiego e c) la disciplina dell'onere probatorio in materia di reimpiego del lavoratore licenziando.

a) Quanto al primo punto, la giurisprudenza maggioritaria sottolinea che il reimpiego del lavoratore è ammesso solo in relazione a mansioni equivalenti⁽¹³⁸⁾, anche se non mancano aperture, la più significativa delle quali

⁽¹³⁴⁾ Cit. da Cass. 3 luglio 2003 n. 10554.

⁽¹³⁵⁾ Per il riferimento alla insindacabilità delle opzioni organizzative cfr., tra le tante, Cass., sez. un., 7 agosto 1998 n. 7755; Cass. 5 agosto 2000 n. 10339, in *MGL*, 2000, 1208.

⁽¹³⁶⁾ Cfr. *retro sub* § 2-c) per considerazioni specifiche in merito e riferimenti giurisprudenziali. V. poi più avanti nel testo, *sub a*).

⁽¹³⁷⁾ Cfr., tra le ultime in questo senso, Cass. 19 luglio 1994 n. 6731, in *MGL*, 1994, 762 ss., che ha dichiarato irrilevante la valutazione della sussistenza della possibilità di assegnare il lavoratore ad altri compiti ai fini della legittimità del licenziamento intimato per superamento del periodo di comporta (non si sofferma particolarmente in motivazione sul punto, ma richiama in senso conforme Cass. 20 marzo 1992 n. 3517, in *MGL*, 1992, 210). Cfr. anche Cass. 21 settembre 1991 n. 9869, in *MGL*, 1991, 693, citata in nota alla sentenza. Va però osservato come almeno Cass. 20 marzo 1992 n. 3517 fa parte di quel filone giurisprudenziale restrittivo in tema di obbligo di *repêchage*, che ne esclude la sussistenza anche nell'ipotesi di sopravvenuta inidoneità fisica permanente (o di durata indeterminabile), per condizioni fisiche o psichiche del dipendente (filone che sembra partire da una stretta applicazione della disciplina civilistica della impossibilità sopravvenuta).

⁽¹³⁸⁾ Per la tesi della inderogabilità dell'art. 13 Stat. lav. si pronunciano, tra le altre, Cass. 17 giugno 1983 n. 4189, in *GI*, 1984, I, 1339; Cass. 13 agosto 1991 n. 8835; Cass. 17 aprile 1996 n. 3640, in *MGL*, 1996, 550, con nota di S. MASINI; più di recente cfr. Cass. 17 febbraio 2003 n. 2353: « Il controllo giudiziale sul licenziamento per giustificato motivo oggettivo, che non può estendersi all'opportunità e congruità delle scelte in materia di assetti produttivi ed organizzativi, ha il fine

proviene dalle Sezioni Unite della Cassazione⁽¹³⁹⁾, generalmente riferite alla sopravvenuta inidoneità parziale del lavoratore. L'assegnazione a mansioni equivalenti sul piano professionale deve essere caratterizzata da un'equivalenza retributiva, nel senso di un'indifferenza della suddetta assegnazione per il datore di lavoro dal punto di vista economico: quest'ultimo non deve cioè essere gravato da maggiori oneri⁽¹⁴⁰⁾. Con il che si vede, ancora una volta, quanto la giurisprudenza sia attenta al carattere « bifronte » di ogni affermazione di principio in materia.

In passato una parte della dottrina, seguita da una giurisprudenza minoritaria⁽¹⁴¹⁾, aveva ricostruito un obbligo per il datore di lavoro di riqualificare il lavoratore onde evitarne il licenziamento⁽¹⁴²⁾. Ancora oggi alcuni autori ricomprendono la riqualificazione (almeno nel senso di una potenziale « riconversione » professionale del lavoratore, in modo da renderne possibile l'assegnazione a mansioni per lo svolgimento delle quali non è formato) tra i presupposti di legittimità del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, almeno nei contesti aziendali dove la formazione continua rientra nei normali

di accertare che il datore abbia fornito la prova che, nell'ambito dell'organizzazione aziendale, non vi erano, all'epoca del licenziamento, altre possibilità di evitare la risoluzione del rapporto se non quella, vietata dall'art. 2103 c.c., di adibire il lavoratore ad una mansione dequalificante rispetto a quella esercitata »; Cass. 20 agosto 2003 n. 12270 e Cass. 27 agosto 2003 n. 12571: « Con riferimento all'onere probatorio, la prova dell'impossibilità di utilizzare il dipendente licenziato in altre mansioni equivalenti va fornita sulla base di inequivoci elementi volti a dimostrare che, nell'ambito della organizzazione aziendale esistente all'epoca del licenziamento, non vi erano altre possibilità di evitare la risoluzione del rapporto se non quella, vietata dall'art. 2103 c.c., di adibire il lavoratore ad una mansione dequalificante rispetto a quella dallo stesso esercitata prima della ristrutturazione aziendale »; Cass. 3 luglio 2003 n. 10554: « Il datore di lavoro ha l'onere di dimostrare l'impossibilità di utilizzare il lavoratore in altre mansioni compatibili con la qualifica rivestita, in relazione al concreto contenuto professionale dell'attività cui il lavoratore era precedentemente adibito ».

⁽¹³⁹⁾ Cfr. la già citata, *retro* § 2-c), Cass., sez. un., 7 agosto 1998 n. 7755. Già in precedenza cfr. Cass. 7 settembre 1993, n. 9386, in *RGL*, 1994, II, 373; Cass. 24 ottobre 1991 n. 11297, in *GI*, 1992, I, 1493, con nota di I. PICCININI; ancor prima, cfr. Cass. 1° dicembre 1988 n. 6515, in *MGL*, 1989, 189 — per un mero *obiter dictum* — con nota di A. RICCARDI, e Cass. 8 settembre 1988 n. 5092, in *OGI*, 1988, 1138. Tra le ultime cfr. invece da ultimo Cass. 27 ottobre 2003 n. 16106: « L'art. 2103, prima parte, c.c. stabilisce che il prestatore di lavoro debba essere adibito alle mansioni per le quali è stato assunto, senza alcuna diminuzione di retribuzione. Diverso è il caso in cui, verificato il motivo oggettivo di licenziamento consistente nell'impossibilità di svolgere le mansioni per infermità, il lavoratore accetti le mansioni inferiori »; pone delle limitazioni Cass. 22 agosto 2003 n. 12362, secondo cui: « Solo nel caso in cui il giustificato motivo oggettivo di licenziamento consiste nell'inidoneità permanente del lavoratore allo svolgimento delle mansioni per sopravvenuta infermità, occorre non solo la prova dell'impossibilità di adibizione del lavoratore medesimo ad altra attività riconducibile alle mansioni assegnate o a quelle equivalenti, ma anche, in mancanza, riconducibile a mansioni inferiori, sempre che tale diversa attività sia utilizzabile nell'impresa secondo l'assetto organizzativo insindacabilmente stabilito dall'imprenditore ».

⁽¹⁴⁰⁾ Cfr. Cass. 7 luglio 1992 n. 8254, in *RCDL*, 1993, 404; Cass. 19 giugno 1993 n. 6814, in *MGL*, 1993, 464; Cass. 7 settembre 1993 n. 9386.

⁽¹⁴¹⁾ Cfr. Cass. 7 settembre 1993 n. 9386, in *NGL*, 1993, 801; *contra* cfr. Cass. 14 settembre 1995 n. 9715.

⁽¹⁴²⁾ Cfr. G. GIUGNI, *Intervento*, cit., 103; F. LISO, *La mobilità del lavoratore, Il quadro legale*, F. Angeli, Milano, 1982, 89 ss.

schemi evolutivi della struttura produttiva ⁽¹⁴³⁾. La giurisprudenza sembra tuttavia contraria ad una siffatta estensione dell'operatività dell'obbligo quando sussista incompatibilità tra professionalità del lavoratore e assetto organizzativo assunto dall'impresa ⁽¹⁴⁴⁾.

b) In relazione all'ambito topografico di rilevanza del principio non sembrano porsi particolari problemi e la giurisprudenza richiede che la possibilità di reimpiego sia vagliata in tutte le unità produttive ⁽¹⁴⁵⁾ salvo il caso del rifiuto preventivo del lavoratore a trasferirsi ⁽¹⁴⁶⁾.

Più complesso, come sempre per i gruppi di imprese, il discorso con riferimento all'ambito soggettivo di incidenza del principio: contrariamente a quanto sostenuto da cospicua giurisprudenza di merito, la Suprema Corte è ferma sulla irrilevanza di un gruppo di imprese, anche in presenza di una gestione unitaria dell'attività imprenditoriale, poiché « la disciplina legislativa inerente all'attività di società tra loro collegate, desumibile dal codice civile e dalla legislazione speciale, non consente di attribuire all'attività di gruppo, di per sé, « un valore giuridicamente unificante », sicché dall'unitarietà economica del gruppo non può trarsi alcuna conseguenza per quanto attiene ai diritti ed agli obblighi attinenti alla risoluzione del rapporto di lavoro » ⁽¹⁴⁷⁾. In altri termini, « l'appartenenza dell'impresa ad un gruppo economico o societario non ha alcuna giuridica efficacia unificante, con la conseguenza che il lavoratore subordinato può vantare pretese rispetto all'impresa datrice di lavoro ed all'interno del suo ambito organizzativo, ma non anche nei riguardi delle imprese del gruppo o con riferimento ai loro assetti produttivi » ⁽¹⁴⁸⁾.

La Cassazione ritiene però che questa irrilevanza del gruppo societario, dovuta essenzialmente al rispetto dello schermo delle distinte personalità giuridiche, sia superabile laddove possa ravvisarsi nel gruppo stesso un unico centro di imputazione del rapporto di lavoro. E ciò accade « ogni volta che vi sia una

⁽¹⁴³⁾ V. R. DEL PUNTA, *Disciplina del licenziamento*, cit., 718, che segue sul punto F. Scarpelli. *Contra* v. comunque S. BRUN, *op. cit.*, 150, secondo la quale, condivisibilmente, simili conclusioni possono giustificarsi solo sul presupposto dell'ingresso della formazione continua nello schema causale del contratto.

⁽¹⁴⁴⁾ Cfr. Cass. 9 luglio 1997 n. 6253; Cass. 21 maggio 1999 n. 4970, in *OGL*, 1999, 769, in un caso in cui erano state soppresse tutte le collaborazioni relative alla realizzazione di campagne pubblicitarie ed era quindi venuta meno una professionalità di tipo particolare, estranea al normale assetto organizzativo dell'impresa.

⁽¹⁴⁵⁾ Cfr. Cass. 18 aprile 1991 n. 4164; Cass. 7 luglio 1992 n. 8254; Cass. 28 novembre 1992 n. 12746, in *RCDL*, 1993, 407; Cass. 4 settembre 1997 n. 8505, in *DL*, 1998, II, 178, secondo cui in caso di impresa edile la prova deve riguardare tutti i cantieri; Cass. 21 febbraio 1998 n. 1891; tra le ultime si v. Cass. 23 gennaio 2003 n. 1008 e Cass. 24 marzo 2003 n. 4274.

⁽¹⁴⁶⁾ Cfr. Cass. 3 giugno 1994 n. 5401, in *RCDL*, 1995, 190; Cass. 23 ottobre 1996 n. 9204; Cass. 26 ottobre 1996 n. 9369; esplicita Cass. 5 maggio 2003 n. 7717: « La dimostrazione dell'impossibilità di un'altra utilizzazione del lavoratore licenziato deve concernere tutte le sedi dell'attività aziendale, essendo sufficiente la limitazione alla sede cui era addetto il lavoratore licenziato solo nell'ipotesi preliminare di rifiuto del medesimo a trasferirsi altrove ».

⁽¹⁴⁷⁾ Così Cass. 3 aprile 1990 n. 2831.

⁽¹⁴⁸⁾ Cit. da Cass. 1° febbraio 2003 n. 1527. Prima cfr. Cass. 9 novembre 1992 n. 10053; Cass. 27 febbraio 1995 n. 2261.

simulazione o una preordinazione in frode alla legge del frazionamento di un'unica attività fra i vari soggetti del collegamento economico-funzionale e ciò venga accertato in modo adeguato, attraverso l'esame delle attività di ciascuna delle imprese gestite formalmente da quei soggetti, che deve rivelare l'esistenza di alcuni requisiti essenziali quali: a) l'unicità della struttura organizzativa e produttiva; b) l'integrazione tra le attività esercitate dalle varie imprese del gruppo e il correlativo interesse comune; c) il coordinamento tecnico e amministrativo-finanziario, tale da individuare un unico soggetto direttivo che faccia confluire le diverse attività delle singole imprese verso uno scopo comune; d) l'utilizzazione contemporanea della prestazione lavorativa da parte delle varie società titolari delle distinte imprese, nel senso che la stessa sia svolta in modo indifferenziato e contemporaneamente in favore dei vari imprenditori » (149). In questi casi la verifica delle possibilità di reimpiego del lavoratore da licenziare va estesa a tutto il gruppo, che in realtà può essere considerato

(149) Cit. da Cass. 1° aprile 1999 n. 3136. V. anche in senso conforme, tra le ultime, Cass. 23 marzo 2004 n. 5808, secondo cui « il collegamento economico-funzionale tra imprese gestite da società del medesimo gruppo non è di per sé solo, sufficiente a far ritenere che gli obblighi inerenti ad un rapporto di lavoro subordinato, formalmente intercorso tra un lavoratore ed una di esse, si debbano estendere anche all'altra, a meno che non sussista una situazione che consenta di ravvisare — anche agli eventuali fini della valutazione di sussistenza del requisito numerico per l'applicabilità della cosiddetta tutela reale del lavoratore licenziato — un unico centro di imputazione del rapporto di lavoro »; Cass. 26 aprile 2004 n. 6707: « Il collegamento economico funzionale tra imprese gestite da società del medesimo gruppo non è di per sé solo sufficiente a far ritenere che gli obblighi inerenti un rapporto di lavoro subordinato, formalmente intercorso fra un lavoratore ed una di esse, si debbano estendere anche all'altra, a meno che non sussista una situazione che consente di ravvisare — anche all'eventuale fine della valutazione di sussistenza del requisito numerico per l'applicabilità della tutela reale del lavoratore licenziato — un unico centro di imputazione del rapporto di lavoro; tale situazione ricorre ogni volta che vi sia una simulazione o una preordinazione in frode alla legge del frazionamento di un'unica attività tra i vari soggetti del collegamento economico-funzionale e ciò quando venga accertato in modo adeguato, attraverso l'esame delle attività di ciascuna delle imprese gestite formalmente da quei soggetti, che deve rivelare l'esistenza dei seguenti requisiti: a) unicità della struttura organizzativa e produttiva; b) integrazione tra le attività esercitate dalle varie imprese del gruppo e il correlativo interesse comune; c) coordinamento tecnico e amministrativo-finanziario tale da individuare un unico soggetto direttivo che faccia confluire le diverse attività delle singole imprese verso uno scopo comune; d) utilizzazione contemporanea della prestazione lavorativa da parte delle varie società titolari delle distinte imprese, nel senso che la stessa sia svolta in modo indifferenziato e contemporaneamente in favore dei vari imprenditori »; Cass. 16 maggio 2003 n. 7717, secondo cui « non costituisce fenomeno rilevante sotto il profilo giuridico, ma solo sotto quello economico (con l'unico limite della frode della legge) il « gruppo di società », fatto salvo il caso in cui il gruppo sia così strettamente collegato da costituire unico centro di imputazione di rapporti giuridici. Perché si possa dire esistente tale unico centro di imputazione, occorrono alcuni requisiti: a) l'unicità della struttura organizzativa e produttiva; b) l'integrazione tra le attività esercitate dalle varie imprese del gruppo, con correlativo interesse comune; c) il coordinamento tecnico e amministrativo-finanziario, tale da individuare un unico soggetto direttivo che faccia confluire le diverse attività delle singole imprese verso uno scopo comune; d) l'utilizzazione contemporanea della prestazione lavorativa da parte delle varie società titolari delle distinte imprese, nel senso che la stessa sia svolta in modo indifferenziato e contemporaneamente in favore dei vari imprenditori che fruiscono dell'attività del lavoratore ». Come si vede dalle citazioni, la Cassazione è ferma sul punto e concorde sui requisiti che consentono « l'unificazione » giuridica del soggetto economico che è datore di lavoro.

fittizio, giacché la pluralità dei soggetti è solo formale. Lo stesso vale, ovviamente, « ogni volta che vi sia una simulazione o una preordinazione in frode alla legge degli atti costitutivi delle società del gruppo mediante interposizioni fittizie ovvero reali o fiduciarie, ovvero vi sia una illecita interposizione di manodopera ex articolo 1 della legge 23 ottobre 1960 n. 1369, con conseguente separazione fra datore di lavoro nominale ed effettivo destinatario della prestazione lavorativa »⁽¹⁵⁰⁾. Ma, trattandosi di superare l'apparenza giuridica, è necessaria la prova specifica delle fattispecie in oggetto, prova necessaria « ad invalidare quelle conseguenze naturalmente ricollegabili alla distinta ed autonoma personalità giuridica di ogni società »⁽¹⁵¹⁾.

Ancora una volta bisogna prendere atto di come questo rigore interpretativo della Suprema Corte, costante per quanto concerne i gruppi di società non solo in tema di *repêchage* (ma anche di interposizione, soglie per l'applicazione delle discipline di tutela ecc.), non sia « a senso unico ». La Corte è infatti ben attenta a precisare che « così come non può pretendersi dal datore di lavoro di dimostrare anche la impossibilità di occupare il lavoratore presso altre società in qualche modo da lui controllate (ma costituenti soggetti diversi), così il mero rifiuto del lavoratore di passare alle dipendenze di un terzo non può, di per sé solo, in assenza della prova della impossibilità di occupazione all'interno della impresa datrice di lavoro, giustificare il licenziamento »⁽¹⁵²⁾. In questa, come in altre fattispecie riconducibili al licenziamento per ragioni oggettive, la giurisprudenza dimostra di avere ben presente la necessità di uno sforzo costante, di una continua ricerca del punto di equilibrio, che eviti uno « snaturamento » della disciplina legale alleggerendo o appesantendo i vincoli imposti dal legislatore sulla base di opzioni di politica del diritto.

c) Il terzo strumento utilizzato dai giudici per circoscrivere l'operatività dell'obbligo di *repêchage* sta nella ripartizione degli oneri probatori dell'impossibilità di riutilizzare il prestatore e nella verifica del relativo assolvimento.

La giurisprudenza attenua il rigore che sul piano sostanziale deriva dalla (creazione e dalla) dilatazione dei confini dell'obbligo di *repêchage* tramite il minore rigore con il quale valuta la prova del suo adempimento. Così opta per la valorizzazione di circostanze di fatto, ritenute valutabili come presunzioni semplici, affermando che « l'onere del datore di lavoro di dimostrare l'impossibilità di un'altra utilizzazione del lavoratore licenziato va assolto, concernendo un fatto negativo, mediante la dimostrazione di fatti positivi corrispon-

⁽¹⁵⁰⁾ Cit. da Cass. 24 marzo 2003 n. 4274. Nello stesso senso, cfr. per la simulazione Cass. 7 aprile 1994 n. 6420; per il frazionamento in frode alla legge di un'unica attività di impresa Cass. 27 febbraio 1995 n. 2261; Cass. 12 marzo 1996 n. 2008; Cass. 29 novembre 1996 n. 10688, in *MGC*, 1996, 1640 (v. anche Cass. 29 marzo 1999, n. 3030, in *OGL*, 1999, 449, che considera nuovi assunti lavoratori prima in servizio presso altre società del gruppo, sul consueto rilievo del valore esclusivamente economico dell'unitarietà di questo, salva la frode alla legge); per la violazione del « vecchio » divieto di interposizione nelle prestazioni di lavoro Cass. 8 agosto 1987 n. 6848; Cass. 7 aprile 1992 n. 5011, in *OGL*, 1992, 703; Cass. 12 agosto 1992 n. 9517.

⁽¹⁵¹⁾ Cit. da Cass. 24 marzo 2003 n. 4274; nello stesso senso, cfr. anche Cass. 1° novembre 1999 n. 12492.

⁽¹⁵²⁾ Cit. da Cass. 28 agosto 2003 n. 12645.

denti, come il fatto che i residui posti di lavoro, riguardando mansioni equivalenti, fossero al tempo del licenziamento stabilmente occupati da altri lavoratori, e il fatto che dopo il licenziamento e per un congruo periodo non sia stata effettuata alcuna nuova assunzione nella stessa qualifica del lavoratore licenziato »⁽¹⁵³⁾. Posto che la prova riguarda una circostanza negativa, il relativo onere può dunque essere assolto anche mediante prova di correlativi fatti positivi che assumono valore di presunzione semplice⁽¹⁵⁴⁾. Ed è chiaro come un simile orientamento semplifica non poco il vaglio sulla effettiva possibilità di una ricollocazione, rispettando nella sostanza la decisione di recedere del datore purché non sussistano elementi rivelatori di un uso distorto della causale oggettiva.

In linea di principio, si riscontra quindi in giurisprudenza un certo *self restraint* nella valutazione della prova e nell'uso del potere istruttorio: la prova dell'impossibilità di ricollocare il lavoratore è richiesta entro i limiti, da un lato, della ragionevolezza e, dall'altro, delle contrapposte deduzioni delle parti⁽¹⁵⁵⁾. In particolare, quanto al secondo aspetto, i giudici tendono a non avvalersi degli ampi poteri istruttori riconosciuti dall'articolo 421 c.p.c., caricando il lavoratore dell'onere di allegare la possibilità concreta di una diversa sistemazione, la cui prova negativa dovrà essere fornita dal datore⁽¹⁵⁶⁾.

⁽¹⁵³⁾ Cit. da Cass. 5 maggio 2003 n. 7717. Per l'estensione del concetto di nuove assunzioni v. Cass. 29 marzo 1999 n. 3030, in *OGL*, 1999, 449, che arriva ad includervi lavoratori prima in servizio presso altre società del medesimo gruppo, sul consueto rilievo del valore esclusivamente economico dell'unitarietà del gruppo, salva la frode alla legge: cfr. Cass. 27 novembre 1996 n. 10527, cit.; Cass. 29 maggio 1997 n. 4782, in *OGL*, 1997, 848; Cass. 13 ottobre 1997 n. 9967, in *RIDL*, 1998, II, 327.

⁽¹⁵⁴⁾ Cfr. Cass. 14 giugno 1999 n. 5893.

⁽¹⁵⁵⁾ Cfr. Cass. 14 settembre 1995 n. 9715, ma la tendenza sembra generale; Cass. 9 agosto 2003 n. 12037: « L'onere della prova relativo all'impossibilità di impiego del dipendente licenziato nell'ambito dell'organizzazione aziendale — concernendo un fatto negativo — deve essere assolto mediante la dimostrazione di correlativi fatti positivi, come il fatto che i residui posti di lavoro relativi a mansioni equivalenti fossero, al tempo del recesso, stabilmente occupati, o il fatto che dopo il licenziamento non sia stata effettuata alcuna assunzione nella stessa qualifica. Detto onere deve essere comunque mantenuto entro limiti di ragionevolezza, sicché esso può considerarsi assolto anche mediante il ricorso a risultanze di natura presuntiva ed indiziaria »; vedi inoltre Cass. 7 gennaio 2004 n. 28, secondo cui « La prova dell'impossibilità di impiegare il lavoratore licenziato in mansioni diverse grava sul datore di lavoro; esso deve ritenersi, tuttavia, contenuto nei limiti della ragionevolezza e delle contrapposte deduzioni delle parti ». In senso parzialmente contrario v. però Cass. 20 agosto 2003 n. 12270 e Cass. 27 agosto 2003 n. 12571, secondo cui « non è sufficiente la sola prova costituita dalla produzione in giudizio di una copia del libro matricola dal quale risulti la mancata assunzione di altri lavoratori con qualifica analoga a quella del dipendente licenziato per un tempo ragionevolmente successivo al licenziamento stesso, pur potendo tale produzione essere utilizzata, in concorso con altri elementi, come indizio dell'assunto del datore di lavoro ».

⁽¹⁵⁶⁾ L'orientamento è maggioritario: cfr. Cass. 23 ottobre 1998 n. 10559, in *MGL*, 1999, 158; Cass. 9 agosto 2003 n. 12037: « Il lavoratore, pur non avendo il relativo onere probatorio — l'onere della prova relativo all'impossibilità di reimpiego di se stesso, *ndr* —, che grava per intero sul datore di lavoro, ha comunque un onere di deduzione e di allegazione di tale possibilità di *repêchage* »; Cass. 27 agosto 2003 n. 12571: « l'onere probatorio dell'impossibilità di adibire il lavoratore allo svolgimento di altre mansioni analoghe a quelle svolte in precedenza, pur non potendo essere

7. Al termine di questo *excursus* appare chiaro come nella materia ci si trovi di fronte ad una giurisprudenza vastissima e assai frastagliata, tanto per varietà di fattispecie quanto per soluzioni adottate. È quindi assai arduo il compito di individuare delle linee guida: si tratta in genere di orientamenti, come a volte si è segnalato, poco solidi, che difficilmente potrebbero fungere da « binari » analitici.

Tuttavia un primo bilancio può farsi, se non altro sulla scorta di elementi di fondo comuni. Elementi che stanno essenzialmente nel tentativo di mantenere la « purezza » dell'istituto, arginando l'ingresso di elementi « soggettivistici » (ad esempio in tema di applicazione analogica dei criteri di scelta previsti dall'articolo 5 della legge n. 223 del 1991) ed evitando un uso distorto dello stesso, e nello sforzo di trovare un equilibrio possibile tra la libertà organizzativa del datore di lavoro e la tendenziale stabilità del rapporto di lavoro a tempo indeterminato (sforzo bene esemplificato proprio dalle evoluzioni giurisprudenziali da ultimo viste con riguardo al c.d. obbligo di *repêchage*).

Benché non manchino punte irrigidenti (es. valutazione dell'opportunità delle scelte datoriali) ispirate dalla tradizionale propensione alla tutela del contraente debole, dalla lettura delle sentenze emerge il quadro di una giurisprudenza equilibrata e tutto sommato consapevole delle esigenze e della mutevo-

posto a carico del lavoratore, poiché gravante unicamente sul datore di lavoro, implica comunque per il primo un onere di deduzione ed allegazione tra gli elementi posti a fondamento dell'azione e tra i presupposti della sua domanda»; per Cass. 9 luglio 1997 n. 6253 (in *DL*, 1998, II, 176) il difetto di attività del lavoratore sul punto può essere sintomatico della effettiva non ricollocabilità dello stesso; Cass. 15 novembre 2002 n. 16141; Cass. 20 gennaio 2003 n. 777: « L'onere probatorio relativo all'impossibilità di ricollocare il lavoratore licenziato è a carico del datore di lavoro. Esso, tuttavia, deve essere contenuto nei limiti della ragionevolezza e delle contrapposte deduzioni delle parti e nell'ambito delle circostanze di fatto e di luogo reali proprie della singola vicenda esaminata. Inoltre il lavoratore è tenuto a fornire elementi utili per una sua possibile diversa collocazione »; Cass. 23 gennaio 2003 n. 1008: « L'onere della prova sulla impossibilità di una diversa utilizzazione grava in primo luogo sul datore di lavoro, anche se « tale onere può essere assolto mediante la prova di fatti idonei positivi, quali la circostanza che i posti di lavoro riguardanti mansioni equivalenti fossero al tempo del licenziamento stabilmente occupati da altri lavoratori » (Cass. 26 ottobre 1996 n. 9369); ed anche se lo stesso « lavoratore licenziato può e deve fornire elementi utili ad individuare la esistenza di realtà idonee ad una sua possibile diversa collocazione » (Cass. 30 ottobre, 2000, n. 13134) »; Cass. 21 marzo 2003 n. 4187: « In caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo — nella cui nozione rientra anche l'ipotesi di riassetto organizzativi attuati per la più economica gestione dell'azienda, purché non pretestuosi e strumentali — grava sull'imprenditore l'onere della prova non solo dell'effettività delle ragioni poste a fondamento del licenziamento, ma anche della impossibilità di impiego del dipendente licenziato nell'ambito dell'organizzazione aziendale; tuttavia, tale seconda dimostrazione va contenuta nei limiti della ragionevolezza e delle contrapposte deduzioni delle parti; ciò significa che il principio dell'onere della prova non va applicato con una rigidità contrastante con i limiti della ragionevolezza ed anche il lavoratore licenziato può e deve fornire elementi utili ad individuare la esistenza di realtà idonee ad una sua possibile diversa collocazione ».

Ma non consolidato: cfr. infatti Cass. 18 aprile 1991 n. 4164 e Cass. 7 luglio 1992 n. 8254; da ultimo, cfr. Cass. 24 febbraio 2003 n. 2810: « Ai fini della sussistenza del giustificato motivo oggettivo di licenziamento, l'impossibilità di adibire il lavoratore allo svolgimento di mansioni analoghe non può essere posta direttamente o indirettamente, come onere probatorio, a carico del lavoratore, nemmeno al solo fine di indicare i posti di lavoro assegnabili ».

lezza del mondo della produzione. Non sembrano dunque sempre condivisibili le critiche avanzate da parte della dottrina, ad esempio con riguardo alla affermata impossibilità di licenziare per sostituzione il lavoratore anziché per soppressione del posto di lavoro. Qui (ma il discorso potrebbe valere per molti altri aspetti) la giurisprudenza si trova stretta tra la già segnalata necessità di garantire l'oggettività della giustificazione del recesso, evitando di legittimare forme di licenziamento soggettivo « travestite » da licenziamento per motivo obiettivo, e la difficoltà di distinguere la fattispecie « sostituzione », garantendo nel contempo al datore di lavoro gli indefettibili margini di discrezionalità nel governo della propria attività. Non a caso la stessa giurisprudenza ha finito per avallare anche il licenziamento giustificato dalla semplice redistribuzione interna delle mansioni, solo talvolta richiedendo che almeno una quota delle mansioni in precedenza attribuite al lavoratore licenziato sia effettivamente soppressa.

La giustificazione causale del licenziamento per motivi oggettivi nella giurisprudenza di legittimità

— **Riassunto** — *L'analisi del tema pone di fronte ad una giurisprudenza vastissima e assai frastagliata, tanto per varietà di fattispecie quanto per soluzioni adottate. È quindi assai arduo il compito di individuare delle linee guida, essendo la materia ben lungi dall'essere compiutamente sistematizzata, specie per quanto concerne i magmatici e irrisolti rapporti con la normativa civilistica.*

Il lavoro, attraverso un excursus che va dalla distinzione rispetto al giustificato motivo soggettivo all'analisi delle fattispecie giustificative oggettive inerenti la persona del prestatore e le scelte organizzative del datore, affrontando i problemi relativi ai limiti del sindacato giudiziale, al c.d. obbligo di repêchage e ai rapporti con i licenziamenti collettivi, tenta perciò di ricostruire in chiave critica alcune tendenze di fondo e di segnalare alcuni spunti di particolare interesse. Ci si riferisce in particolare al tentativo di mantenere la « purezza » dell'istituto, arginando l'ingresso di elementi « soggettivistici », allo sforzo di trovare un equilibrio possibile tra la libertà organizzativa del datore di lavoro e la tendenziale stabilità del rapporto di lavoro a tempo indeterminato, alla individuazione dei limiti al sindacato giudiziale sulle esigenze organizzative del datore di lavoro e in particolare sulla idoneità dell'obiettivo di incrementare efficienza e profitti a giustificare il licenziamento, dove qualche pronuncia « si apre » alle esigenze della competitività, sia pure in un mare di pronunce orientate in senso opposto. Di particolare attualità è poi il problema dei rapporti tra licenziamento individuale per motivo oggettivo e licenziamenti collettivi: qui la giurisprudenza, in prevalenza orientata a disconoscere la rilevanza della causale giustificativa in caso di licenziamenti collettivi, offre diverse soluzioni.

Benché non manchino punte irrigidenti condizionate dalla tradizionale propensione alla tutela del contraente debole, dalla lettura delle sentenze emerge il quadro di una giurisprudenza equilibrata e tutto sommato consapevole delle esigenze e della mutevolezza del mondo della produzione. Non sembrano dunque sempre condivisibili le critiche a questa giurisprudenza avanzate da una parte della dottrina.

Justifications for dismissal for objective reasons in case law dealing with legitimacy (Article in Italian) — Summary

The paper takes as its starting point the fact that the existing case law in this area is extensive and highly fragmented, both in terms of the matters considered and the rulings handed down. It is therefore hard to identify any guidelines, as this area has not been dealt with in a systematic manner, particularly with regard to the complex interface with civil law provisions. The paper deals with a number of issues, ranging from the differences from the justification for dismissal for subjective reasons, and the objective reasons relating to the employee and the organisational choices of the employer, while examining problems relating to the limits of decision-making powers, the requirement to reallocate employees who have been dismissed, and redundancy schemes. The paper therefore aims to provide a critical analysis of certain underlying tendencies and to highlight

certain matters of interest. Reference is made in particular to attempts to maintain the specific characteristics of dismissal for objective reasons, resisting the tendency to introduce subjective elements, and to the attempts to strike a balance between the employer's managerial freedom and the stability of open-ended employment. In addition, reference is made to the identification of the limits to managerial prerogatives and in particular to the aim of increasing efficiency and profit as a justification for dismissals, showing that a number of rulings take the requirements of competitiveness into account, though they are less numerous than those that take the opposite approach. One issue that is particularly interesting at the moment is the relation between individual dismissal for objective reasons and collective redundancies: case law on this point tends not to take a favourable view of the justificatory reasons for redundancy, though various approaches are to be found. The paper concludes by arguing that although there are instances of a rigid approach, reflecting the traditional propensity to safeguard the weaker party, a reading of the sentences reveals that case law generally manages to strike a balance and to take the changing needs of production into account. The criticisms that are often made by certain legal scholars do not therefore appear to be justified.

Il licenziamento per « ragioni economiche »: le fattispecie

Maddalena De Rosa

Sommario: **1.** Introduzione. — **2.** Il rapporto tra licenziamento individuale e collettivo dalle origini all'emanazione della legge n. 604/1966. — **3.** Le costruzioni dottrinali della nozione di licenziamento per riduzione di personale. — **4.** L'intervento comunitario e la disciplina legislativa nazionale dei licenziamenti per riduzione di personale. — **5.** La proposta unificazione dei licenziamenti individuali e collettivi per motivi oggettivi o economici. — **6.** Cenni di comparazione. — **7.** *Repêchage* e licenziamenti collettivi.

1. La nozione di licenziamento per ragioni economiche, impiegata in alcuni ordinamenti europei ma trascurata in quello italiano, abbraccia tutte le ipotesi di risoluzione di uno o più rapporti di lavoro ad iniziativa del datore di lavoro aventi causa in esigenze tecnico-organizzative o produttive. La disciplina normativa si trova, pertanto, a mediare tra l'ovvio interesse del lavoratore alla conservazione del posto di lavoro, quello datoriale a preservare le ragioni di funzionalità dell'organizzazione produttiva e quello sindacale a monitorare ed eventualmente a incidere sulla vicenda, a tutela e rappresentanza di interessi collettivi ⁽¹⁾.

Ne scaturisce un assetto disciplinare in cui, in via di principio, l'interesse datoriale piega quello alla stabilità dell'impiego purché concorrano alcune condizioni sostanziali e soprattutto procedurali; queste ultime implicanti, in particolare, il radicamento di un qualche controllo sindacale delle scelte aziendali. Naturalmente, tanto più pressante risulta l'esigenza di una incombenza sindacale sulla procedura di licenziamento quanto più risulti interessato dalla vicenda risolutiva un consistente numero di lavoratori e, dunque, un interesse collettivo, esplicantesi sia nella tensione verso una riduzione del numero dei lavoratori da licenziare, sia nella adozione di criteri di scelta oculati e razionali.

Questa semplificata visione della mediazione legislativa si complica allorché ci si interroga su quale sia l'interesse datoriale ritenuto meritevole di tutela, ai fini della legittimità del licenziamento: se cioè sia sufficiente a giustificare la risoluzione del o dei rapporti qualunque perdita economica o di

(*) Maddalena De Rosa è vincitrice, con il presente contributo, del Premio tesi di laurea « Marco Biagi » 2005.

(¹) Si è interessato, da ultimo, alla mediazione tra gli interessi coinvolti dalla disciplina normativa dei licenziamenti, M. MARINELLI, *I licenziamenti per motivi economici*, Giappichelli, Torino, 2005.

efficienza aziendale o se occorra una perdita particolarmente qualificata (specie se comparata con il sacrificio imposto al o ai lavoratori); se sia necessaria la definitiva soppressione del o dei posti di lavoro o se legittimi il licenziamento anche la mera sostituzione del o dei lavoratori con altri meno costosi o più efficienti.

L'accorpamento in un'unica categoria dei licenziamenti « per ragioni economiche » rende ineludibile il tema della differenziazione tra licenziamenti individuali e licenziamenti collettivi, che, peraltro, trova sorte diversa nei vari ordinamenti e che sarà oggetto precipuo del presente studio. Più in generale, tale differenziazione pone la necessità di pervenire ad adeguate definizioni, intorno alle quali anche l'ordinamento comunitario, nelle sue varie componenti, si trova sovente impegnato ⁽²⁾.

Al di là del profilo definitorio, rilevante interesse riveste altresì il rapporto tra le garanzie sostanziali (*melius*: legate al rilievo del profilo causale del recesso) e quelle meramente procedurali. Le prime, tipicamente riferite al licenziamento individuale, alimentano il dibattito in ordine alla loro applicabilità (e pregnanza) in tema di licenziamenti collettivi i quali sono, invece, sicuramente investiti da corpose tutele di tipo procedurale. Va sin d'ora segnalato che il cennato dibattito vede dottrina e giurisprudenza su sponde tendenzialmente opposte: la prima favorevole a un sindacato « causale » del licenziamento collettivo, la seconda, sia pur in modo non unanime, propensa a valorizzare in via esclusiva il complesso percorso procedurale predisposto in particolare, dalla legge n. 223/1991. E si tratta di una controversia divenuta di particolare attualità al cospetto della sempre più frequente adozione, in via consensuale, di un criterio di scelta dei lavoratori da esodare per riduzione del personale imperniato sulla prossimità alla maturazione dei requisiti pensionistici. Criterio che sovente conduce al licenziamento anche di lavoratori non addetti a settori o uffici dichiarati oggettivamente esuberanti dall'azienda nella comunicazione iniziale della procedura e che, come tale, rischia di andare in conflitto con la tesi del rilievo « causale » del licenziamento collettivo, mentre risulta compatibile con la enfaticizzazione del solo versante procedurale. Il licenziato « anziano » addetto a settore per il quale non sono stati dichiarati esuberanti, impugnerà il provvedimento datoriale invocando l'assenza, nel contesto in cui opera, della giustificazione causale consistente in « una riduzione o trasformazione di attività o di lavoro ».

2. Com'è noto, fino alla prima metà degli anni Sessanta, la disciplina del

⁽²⁾ Basti pensare, a puro titolo esemplificativo, alla recentissima pronuncia della C. Giust. C-188/03, 27 gennaio 2005, destinata a puntualizzare, sia pure a fini particolari, che « l'evento qualificabile come *licenziamento* è rappresentato dalla manifestazione di volontà del datore di lavoro di risolvere il contratto di lavoro » e non deve essere identificato nell'effettiva cessazione del rapporto di lavoro, allo scadere del termine di preavviso del licenziamento. Si veda, inoltre, C. Giust., sez. II, C-32/02, 16 ottobre 2003, in *RIDL*, 2004, n. 2, 229 ss., con nota di M.D. FERRARA, *La nozione di datore di lavoro e la disciplina dei licenziamenti collettivi: la Corte di Giustizia condanna la Repubblica Italiana*, e in *LG*, 2003, 1121 ss., con nota di M. MISCIONE, *L. 223/1991 sui licenziamenti collettivi anche ai non imprenditori*.

licenziamento in Italia è di orientamento squisitamente liberista: il sistema è imperniato sul recesso *ad nutum*, parzialmente corretto, negli anni, attraverso una serie di accordi interconfederali ⁽³⁾ che, tra l'altro, aprono la strada ad una canonizzazione della distinzione tra licenziamenti collettivi e licenziamenti individuali. Nel successivo trentennio i due istituti subiscono una notevole mutazione, grazie alla normativa legale introdotta in tema di licenziamenti individuali (legge n. 604/1966), seguita da quella disciplinante i licenziamenti per riduzione di personale (legge n. 223/1991); mutazione che, in ogni caso, sembra non essersi arrestata visto l'avvicinarsi di ulteriori interventi normativi (comunitari e nazionali) nonché di continui spunti di riflessione offerti dalla dottrina e dalla giurisprudenza. L'evoluzione normativa ed interpretativa si rivela non priva di interesse agli occhi non solo dei giuristi ⁽⁴⁾, ma anche di economisti, sociologi e politologi, che in essa rinvergono la causa e/o l'effetto delle alterne vicende che hanno interessato, nella seconda metà del Novecento, il sistema produttivo del nostro Paese. Un cenno in prospettiva storica a tale evoluzione si presenta, pertanto, indispensabile. Tentiamo, allora, di riassumere brevemente questa evoluzione nelle sue tappe fondamentali.

L'originaria distinzione di fattispecie tra licenziamenti individuali e collettivi viene effettuata in base alle ragioni poste a fondamento dei due istituti: soggettive nel primo caso, oggettive nel secondo. I licenziamenti individuali sono « quelli motivati da ragioni che concernono la persona del lavoratore licenziato, che il datore di lavoro intende sostituire mediante la assunzione di un altro lavoratore » ⁽⁵⁾. Quando invece « l'imprenditore licenzi uno o più prestatori di lavoro per riduzione del personale, allegando cioè la necessità di soppressione di uno o più posti di lavoro, in vista di una riorganizzazione dell'azienda, egli compie una valutazione nell'interesse dell'impresa in sé considerato indipendentemente dalla persona del lavoratore o dei lavoratori colpiti dal provvedimento, ai quali non viene imputata alcuna ragione di demerito » ⁽⁶⁾. La disciplina confederale conosce, dunque, la dicotomia « licenziamento soggettivo/individuale-licenziamento oggettivo/collettivo » ⁽⁷⁾.

⁽³⁾ Si fa riferimento agli accordi interconfederali del 1950 (accordo del 18 ottobre per i licenziamenti individuali e accordo del 20 dicembre sui licenziamenti per riduzione di personale), poi sostituiti da quelli del 1965 (rispettivamente, 25 aprile e 5 maggio).

⁽⁴⁾ Due recenti pubblicazioni testimoniano il vivo interesse dei giuristi per le tematiche affrontate: M.T. CARINCI, *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato*, in F. GALGANO (diretto da), *Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'Economia*, Cedam, Padova, 2005, e M. MARINELLI, *op. cit.*

⁽⁵⁾ Così definisce i licenziamenti individuali (n.b.: per la definizione data dallo stesso autore dei licenziamenti collettivi si veda la nota successiva) L. MENGONI, *Deformazioni giurisprudenziali della disciplina collettiva dei licenziamenti nell'industria*, in *RDC*, 1957, II, 311 ss.

⁽⁶⁾ La definizione è di L. MENGONI, *op. cit.*

⁽⁷⁾ Va precisato, tuttavia, che l'accordo interconfederale non ha mai utilizzato la parola « collettivo », limitandosi a distinguere tra licenziamenti individuali e licenziamenti per riduzione del personale. L'uso dell'aggettivo « collettivo » si deve all'interpretazione data alla disciplina confederale da alcuni autori. Tale qualificazione non era tuttavia immotivata, giustificandosi « in base alla constatazione che individuale è soltanto il licenziamento dettato da ragioni concernenti la persona del lavoratore, e perciò non poteva qualificarsi come individuale nel senso dell'accordo

Anche la giurisprudenza dell'epoca, del resto, è in linea con tale orientamento ed afferma: « il criterio distintivo tra le due forme di licenziamento previste dagli accordi interconfederali 21 aprile 1950 e 18 ottobre 1950 non va ricercato nel « numero » dei lavoratori licenziati, sebbene nel « motivo » che sta a base del licenziamento adottato. Il licenziamento si considera « per riduzione del personale » quando è il « posto di lavoro », obbiettivamente considerato, che va soppresso, indipendentemente dalla persona che lo occupa; va invece considerato « individuale » quando si vuole allontanare dall'azienda un determinato individuo per motivi subbiettivi che riguardano la sua persona » (8). Tale distinzione, in ogni caso, non incide sulla qualificazione dell'atto giuridico di recesso posto in essere dal datore di lavoro, che, in entrambi i casi, mantiene natura individuale.

Dalla ricostruzione del sistema, così sommariamente effettuata, emerge una caratteristica significativa: un recesso per motivi oggettivi, singolo o plurimo che sia, e dunque a prescindere dal numero di lavoratori licenziati, viene comunque qualificato come collettivo (9). In tal modo risulta occultato quello che è considerato oggi il più rilevante aspetto dei recessi collettivi, ossia l'elemento quantitativo che, concretandosi nel numero di persone coinvolte dall'evento licenziamento, evidenzia l'impatto sociale generato dallo stesso.

Nel 1966 il legislatore interviene sulla materia con legge n. 604 del 15 luglio introducendo la vigente disciplina dei licenziamenti individuali. La norma ha un forte impatto, anzitutto perché canonizza il principio della necessaria giustificazione causale dei licenziamenti individuali e, inoltre, perché stravolge il precedente sistema fondato sulla distinzione tra licenziamento individuale-soggettivo e licenziamento collettivo-oggettivo (10). Nasce, così, una nuova nozione di licenziamento individuale alla cui base può porsi una motivazione tanto di tipo oggettivo (giustificato motivo oggettivo di licenziamento) quanto di tipo soggettivo (giusta causa o giustificato motivo soggettivo di licenziamento).

Al di là delle valutazioni più o meno positive della dottrina e delle concrete difficoltà incontrate dalla giurisprudenza nell'applicazione della nuova disciplina (in molti punti elastica e, dunque, bisognosa di essere creativamente interpretata in sede giudiziaria), la novella introduce un sistema di riferimento di grande importanza e, sembra, *a posteriori*, di buona resistenza alle mutazioni nel tempo del mercato italiano del lavoro. Di contro, non gode della stessa sorte, se non dopo oltre un ventennio, l'istituto del licenziamento collettivo, per il quale l'unica « norma » di riferimento resta per lungo tempo l'accordo interconfederale del 5 maggio 1965. L'accordo ha efficacia limitata al settore

il licenziamento dettato da esigenze di trasformazione e riduzione di attività o di lavoro » (M. NAPOLI, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, F. Angeli, Milano, 1980, 273 ss.).

(8) Trib. Napoli 10 giugno 1957, in *OGL*, 1957, 547.

(9) Si vedano Trib. Milano 8 ottobre 1953, in *MGL*, 1954, 121, e Trib. Milano 28 gennaio 1965, *ivi*, 1965, 83.

(10) Cfr. S. VERGARI, *Licenziamenti per riduzione di personale e licenziamenti per motivi oggettivi: due nozioni da riunificare*, in *LD*, gennaio 1991, n. 1, 57 ss.

industriale e solo agli stabilimenti che normalmente occupano più di 10 lavoratori; inoltre, accanto alla previsione dei c.d. criteri di scelta dei lavoratori da licenziare, esso contiene garanzie meramente procedurali, lasciando alla dottrina e alla giurisprudenza il compito di tracciare una forma di tutela anche sostanziale dei lavoratori ⁽¹¹⁾. La disciplina negoziale si limita, infatti, a garantire un confronto tra l'impresa e gli organismi locali dei sindacati stipulanti prima che si proceda ai licenziamenti.

La legge n. 604, d'altronde, fa riferimento ai licenziamenti collettivi solo nell'articolo 11, u.c., dove, con connotazione negativa, afferma che « La materia ... è esclusa dalle disposizioni della presente legge ».

3. La dottrina, conscia della lacuna legislativa in materia di licenziamento collettivo, si sforza di trovare elementi di ricostruzione proprio nell'articolo 11, u.c., della legge n. 604/1966, ad onta del suo carattere « negativo ».

a) Un primo orientamento dottrinale, vede, nella norma dell'articolo 11, la volontà del legislatore di *rinviare* o *riservare* all'accordo interconfederale la regolamentazione del licenziamento collettivo ⁽¹²⁾. Sono di tale avviso quegli interpreti che, assunta quale premessa maggiore l'esclusione dei licenziamenti collettivi dall'ambito di applicazione della legge n. 604/1966 e quale premessa minore l'esistenza di una disciplina dei licenziamenti per riduzione di personale nell'accordo interconfederale del 1965, concludono per l'esistenza di un rinvio o riserva di legge a quest'ultima fonte per la regolamentazione della materia. La tesi ha grande fortuna in giurisprudenza ed autorevoli sostenitori ⁽¹³⁾, così come autorevoli ⁽¹⁴⁾ sono le voci critiche e di dissenso. Queste ultime argomentano, in particolare, evidenziando l'insufficienza dell'esistenza di fatto di una fonte contrattuale per affermare che esista una volontà legislativa di rinviare ad essa: in tanto è possibile parlare di rinvio o di riserva di legge in quanto la stessa legge disponga espressamente in tal senso e, nel caso di specie,

⁽¹¹⁾ U. CARABELLI, *I licenziamenti per riduzione di personale*, in *DLRI*, 1994, n. 2, 213 ss.

⁽¹²⁾ A. ARANGUREN, *Confronto tra procedure sindacali e procedure in sede giurisdizionale*, in *AA.VV. I licenziamenti collettivi per riduzione di personale*, Giuffrè, Milano, 1973, 124.

⁽¹³⁾ Si veda per esempio G. ZANGARI, *Contributo alla teoria del licenziamento nel diritto italiano e comparato*, Giuffrè, Milano, 1974, 241, secondo cui l'art. 11 « si è risolto in una vera e propria riserva normativa in favore delle procedure sindacali »; M. GRANDI, *Intervento*, in *AIDLASS, I licenziamenti nell'interesse dell'impresa*, Atti delle giornate di studio di Firenze, 27-28 aprile 1968, Milano, Giuffrè, 1969, 106: « risulta dai lavori preparatori e delle discussioni politiche e sindacali, che hanno preceduto l'emanazione della legge, il chiaro intendimento di espungere la materia dei licenziamenti collettivi dall'ambito di applicazione della legge stessa, per riservare tale materia alla competenza propria della contrattazione collettiva ». Si veda, inoltre, E. GHERA, *Intervento*, in *AIDLASS, I licenziamenti nell'interesse dell'impresa*, cit., 101.

⁽¹⁴⁾ Si veda, per un'articolata critica della tesi suesposta, M. NAPOLI, *op. cit.*, 244. Si veda inoltre G. PERA, *Controllo del giudice sui licenziamenti c.d. collettivi*, in *FI*, 1975, I, col. 878. Più di recente, si veda M. PEDRAZZOLI, *Ancora sulla bivalenza normativa del licenziamento per riduzione di personale*, in *AIDLASS, Licenziamenti collettivi e mobilità. Atti delle giornate di studio di Roma*, 26-27 gennaio 1990, Giuffrè, Milano, 1991.

sembra si possa pacificamente affermare che la norma dell'articolo 11, legge n. 604/1966, non contiene alcun rinvio o riserva esplicita ⁽¹⁵⁾.

b) Un secondo filone dottrinale, che riscuote ampi consensi, è fondato sulla tesi della c.d. *autonomia ontologica* del concetto di licenziamento collettivo ⁽¹⁶⁾. I suoi sostenitori leggono nell'articolo 11, u.c., legge n. 604/1966, la volontà del legislatore di disegnare per il licenziamento collettivo una disciplina assolutamente autonoma rispetto a quella del licenziamento individuale, sulla base della appartenenza dei due istituti a fattispecie concettualmente diverse ⁽¹⁷⁾. Da tale assunto muovono, poi, diramazioni che, battendo strade parallele, giungono a risultati differenti.

La prima di queste diramazioni conduce alcuni autori ad affermare che la materia dei licenziamenti collettivi, in qualità di « fattispecie ontologicamente autonoma di riduzione del personale » ⁽¹⁸⁾, lungi dall'essere esclusa dalla legge n. 604, sarebbe, dalla stessa, *compiutamente definita*. L'argomentazione addotta a sostegno di tale tesi è la seguente: poiché la materia dei licenziamenti collettivi è il soggetto della proposizione normativa dell'articolo 11, u.c., legge n. 604/1966 (che esclude i licenziamenti collettivi dalla disciplina dei licenziamenti individuali), nell'uso di questo soggetto si deve intravedere l'ammissione della *sussistenza giuridica* della materia dei licenziamenti collettivi. In altre parole, il semplice fatto che il legislatore abbia menzionato i licenziamenti collettivi come soggetto di una proposizione normativa fa sì che la stessa materia, lungi dall'essere « esclusa dalle disposizioni della presente legge », come testualmente recita l'articolo 11, u.c., legge n. 604/1966, sarebbe, dalla stessa norma, *compiutamente definita* attraverso la creazione di una categoria autonoma e distinta da quella dei licenziamenti individuali ⁽¹⁹⁾. Corollario di

⁽¹⁵⁾ Sottolinea tale aspetto critico M. NAPOLI (*op. cit.*, 243-245) insieme alla considerazione che, se anche dovesse accogliersi la tesi del rinvio o della riserva alla contrattazione collettiva, ciò equivarrebbe a considerare i licenziamenti collettivi ancora sottoposti alla regola della libera recedibilità, poiché l'accordo interconfederale conferma tale regola. *Contra*, A. CESSARI (in A. CESSARI, R. DE LUCA TAMAJO, *Dal garantismo al controllo*, Giuffrè, Milano, 1987, 169 ss.) sostiene che dall'accordo interconfederale del 20 dicembre 1950 (in particolare all'art. 4 che stabilisce che i licenziamenti per riduzione del personale devono essere « motivati come tali ») e da altre fonti, « si evince l'obbligo di motivare i licenziamenti per riduzione del personale ». In particolare sarebbe stata la l. n. 264/1949 (art. 15, comma 6) ad introdurre per prima la definizione normativa del « licenziamento per riduzione di personale » nonché il dovere di motivare il licenziamento collettivo.

⁽¹⁶⁾ Cfr. G. TAMBURRINO, *Ancora in tema di licenziamenti collettivi per riduzione di personale*, in *MGL*, 1974, 331; G. ZANGARI, *op. cit.*, 237; L. RIVA SANSEVERINO, *Diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 1979, 392.

⁽¹⁷⁾ A. ARANGUREN, *op. cit.*, 124; G. ZANGARI, *op. cit.*, 241; M. GRANDI, *op. cit.*, 106; G. TAMBURRINO, *op. cit.*, 238.

⁽¹⁸⁾ G. TAMBURRINO, *op. cit.*, 238; Id., *Sul licenziamento collettivo per riduzione di personale e sulla sua applicabilità alle imprese edilizie*, in *MGL*, 1975, 202.

⁽¹⁹⁾ Cfr. G. TAMBURRINO (*Ancora in tema di licenziamenti collettivi ecc.*, cit.) secondo cui l'art. 11, l. n. 604/1966, « contiene una disposizione positiva che non può non riconoscersi, cioè l'ammissione della sussistenza giuridica dei licenziamenti collettivi »; G. ZANGARI (*op. cit.*) afferma che il legislatore, con l'art. 11, ha « configurato una categoria a sé stante dei licenziamenti collettivi, per sottrarla alle innovazioni che lo stesso legislatore ha introdotto ».

tale orientamento è la conferma del principio della libera recedibilità in materia di licenziamento collettivo, con la conseguente tendenza della giurisprudenza a impedire qualsiasi controllo sulla giustificatezza del licenziamento intimato come collettivo. Tra le molteplici critiche mosse a chi considera la materia dei licenziamenti collettivi compiutamente disciplinata all'interno della legge n. 604/1966 ne ricordiamo una, quella che, probabilmente, è la più diretta e immediata: affermare che l'articolo 11, nonostante la sua formulazione negativa, contenga in sé la disciplina dei licenziamenti collettivi, crea uno stridente contrasto con la lettera della stessa norma ⁽²⁰⁾. In altre parole: perché discostarsi così fortemente dall'orientamento che il legislatore ha espresso, seppur ai « minimi termini »?

La seconda diramazione del filone « autonomista » perviene al risultato di scorgere nella riduzione del personale una *terza ipotesi* di giustificazione del licenziamento ⁽²¹⁾ che si colloca accanto alla giusta causa e al giustificato motivo. L'ipotesi conduce, anche in tal caso, a considerare il licenziamento collettivo come figura ontologicamente autonoma sotto il profilo causale, ma l'allineamento alle altre « giustificazioni » apre la possibilità di sfociare nella diversa conseguenza di sottoporre la causale di tali licenziamenti alla piena sindacabilità giurisdizionale.

La giurisprudenza, per parte propria, si impegna ad affermare l'esistenza di una nozione ontologicamente autonoma dei licenziamenti per riduzione di personale nel tentativo di sottrarli all'operatività della legge n. 604. Tuttavia, nella maggior parte dei casi, sono gli stessi giudici a richiedere la prova dell'effettività, stabilità, definitività e non pretestuosità della scelta datoriale ai fini della legittimità del recesso intimato per riduzione di personale! Basti pensare a titolo esemplificativo ad una pronunzia della Suprema Corte di Cassazione del 16 dicembre 1988 ⁽²²⁾: « Il licenziamento collettivo per riduzione di personale — che trova le sue fonti normative nell'art. 11, 2° comma, l. 15 luglio 1966, n. 604 e nell'art. 1 accordo interconfederale 20 dicembre 1950 reso efficace *erga omnes* con d.p.r. 14 luglio 1960, n. 1019 — presuppone il ridimensionamento dell'azienda, voluto dall'imprenditore con decisione nel merito insindacabile in sede giudiziaria, ed è *nettamente distinto* dal licenziamento individuale plurimo per giustificato motivo oggettivo (art. 3, l. n. 604 del 1966), con il quale ha in comune soltanto l'irrilevanza delle qualità e caratteristiche (extra lavorative) proprie del singolo dipendente; l'anzidetto ridimensionamento ... *deve essere effettivo, non addotto come pretesto per liberarsi di personale non gradito* » ⁽²³⁾.

⁽²⁰⁾ Lo rileva M. NAPOLI, *op. cit.*, 246.

⁽²¹⁾ Così M.G. GAROFALO, *Licenziamento per riduzione del personale e applicazione della l. 15 luglio 1966*, in *RIDL*, 1971, 105. Vedi, inoltre, G. TRIONI, *Contributo all'esegesi 15 luglio 1966, n. 604*, in *RIDL*, 1967, I, 46 ss.; A. LATTANZI, *Licenziamenti collettivi per riduzione del personale e sindacato del giudice*, in *MGL*, 1974, 64 ss.

⁽²²⁾ Cass. 16 dicembre 1988 n. 6882, in *RFI*, 1988, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 2258.

⁽²³⁾ Vedi anche Cass. 24 aprile 1990, n. 3427, in *RFI*, 1990, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1888; Cass. 27 aprile 1991 n. 4688, in *RFI*, 1991, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1537, e in *GI*, 1991, I, 1, 877, con nota di F. LUNARDON.

Il risultato è che, alla fine degli anni Ottanta, un orientamento giurisprudenziale relativamente consolidato ritiene sindacabile l'effettività della « riduzione o trasformazione di attività o di lavoro » nonché del nesso di causalità tra le scelte economiche imprenditoriali e il licenziamento collettivo⁽²⁴⁾. Tale atteggiamento parifica, di fatto, le modalità del sindacato sui licenziamenti collettivi a quelle del sindacato sul licenziamento per giustificato motivo oggettivo⁽²⁵⁾, con la conseguenza che anche il recesso per riduzione di personale risulta essere un recesso motivato.

c) Non si dimentichi, in ogni caso, che, accanto alle tesi di impostazione « autonomista », si sviluppano orientamenti di segno completamente opposto. Partendo da una semplice osservazione empirica, Gino Giugni rileva come tutti i licenziamenti siano in realtà individuali⁽²⁶⁾, anche quelli collettivi per riduzione di personale perché, in ogni caso, il licenziamento viene intimato al singolo lavoratore. Secondo tale impostazione il licenziamento collettivo e quello individuale costituiscono *un unico tipo di atto giuridico* unilaterale indirizzato sempre ad un singolo dipendente, anche quando vi sia alla base una decisione di massima che riguarda diverse posizioni lavorative o addirittura l'intero assetto organizzativo dell'impresa.

Pare simile la posizione di Pera, il quale, partendo proprio dall'idea di licenziamento inteso come atto sempre individuale, perché sempre diretto ad un singolo lavoratore, giunge alla conclusione (interessante soprattutto per i suoi risvolti giurisprudenziali) che « tutti i licenziamenti rientrano nella disciplina della legge (n. 604 del 1966, *ndr*) »⁽²⁷⁾. Secondo l'autore, infatti, in un sistema come quello introdotto dal legislatore con la legge n. 604/1966, fondato sulla « giustificazione quanto meno obiettiva » del licenziamento, non può sostenersi l'assenza di controllo sulla giustificazione causale dei licenziamenti collettivi. Dunque, ciò che la norma dell'articolo 11 intende salvaguardare con la sua ben nota accezione negativa, è l'insindacabilità della scelta imprenditoriale, nel rispetto della libertà costituzionale di iniziativa economica; di contro, resta in

(24) Si veda U. CARABELLI, *op. cit.*, 213 ss., il quale specifica che la mancanza del requisito dell'effettività della ragione posta a fondamento del licenziamento o del nesso di causalità tra la scelta imprenditoriale e il licenziamento, comportava la trasformazione del licenziamento collettivo in una sommatoria di licenziamenti individuali (c.d. licenziamenti individuali plurimi) soggetti alla tutela reale o a quella meramente obbligatoria a seconda dei rispettivi campi di applicazione (cfr., ad esempio, Cass., sez. un., 18 ottobre 1982 n. 5396, in *FI*, 1989, I, 3184). Subiva inoltre la stessa trasformazione il licenziamento collettivo irrispettoso delle procedure di consultazione sindacale; era illegittimo infine il licenziamento del singolo lavoratore in caso di mancato rispetto dei criteri di scelta definiti dall'accordo interconfederale del 1965. In tale ultimo caso al lavoratore illegittimamente licenziato era riconosciuta sempre e solo una tutela di carattere risarcitorio per il danno subito.

(25) S. MAGRINI, *Licenziamenti individuali e collettivi: separatezza e convergenza delle tutele*, in *DLRI*, 1990, 349.

(26) Cfr. G. GIUGNI, *Intervento*, in AIDLASS, *I licenziamenti nell'interesse dell'impresa*, cit., 100 ss., in part. 104. Vedi inoltre G. PERA, *La rilevanza dell'interesse dell'impresa nei licenziamenti collettivi*, in *DL*, 1972, 73; M. NAPOLI, *op. cit.*, 256 ss.; M.G. GAROFALO, *op. cit.*, 105; M.V. GENTILI BALLESTRERO, *I licenziamenti*, F. Angeli, Milano, 1975, 243.

(27) G. PERA, *Relazione*, in AIDLASS, *I licenziamenti nell'interesse dell'impresa*, cit., 252.

ogni caso soggetta a controllo giudiziale l'adeguatezza in concreto del singolo licenziamento al programma di ridimensionamento deciso insindacabilmente dall'imprenditore.

Se Pera considera un punto di partenza il concetto per cui ogni licenziamento è individuale, altro autore, Mario Napoli, considera lo stesso concetto un punto d'arrivo. Napoli contesta la premessa delle teorie « autonomiste » sostenendo che, con l'articolo 11, afferma l'autore, *il legislatore si è esclusivamente rifiutato di regolamentare la materia dei licenziamenti collettivi* e che cade in errore chi deduce da tale rifiuto la distinzione concettuale tra le due ipotesi di licenziamento individuale e licenziamento collettivo: « se il legislatore non ha legiferato in una materia, ma ha legiferato compiutamente in un'altra, e poiché la contrapposizione di materia riguarda un solo atto negoziale, la conseguenza è che ogni licenziamento deve essere considerato individuale. Il licenziamento collettivo — prosegue l'autore — non solo non esiste concettualmente e dogmaticamente, ma non esiste da un punto di vista normativo, nella legge 604, la quale non contiene una regolamentazione specifica che disciplini *ad hoc* tale fenomeno » (28). La tesi trova agilmente conferma nell'articolo 1 della legge n. 604/1966, in base al quale il licenziamento non può che avvenire per giustificato motivo. Dunque quando si contrappongono il licenziamento individuale e quello collettivo non si fa riferimento a due categorie di atti, ma a « *materie diverse riguardanti sempre il medesimo atto* la cui disciplina per alcuni versi si ritrova nella legge, per altri fuori di essa ... mentre la materia riguardante il licenziamento in tutti i suoi aspetti di atto negoziale trova compiuta disciplina nella legge, il legislatore avverte che gli aspetti attinenti ad un diverso profilo del licenziamento si trovano fuori di essa » (29).

d) Nel 1970 il legislatore interviene nuovamente in materia di licenziamento, sostituendo con lo Statuto dei Lavoratori (legge n. 300) il pregresso regime di stabilità c.d. obbligatoria con un nuovo e ben più intenso, dal punto di vista sanzionatorio, regime di stabilità c.d. reale. La riconsiderazione della materia da parte della dottrina azzera le ricostruzioni precedenti e assume, quale nuova premessa maggiore, l'implicita abrogazione dell'articolo 11, u.c., legge n. 604/1966, da parte della legge n. 300/1970 per concludere, almeno nelle voci più sensibili al garantismo statutario, che *ciascun licenziamento è valido solo se sorretto da giustificato motivo oggettivo* (30).

4. Mentre la dottrina è impegnata nell'interpretazione dell'articolo 11, legge n. 604/1966, la Comunità Europea, peraltro nel contesto di un accresciuto interesse nei confronti delle tematiche « sociali », e al fine di garantire il regolare funzionamento del mercato comune attraverso l'armonizzazione delle

(28) M. NAPOLI, *op. cit.*, 258.

(29) M. NAPOLI, *op. cit.*, 258.

(30) COSÌ, G.F. MANCINI, *Commento sub art. 18*, in G. GHEZZI, G.F. MANCINI, L. MONTUSCHI, U. ROMAGNOLI, *Commentario allo Statuto dei diritti dei lavoratori*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1972, 253 s.; M.V. GENTILI BALLESTRERO, *op. cit.*, 253; L. MARIUCCI, *I licenziamenti collettivi tra prassi sindacale e opinione degli interpreti*, in RTDPC, 1975, 698.

discipline dei singoli Paesi membri, emana nel 1975 la direttiva CEE n. 129 che fissa importanti paletti in tema di licenziamenti collettivi. Essa introduce un duplice meccanismo di consultazione sindacale e di informazione dell'autorità pubblica e definisce i licenziamenti collettivi sia da un punto di vista *quantitativo*, individuando, in relazione al numero dei dipendenti dell'impresa, il numero minimo di recessi necessario affinché possa parlarsi di licenziamento collettivo, sia da un punto di vista qualitativo, definendo licenziamento collettivo quello intimato in base a « uno o più motivi non attinenti la persona del lavoratore ». L'Italia, come gli altri Paesi membri, è tenuta ad adeguarsi entro due anni. Per il nostro legislatore, che sino a questo momento si è « consapevolmente astenuto »⁽³¹⁾ dal disciplinare la materia dei licenziamenti collettivi, gli obblighi comunitari si traducono nella necessaria emanazione di una normativa *ad hoc* nel rispetto dei precetti contenuti nella direttiva. È noto, tuttavia, che né i suddetti obblighi né le conseguenti due condanne della Corte di Giustizia⁽³²⁾ si sono rivelate sufficienti allo scopo: il legislatore italiano prolunga la propria inadempienza per circa un ventennio. Peraltro, la politica di prevenzione o di predisposizione di ammortizzatori delle riduzioni di personale, attraverso la creazione di sistemi alternativi (quali la Cig e la mobilità), non riesce a contrastare la frammentarietà che di fatto regna in materia, traducendosi in un insufficiente palliativo.

Solo nel 1991 l'astensionismo è rotto dall'emanazione della legge n. 223, con la quale viene finalmente definito e disciplinato nel nostro Paese il licenziamento collettivo per riduzione di personale e, al contempo, viene data attuazione agli obblighi comunitari. La nuova disciplina della materia dei licenziamenti collettivi per riduzione di personale si ricava, in estrema sintesi, dal combinato disposto degli articoli 4, 5 e 24 della legge: l'articolo 24 individua la fattispecie dei licenziamenti per riduzione di personale; gli articoli 4 e 5 disciplinano le c.d.

⁽³¹⁾ COSÌ F. PATERNO, *Sulla nozione di licenziamento per riduzione di personale*, in *ADL*, II, 1995, 77 ss.

⁽³²⁾ Con sentenza 8 giugno 1982 in causa 91/81, in *FI*, 1982, IV, c. 353, con nota di O. MAZZOTTA, la Corte di Giustizia condanna l'Italia per inadempimento della direttiva n. 75/129/CEE. La seconda condanna, intimata con sentenza 6 novembre 1985 in causa 131/84, *ivi*, 1986, IV, col. 109, con nota di M. DE LUCA, è dovuta all'inesecuzione della precedente sentenza. Non siamo stati i soli, tuttavia, a subire la condanna della Corte di Giustizia. Nella causa C-215-83, Commissione c. Regno del Belgio, la Corte ha dichiarato la normativa belga non conforme alla direttiva n. 75/129/CEE perché escludeva dal proprio campo di applicazione « i licenziamenti per cessazione dell'attività dell'impresa, ancorché non derivante da decisione giudiziaria ». Ha subito una condanna anche il Regno Unito che limitava l'ambito di applicazione della propria normativa interna in materia di *redundancy* ai « licenziamenti per motivi economici definiti come quelli causati da una cessazione o riduzione dell'attività dell'impresa nonché dalla diminuzione della domanda di un tipo particolare di lavoro », non potendosi ricondurre a tale definizione i « licenziamenti conseguenti ad una ristrutturazione dell'impresa indipendentemente dal livello di attività di quest'ultima ».

Per una critica della condanna della Corte, si veda O. MAZZOTTA, *L'Italia, la CEE ed i licenziamenti collettivi*, in *FI*, 1982, IV, c. 353; *contra* M.G. GAROFALO, *Licenziamenti collettivi e mobilità dei lavoratori*, in AIDLISS, *Licenziamenti collettivi e mobilità*, cit., 30-32.

procedure di mobilità⁽³³⁾. Merita un cenno l'estensione della nuova disciplina introdotta dalla legge n. 223 all'ipotesi di cessazione dell'attività di impresa, ex articolo 24, anche qualora determinata da una decisione giudiziale (articolo 3). Grazie a tale esplicitazione, infatti, quasi per ironia della sorte, il nostro Paese, a lungo inadempiente rispetto agli obblighi comunitari, anticipa quello che sarà il contenuto della successiva direttiva n. 92/56 del 1994⁽³⁴⁾.

5. Con la novella del 1991 il vecchio dibattito relativo al rapporto esistente tra il licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo e il licenziamento collettivo viene arricchito da nuovi elementi normativi e da nuove prospettive. Ciò che la dottrina contraria alla tesi dell'ontologica autonomia del licenziamento collettivo tentava di dimostrare nella fase prelegislativa era la riconducibilità delle due fattispecie di licenziamento al medesimo unitario tipo di atto giuridico⁽³⁵⁾. Nella legge n. 223/1991 molti autori trovano conferma di tale orientamento convergendo nella tesi secondo cui, « sotto il profilo qualitativo, sembrerebbe possibile costruire una fattispecie unitaria di recesso ... (intimato per) motivi attinenti all'organizzazione del lavoro » poiché, tanto nei licenziamenti individuali per giustificato motivo oggettivo quanto in quelli collettivi, « il sacrificio del posto di lavoro è giustificato dall'interesse all'efficienza e sopravvivenza dell'impresa quale fonte di lavoro »⁽³⁶⁾. È interessante notare come molti autori pongono alla base di tale ipotesi interpretativa quello stesso concetto già appartenuto a Giugni e a Pera alcuni anni prima, secondo cui il licenziamento collettivo può esistere solo concettualmente poiché empiricamente ogni licenziamento, anche se collettivo, è pur sempre individuale in quanto colpisce i singoli lavoratori⁽³⁷⁾. Si delinea, dunque, la creazione di una

(33) Vedi G. NATULLO, *Il licenziamento collettivo. Interessi, procedure, tutele*, F. Angeli, Milano, 2004, 24 ss. Ricordiamo, peraltro, che con l'emanazione del d.lgs. n. 110/2004, la disciplina così brevemente riassunta, che si applicava in origine ai soli imprenditori, è ora estesa a tutti i datori di lavoro, anche non imprenditori (art. 1). La novella, dando attuazione alla direttiva n. 98/59/CE ha consentito alla Repubblica Italiana, che sul punto era già stata condannata dalla C. Giust. CE con sentenza C-32/02 del 16 ottobre 2003, cit., di adeguare il proprio ordinamento. Sul punto si veda M.T. CARINCI, *op. cit.*; M.D. FERRARA, *op. cit.*; M. MISCIONE, *op. cit.*

(34) Cfr. L. GALANTINO, *Diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 1996, 550. Vedi inoltre, in relazione alle innovazioni contenute nella direttiva n. 92/56 del 24 giugno 1994, M. BIAGI, *Vecchie e nuove regole in tema di licenziamenti collettivi: spunti comunitari e comparati*, in *DRI*, 1992, 2, 151 ss.

(35) Larga parte della giurisprudenza, tuttavia, sulla scia degli orientamenti descritti poc'anzi, continua ad affermare l'autonomia dei licenziamenti collettivi rispetto a quelli individuali per giustificato motivo oggettivo. In tal senso, si veda da ultimo Cass. 23 marzo 2004 n. 5794, secondo cui: « Il licenziamento collettivo costituisce un istituto giuridico autonomo e distinto dal licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo, essendo lo stesso, in primo luogo, caratterizzato dalle dimensioni occupazionali dell'impresa (più di quindici dipendenti), dal numero dei lavoratori da licenziare (almeno cinque) e dall'arco temporale entro il quale debbono essere effettuati i licenziamenti (centoventi giorni) e, in secondo luogo, dal controllo preventivo (e non successivo), sindacale e pubblico, delle operazioni imprenditoriali di ridimensionamento della struttura aziendale (...) ».

(36) L. GALANTINO, *op. cit.*, 549.

(37) Vedi § 2, lett. c) nonché, in epoca successiva all'emanazione della l. n. 223/1991, R. DEL PUNTA

categoria unitaria di licenziamenti per motivi « oggettivi o economici » in contrapposizione ad una categoria di licenziamenti intimati per ragioni « soggettive »; costruzione della quale è opportuno esaminare le fondamenta e la solidità.

Sul piano normativo, com'è noto, la nozione di « giustificato motivo oggettivo » di licenziamento individuale è contenuta nell'articolo 3, legge n. 604/1966, che individua il suddetto profilo nelle « ragioni inerenti l'attività produttiva, l'organizzazione del lavoro e il regolare funzionamento di essa ». Per quanto attiene ai licenziamenti per riduzione di personale, l'aspetto causale è, invece, disciplinato dall'articolo 24, legge n. 223/1991, che allude alla « riduzione o trasformazione di attività o di lavoro ». Dal confronto tra le due norme risulta sostenibile che la seconda vicenda (« riduzione o trasformazione di attività o di lavoro ») è agevolmente riconducibile alle ragioni inerenti l'attività produttiva, l'organizzazione del lavoro e il regolare funzionamento di essa, costituendone una sottospecie ⁽³⁸⁾, ma che tali ragioni (tecnico-organizzative) non si esauriscono nella predetta riduzione o trasformazione, potendo essere integrate altresì da fattispecie di impossibilità della prestazione di lavoro ⁽³⁹⁾ o da motivi oggettivi di tipo « personale », quali il superamento del comporto, la carcera-

I licenziamenti collettivi, in M. PAPALEONI, R. DEL PUNTA, M. MARIANI, *La nuova cassa integrazione guadagni e la mobilità*, Cedam, Padova, 1993, 286, secondo cui « è stata prefigurata (nella l. n. 223/1991, ndr) solamente una causale collettiva, e non un atto collettivo, per cui il licenziamento collettivo è in realtà una somma di licenziamenti individuali motivati da una causale collettiva »; F. SCARPELLI, *La nozione e il controllo del giudice*, in *QDLRI, I licenziamenti collettivi*, 1997, n. 19, 29 ss., è ancor più chiaro quando afferma che il licenziamento collettivo non esiste in quanto « dal punto di vista sostanziale, esistono solo i licenziamenti individuali plurimi ai quali può applicarsi l'una o l'altra disciplina in base a circostanze soggettive, temporali, spaziali, ecc. » mentre « dal punto di vista della giustificazione, i licenziamenti collettivi sono dei licenziamenti per giustificato motivo oggettivo cui, sussistendo i presupposti individuali dell'art. 24 (ovvero dell'art. 4, 1° comma) si sovrappone la disciplina della legge 223 ».

⁽³⁸⁾ Geometricamente, tale equivalenza causale tra le due fattispecie di recesso è descritta da R. DEL PUNTA (*op. cit.*, 355) attraverso l'immagine di « due cerchi non ... concentrici, ma che si intersecano parzialmente, e nei quali la parte comune è data dal requisito causale ..., mentre nelle parti non coincidenti sta, dal lato del giustificato motivo obiettivo, la possibile rilevanza di « altre » ragioni tecniche, organizzative e produttive, e, dal lato del licenziamento collettivo, i criteri di scelta ». Accoglie parzialmente tale posizione U. CARABELLI, *I licenziamenti per riduzione di personale in Italia*, in AA.VV., *I licenziamenti per riduzione di personale in Europa*, Cacucci, Bari, 2001, 204 ss., secondo cui « si può senza dubbio condividere la (...) parte dell'affermazione relativa alla parziale comunanza del requisito causale (...). In relazione invece alla seconda parte di quell'affermazione, va detto che il riferimento ai criteri di scelta deve essere piuttosto sostituito con il richiamo anzitutto delle dimensioni dell'impresa (15 dipendenti), quale vero e proprio requisito soggettivo, e quindi da un lato dei ... requisiti numerici, spaziali e temporali, e dall'altro del requisito della sussistenza dell'intervento della CIGS ».

Ha efficacemente utilizzato una metafora geometrica anche F. PATERNÒ, *op. cit.*, 109, secondo cui un'efficace rappresentazione del rapporto tra le due fattispecie di giustificazione potrebbe essere proposta « disegnando un poligono plurilatero (il licenziamento collettivo) iscritto in un cerchio (il licenziamento individuale per motivo oggettivo). Per rimanere nella metafora geometrica ci troveremmo, quindi, in presenza di una figura figlia, provvista di completezza ed autonomia che a tratti coincide con e si interseca con la figura madre ».

⁽³⁹⁾ Lo fa notare F. MAZZIOTTI, *Riduzione di personale e messa in mobilità*, in G. FERRARO, F. MAZZIOTTI, F. SANTONI (a cura di), *Integrazioni salariali, eccedenze di personale e mercato del*

zione, ecc. ⁽⁴⁰⁾. Il dato normativo nazionale non è, però, l'unico a dover essere preso in considerazione, anche a fini ricostruttivi, ponendosi accanto ad esso, ed in posizione peraltro dominante, la norma comunitaria. Come già sottolineato, infatti, la legge n. 223/1991 dà attuazione alla direttiva n. 75/129/CEE che definisce in negativo il licenziamento per riduzione di personale come « ogni licenziamento effettuato da un datore di lavoro per uno o più motivi non inerenti la persona del lavoratore ». Interpretando la norma *a contrario*, risulta chiaro l'intendimento del legislatore comunitario di escludere dalla fattispecie « licenziamenti collettivi » ogni licenziamento effettuato per uno o più motivi inerenti alla persona del lavoratore, ossia i licenziamenti fondati su motivi soggettivi ⁽⁴¹⁾. Il ché suggerisce, ancora una volta, la costruzione di un « sistema licenziamenti » imperniato sulla distinzione oggettivo-soggettivo dove tutte le ragioni obiettive, siano esse a fondamento di un licenziamento collettivo o individuale, possono considerarsi comprese, come innanzi affermato, nella nozione legislativa di giustificato motivo oggettivo (*ex* articolo 3, legge n. 604/1966) alla quale andrebbe contrapposta una nozione di licenziamento per ragioni soggettive.

Passando ad un livello di indagine ulteriore, al fine di rendere efficacemente propositiva l'idea di creare un'unica categoria di licenziamenti per ragioni oggettive, si pone il problema della sindacabilità della giustificazione causale posta a fondamento del licenziamento per motivi oggettivi. Il tema è particolarmente delicato poiché, se risulta piuttosto agevole rilevare l'identità causale tra il licenziamento collettivo e il licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo, appare, invece, più complesso dimostrare la convergenza delle due fattispecie sotto il profilo della sindacabilità giudiziale di tale causale. Confrontiamo ancora una volta, allora, le norme coinvolte: la legge n. 604/1966 sui licenziamenti individuali e la legge n. 223/1991 in materia di riduzione del personale.

La prima, com'è noto, individua nella giustificazione causale del licenziamento individuale una condizione di legittimità dello stesso provvedimento. La dottrina e la giurisprudenza, colta la *ratio* delle elastiche norme contenute nella legge n. 604/1966, hanno ampiamente contribuito, in via interpretativa, a darvi attuazione, attribuendo concordemente (sebbene con rilevanti sfumature, sulle

lavoro, Jovene, Napoli, 1992, 108. Nello stesso senso M. MISCIONE, *I licenziamenti per riduzione di personale e la mobilità*, in F. CARINCI (a cura di), *La disciplina dei licenziamenti*, Jovene, Napoli, 1991, 325 ss.

⁽⁴⁰⁾ Cfr. S. VERGARI, *Licenziamenti per motivi oggettivi: nuovi spunti dal d.l. 10 marzo 1993*, n. 57, in *RIDL*, 1993, III, 134-135, secondo il quale « ...non esistono motivi obiettivi al di fuori della nozione di giustificato motivo oggettivo e ... all'interno di quest'ultima si possono enucleare due distinte sotto-aree: l'una riferita indifferentemente ai licenziamenti individuali e collettivi, quando questi siano collegati a riduzioni, trasformazioni o cessazioni di attività o di lavoro, l'altra relativa ai licenziamenti individuali per motivo oggettivo « personale », come per comportamento, carcerazione, ecc.. ».

⁽⁴¹⁾ Cfr. G. DE SIMONE, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo: l'instabile equilibrio tra le ragioni dell'impresa e i diritti dei lavoratori*, in *QDLRI*, 2002, 19 ss.

quali in questa sede non è possibile soffermarsi) al giudice il compito di verificare:

- l'effettività della scelta imprenditoriale posta all'origine del licenziamento;
- la sussistenza di un nesso di causalità tra tale scelta e le conseguenze risolutorie che l'imprenditore ha preteso di trarne;
- l'*extrema ratio* del provvedimento di recesso, ossia la « ineluttabilità »⁽⁴²⁾ del provvedimento per l'impossibilità di ricollocare utilmente il lavoratore licenziando all'interno dell'impresa (c.d. *obbligo di repêchage*).

Resta insindacabile solo l'opportunità della ragione posta a fondamento del recesso dal datore di lavoro il quale, nella veste di imprenditore, è costituzionalmente tutelato nell'effettuare liberamente le proprie scelte imprenditoriali (articolo 41 Cost.). In definitiva, il tipo di tutela apprestata al lavoratore che subisce un licenziamento per giustificato motivo oggettivo si svolge esclusivamente *ex post* innanzi al giudice che ha potere di sindacare la legittimità dell'intimato recesso sotto i profili che abbiamo così brevemente riassunto.

Per quanto attiene ai licenziamenti collettivi, invece, la legge n. 223/1991 non disciplina le conseguenze derivanti dall'insufficienza dei presupposti causali del licenziamento per riduzione di personale e nulla dice in merito alla sindacabilità giudiziale di tali presupposti. La norma in parola si sofferma, piuttosto, sulla fase anteriore all'emanazione del provvedimento di recesso introducendo una « procedimentalizzazione »⁽⁴³⁾ dell'esercizio dei poteri imprenditoriali. In particolare, il legislatore ha imposto, nei casi in cui si supera la soglia di un certo numero di licenziamenti (almeno cinque) in un certo ambito temporale (120 giorni) e spaziale (la singola unità produttiva o più unità produttive nell'ambito del territorio di una stessa provincia), una fase obbligatoria di procedure sindacali ed amministrative allo scopo, esplicitamente perseguito, di favorire la stipulazione di un accordo sulla riduzione di personale e/o sulle misure alternative, per attutire, nei limiti del possibile, l'impatto sociale dell'operazione di recesso. *Prima facie*, dunque, sembrerebbe che l'unica garanzia di legittimità del licenziamento collettivo sia costituita dal rispetto delle procedure obbligatorie e che il legislatore, con un capovolgimento di prospettiva⁽⁴⁴⁾ rispetto alla

(42) Cfr. C. OGRISEG, *Il giustificato motivo di licenziamento: prospettive interdisciplinari*, in *DRI*, 2003, n. 3, 485 ss.; così anche S. BRUN, *Giustificato motivo oggettivo di licenziamento e sindacato giudiziale*, in *QDLRI*, 2002, n. 26, 149 ss.

(43) Cfr. F. CARINCI, R. DE LUCA TAMAJO, P. TOSI, T. TREU, *Diritto del lavoro, Il rapporto di lavoro subordinato*, Utet, Torino, 2001.

(44) Anche la posizione di M. D'ANTONA, « *Riduzione di personale* » e licenziamenti: la rivoluzione copernicana della legge 223/1991, in *FI*, 1993, I, c. 2027, sembra sostenere la necessità di tale capovolgimento, definendo la novella della l. n. 223/1991 come « una vera e propria rivoluzione copernicana » in cui « le due discipline (la l. 223/1991 e la l. 604/1966) riguardano entrambe licenziamenti in senso lato per motivi « obiettivi », ma li considerano da due angolazioni profondamente diverse, poiché l'una (la l. 604/1966) adotta l'angolazione del controllo successivo sulla giustificazione dei motivi del singolo recesso (...) mentre l'altra (la l. 223/1991) adotta l'angolazione del controllo procedurale preventivo sull'operazione imprenditoriale di ridimensionamento dell'organico e della giustificazione in termini comparativi della scelta dei singoli licenziati ». Sebbene in base a tali affermazioni la maggior parte della dottrina che si è occupata

disciplina dei licenziamenti individuali, abbia previsto per i lavoratori una tutela che si svolge esclusivamente *ex ante*, mentre resterebbe del tutto insindacabile da parte del giudice il motivo posto a fondamento dell'intimato recesso ⁽⁴⁵⁾.

È di quest'avviso la giurisprudenza maggioritaria ⁽⁴⁶⁾ che, a sostegno della

della materia collochi D'Antona nell'ambito dell'orientamento che considera il licenziamento collettivo tutelato solo in via procedurale, valutata complessivamente la posizione di D'Antona sembra in realtà molto più vicina a quella di chi riconosce la sindacabilità giudiziale dei licenziamenti collettivi. Lo stesso autore, infatti, afferma che « la locuzione licenziamenti dovuti a riduzione o trasformazione di attività o di lavoro ... conduce a verificare, da un lato, che la trasformazione o riduzione siano reali e non puramente contingenti; e dall'altro che non si tratti di un mero rimpiazzo ... la effettività della riduzione o trasformazione di attività o di lavoro è la situazione che legittima il ricorso alla procedura della riduzione di personale; se la situazione non sussiste, il ricorso alla procedura è ingiustificato e i licenziamenti sono *inefficaci* ». Già queste statuizioni evidenziano la necessità di un'indagine circa la effettività e veridicità delle motivazioni addotte dal datore per giustificare il licenziamento. Su un diverso piano, poi, D'Antona afferma espressamente che « ... i licenziamenti per riduzione di personale sono soggetti ad un doppio filtro di controllo (uno collettivo procedurale; l'altro individuale causale in base ai criteri di scelta) »: l'autore fa riferimento alla « motivazione di ciascun licenziamento, che deve avvenire nel rispetto dei criteri di scelta stabiliti dalla legge (o dalla contrattazione collettiva, *ndr*) » e specifica poi che « sotto il profilo sanzionatorio ... i licenziamenti eventualmente comminati, saranno invalidi se, alla prova di resistenza dei criteri legali, la scelta dei licenziati *non regga al controllo di correttezza selettiva* ».

⁽⁴⁵⁾ Lo sostiene parte (invero minoritaria) della dottrina che considera la fase procedurale obbligatoria come l'*unico* momento di tutela apprestata ai lavoratori in caso di licenziamento collettivo. In particolare, alcuni autori (si veda R. FOGLIA, *Riduzione di personale e licenziamenti « economici »*, in *DL*, 1997, I, 3 ss.; R. PESSI, *Commento all'art. 4*, in M. PERSIANI (a cura di), *Commentario della l. 23 luglio 1991, n. 223*, in *NLCC*, 1994, 909 ss.) escludono che la giustificazione causale abbia rilevanza qualificatoria nella fattispecie licenziamento collettivo (e, di conseguenza, escludono che sia sindacabile), sostenendo che l'obbligo di giustificazione sostanziale del recesso sia già soggetto al controllo procedurale preventivo imposto dalla legge n. 223: l'eventuale insussistenza della suddetta giustificazione si tradurrebbe nella violazione della procedura e nella conseguente inefficacia del recesso. Altri (cfr. L. SPAGNUOLO VIGORITA, *I licenziamenti collettivi per riduzione del personale nella recente l. 223/1991: la fattispecie*, in *DRI*, 1992, n. 2, 201 ss., e L. SPAGNUOLO VIGORITA, L. GUAGLIONE, F. SCARPELLI, *La fattispecie dei licenziamenti collettivi per riduzione di personale. Commentario all'art. 24*, in M. PERSIANI (a cura di), *op. cit.*, 1091 ss.), del tutto obliterando l'aspetto causale, ai fini della legittimità del licenziamento collettivo attribuiscono al giudice esclusivamente il compito di verificare il rispetto delle procedure previste dalla l. n. 223/1991. In definitiva, le procedure legislativamente previste costituirebbero l'unico oggetto di controllo da parte dell'autorità giudiziale, mentre sarebbe sottratto a qualsiasi forma di controllo giudiziale *ex post* il profilo causale dell'intimato licenziamento. In giurisprudenza, cfr. Cass. 9 settembre 2003 n. 13182, in *Juris Data*, 2003, secondo cui « ... in materia di licenziamenti collettivi per riduzione del personale, la l. 223/1991, nel prevedere agli art. 4 e 5 la puntuale, completa e cadenzata procedimentalizzazione del provvedimento datoriale di messa in mobilità, ha introdotto un significativo elemento innovativo consistente nel passaggio dal controllo giurisdizionale, esercitato *ex post* nel precedente assetto ordinamentale, ad un controllo dell'iniziativa imprenditoriale concernente il ridimensionamento dell'impresa, devoluto *ex ante* alle organizzazioni sindacali, destinatarie di incisivi poteri di informazione e consultazione secondo una metodica già collaudata in materia di trasferimento di azienda ».

⁽⁴⁶⁾ Restano minoritarie le pronunce della Suprema Corte che attribuiscono al giudice il compito di accertare il nesso di causalità tra le esigenze tecnico-produttive allegate dal datore di lavoro e il licenziamento del lavoratore. « In tale ipotesi infatti il ridimensionamento dell'azienda deve in

« acausalità » dei licenziamenti collettivi, ha più volte affermato che « nell'assetto normativo determinato dalla legge 223 del 1991 ... *omissis*... è ultronea ogni indagine circa l'esistenza o meno di un programma di ristrutturazione aziendale e assume rilievo solo il mancato espletamento dell'iter procedurale delineato dall'art. 4 della l. n. 223 del 1991, che comporta l'inefficacia del licenziamento e l'applicabilità dell'art. 18 della l. n. 300 del 1970 ». Pertanto, « i residui spazi di controllo devoluti al giudice in sede contenziosa non riguardano più, quindi, gli specifici motivi della riduzione del personale (a differenza di quanto accade in relazione ai licenziamenti per giustificato motivo obiettivo) ma la correttezza procedurale dell'operazione »⁽⁴⁷⁾. Peraltro, in diverse occasioni, la Suprema Corte ha indicato a fondamento del proprio orientamento la normativa comunitaria in materia di licenziamenti collettivi, sostenendo che essa individua, quali requisiti identificativi del licenziamento collettivo, la dimensione occupazionale dell'impresa (più di quindici dipendenti), il numero dei licenziamenti (almeno cinque) e l'arco di tempo (centoventi giorni) entro il quale sono effettuati i licenziamenti, mentre non vi ricomprende le possibili causali giustificative dello stesso (limitandosi a richiedere, in negativo, la non inerenza del licenziamento alla persona del lavoratore)⁽⁴⁸⁾.

La prevalente dottrina, di contro, pur riconoscendo la posizione di indubbia centralità attribuita dal legislatore al controllo collettivo, non accetta l'idea di un licenziamento collettivo soggetto esclusivamente ad un controllo « anteriore » di tipo procedurale e, di conseguenza, non oblitera le funzioni di

ogni caso implicare e rendere necessaria, con rapporto di causa ad effetto, la diminuzione del complessivo numero dei dipendenti divenuto esuberante rispetto alle mutate esigenze aziendali ed il giudice, pur non potendo sindacare l'opportunità e la congruità della scelta imprenditoriale, ha il dovere di verificarne il nesso di causalità fra il ridimensionamento ed i singoli licenziamenti, onde accertare che le ragioni allegate dall'imprenditore costituiscono la base degli stessi e non uno strumento per sottrarre dei licenziamenti individuali al controllo della ricorrenza delle condizioni di legge per essi stabiliti »: Cass. 17 giugno 1997 n. 5419, in *Infoutet*, 2004. In senso analogo, Cass. 5 aprile 1996 n. 3182, in *Infoutet*, 2004; Cass. 22 giugno 1994 n. 6006, in *Infoutet*, 2004.

(47) Così Cass. 9 settembre 2003 n. 13182, cit. In senso del tutto analogo, Cass. 29 luglio 2003 n. 11651, in *Juris Data*, 2003, afferma che « Nel licenziamento collettivo non rileva il requisito causale, perché i licenziamenti per riduzione di personale sono soggetti ad una forma di controllo collettivo procedurale — dal quale risulta sottratto e devoluto alla competenza del giudice solo la ricaduta sul piano individuale del mancato rispetto dei criteri di scelta di cui all'art. 5 della legge n. 223 — a differenza di quanto accade in relazione ai licenziamenti per giustificato motivo obiettivo, che devono superare, invece, il filtro dell'adeguatezza dei motivi (...) ».

(48) Si veda, *ex plurimis*, Cass. 15 gennaio 2003 n. 535, in *Juris Data*, 2003: « Ai sensi della legge n. 223 del 1991, che ha recepito la direttiva n. 129-75-CEE, gli elementi distintivi del licenziamento collettivo per riduzione del personale sono costituiti dalla dimensione occupazionale dell'impresa (più di quindici dipendenti), dal numero dei licenziamenti (almeno cinque) e dall'arco di tempo (centoventi giorni) entro il quale sono effettuati i licenziamenti, risultando superflua l'indagine circa l'esistenza di un programma di ristrutturazione o di stabile ridimensionamento aziendale; infatti, mentre riguardo ai licenziamenti per giustificato motivo oggettivo, di cui all'art. 3 legge n. 604-1966, il controllo del giudice attiene alla sussistenza delle ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al suo regolare funzionamento, dedotte dall'imprenditore in relazione alla posizione dei dipendenti licenziati, in ordine alla riduzione di personale il controllo giudiziale concerne sia la sussistenza dei suddetti requisiti numerico-temporali, sia l'osservanza della procedura e dell'applicazione dei criteri di scelta dei lavoratori licenziati, ai sensi degli art. 4 e 5 legge n. 223-1991 ».

garanzia sostanziale del giudice esercitabili mediante verifica del profilo causale dei licenziamenti collettivi: piuttosto, alla tutela procedurale *ex ante* si somma quella garantita dal giudice *ex post*. In quest'ottica, il diverso approccio *metodologico* alla tutela del lavoratore, che pure tali autori rinvencono nell'impianto disegnato dalla legge n. 223, si traduce in un sistema di controllo binario che, in via preventiva, tenta di evitare o più verosimilmente di limitare i danni derivanti dal progettato licenziamento collettivo, e, in via successiva, garantisce al lavoratore un controllo sulla legittimità del recesso subito sotto il profilo causale nonché in relazione al rispetto delle procedure previste dalla legge e alla legittima individuazione e applicazione dei criteri di scelta. In particolare, in relazione al profilo causale, che qui ci occupa, al giudice è attribuito il compito di verificare la *effettività* e *veridicità* ⁽⁴⁹⁾ della scelta imprenditoriale nonché l'esistenza di un nesso di causalità tra la suddetta scelta e il licenziamento dei singoli lavoratori coinvolti ⁽⁵⁰⁾. Tale orientamento si fonda sull'interpretazione della stessa *voluntas legis*: basterebbe ricordare, in tal senso, che la legge n. 108/1990 ha ridotto all'osso l'area di libera recedibilità, consentendo l'intimazione di un licenziamento *ad nutum* solo nei confronti dei dirigenti, dei lavoratori anziani, dei lavoratori domestici, dei lavoratori in prova e degli sportivi professionisti, generalizzando, per altro verso, il principio nella necessaria giustificazione causale del recesso intimato nei confronti di tutte le altre categorie professionali. Ma vi è di più. La lettera della norma dell'articolo 24, legge n. 223/1991, recita: « ... in *conseguenza* di riduzione o trasformazione dell'attività o del lavoro ». Il legislatore esprime, dunque, anche se in maniera

⁽⁴⁹⁾ U. CARABELLI, *I licenziamenti per riduzione di personale*, cit., 1994, 272, afferma: « accanto al controllo del rispetto delle regole formali e procedurali, oltre che dell'esatta delimitazione dell'ambito aziendale di riferimento e dei criteri di scelta, al giudice è riservato un controllo sulla sussistenza dei presupposti causali consistenti nella « riduzione o trasformazione di attività o di lavoro », e dunque sulla *effettività*, *veridicità* di quest'ultima; e la prova delle affermazioni poste a fondamento del licenziamento non potrà che ricadere sul datore di lavoro ».

⁽⁵⁰⁾ U. CARABELLI (*I licenziamenti per riduzione di personale*, cit., 2001, 164 ss.) sostiene che « all'espressione nesso di causalità possono in realtà essere ricondotti differenti significati. In primo luogo, ad un livello superiore, si può parlare di nesso di causalità con riferimento alla consequenzialità intrinseca alla decisione economica assunta dall'imprenditore, in ragione di una riduzione o trasformazione di attività o di lavoro, di far ricorso ad una riduzione di personale ... in tale ambito, che coincide con quello dei presupposti causali del licenziamento, il controllo giudiziario non potrà che essere limitato al mero accertamento dell'effettiva sussistenza dei presupposti medesimi, laddove sarà invece da escludere un controllo sull'opportunità delle decisioni economiche dell'imprenditore ... Ad un livello più basso, si può ancora ragionare in termini di nesso di causalità su due ulteriori piani di analisi, con riferimento alla fase meramente esecutiva di quella decisione. Anzitutto si può parlare di individuazione di un primo e ampio nesso di causalità fra la scelta determinante e l'area nella quale andranno ad incidere i provvedimenti risolutivi. Successivamente, in quest'ambito dovrà essere individuato ... il più specifico nesso di causalità con i singoli licenziamenti ed è questo tipo di valutazione che coincide sostanzialmente con il giudizio sul rispetto delle esigenze tecnico produttive ed organizzative, con il quale potranno interferire gli altri criteri socialmente orientati. In questa accezione il nesso di causalità si identifica con la corretta applicazione dei criteri di scelta, la cui violazione è specificamente sanzionata con l'annullabilità dei licenziamenti e con l'applicabilità dell'art. 18 dello statuto dei lavoratori ».

« asettica, una correlazione eziologica tra l'evento tecnico-organizzativo e la sua *conseguenza* »⁽⁵¹⁾. Infine, non sembra corretta quell'interpretazione giurisprudenziale della normativa comunitaria nel senso di una completa obliterazione dell'elemento causale nel licenziamento collettivo. Se è vero, infatti, che sotto il profilo causale, la direttiva n. 75/129/CEE si limita a stabilire che il licenziamento collettivo non può essere fondato su motivi inerenti la persona del lavoratore, è altrettanto vero che tale norma, per quanto ampia e generica, delimita pur sempre l'istituto e, pertanto, invita i giudici a verificarne il rispetto. *Rebus sic stantibus*, sembra logico dedurre che lo stesso legislatore consenta (*rectius*, richieda) un sindacato giudiziale relativo, se non al merito, quanto meno alla effettiva sussistenza della causale posta a fondamento di un licenziamento collettivo. Diversamente opinando, e fermandosi a quella prima garanzia fornita dalle procedure obbligatorie, si attribuirebbe al controllo collettivo una funzione che non gli appartiene (e che non può appartenergli: la funzione giudiziale) e si priverrebbero i lavoratori della insostituibile tutela fornita dal giudice⁽⁵²⁾!

6. Una insistita comparazione con i vicini ordinamenti europei viene proposta, in particolare, dai fautori della creazione di un'unica categoria di licenziamenti intimati per ragioni oggettive nella quale far confluire i licenziamenti per giustificato motivo oggettivo e i licenziamenti per riduzione di personale. In numerosi ordinamenti, infatti, le due tipologie vengono ricondotte ai licenziamenti per motivi economici, distinguendosi, poi, le discipline applicabili in dipendenza della rilevanza sociale dei fenomeni espulsivi. In tale ottica viene auspicato un processo imitativo e di armonizzazione idoneo a condurre ad una revisione radicale dell'assetto teorico della materia nel nostro ordinamento. In Francia, ad esempio, l'articolo L. 321-1 del *Code du travail* definisce il licenziamento per « motivi economici », sia esso individuale o collettivo, in base a tre elementi: « l'un négatif, un motif non inhérent à la personne du salarié; l'autre faisant référence à la cause immédiate du licenciement, la suppression d'emploi; le troisième renvoyant à la cause ultime du licenciement, notamment les difficultés économiques de l'entreprise »⁽⁵³⁾. Il regime è poi diversificato in base alla distinzione tra « les licenciements individuels et les licenciements

(51) Così G. NATULLO, *op. cit.*, rilevando la differenza « semantica » utilizzata dal legislatore nella redazione della norma in questione a differenza dell'accordo interconfederale che, utilizzando l'espressione « necessità di riduzione », « potrebbe legittimare letture volte ad accentuare un profilo di controllo sulla razionalità organizzativa di quella correlazione e dunque, appunto, sulla effettiva « necessità », nel senso di inevitabilità, con possibili ripercussioni in termini di *extrema ratio* del ricorso al licenziamento ».

(52) Peraltro, e già sotto il diverso profilo della coerenza interna della disciplina legislativa, R. DEL PUNTA (*op. cit.*) correttamente rileva che « non è possibile qualificare un licenziamento in base al motivo (la riduzione di personale, *id est* le esigenze aziendali che la determinano) senza che il sindacato giudiziale si trasformi automaticamente in sindacato sulla giustificazione sostanziale del recesso ».

(53) P. CHAUMETTE, *Le licenciement pour motif économique en droit français*, in AA.VV., *I licenziamenti per riduzione di personale in Europa*, Cacucci, Bari, 2001, 56.

collectifs » nonché tra « les petits licenciements collectifs et les grands licenciements collectifs »⁽⁵⁴⁾. A tal fine, l'articolo L. 321-2 contiene una modulazione dell'informazione e della consultazione sindacale in base alle dimensioni dell'impresa e al numero dei lavoratori coinvolti. La dottrina francese⁽⁵⁵⁾ specifica, inoltre, che il sindacato giudiziale esercitato dal giudice in sede di contenzioso è identico per le due tipologie di licenziamento e incentrato, sostanzialmente, sulla effettività e veridicità delle ragioni addotte dall'imprenditore.

Nell'ordinamento tedesco, « i licenziamenti collettivi non sono considerati un fenomeno « alternativo » rispetto ai licenziamenti individuali (...). Tutte le norme relative ai licenziamenti individuali si applicano anche ai licenziamenti collettivi. La differenza sta semplicemente nel fatto che per questi ultimi deve essere rispettata una serie di norme aggiuntive », attinenti ad una speciale procedura di informazione e consultazione sindacale. Il giudice, peraltro, è chiamato a sindacare la fondatezza dei motivi posti alla base del licenziamento sia individuale che collettivo. Inoltre, è presente in Germania un istituto simile al nostro *repêchage*, per il quale il giudice è tenuto a verificare l'impossibilità della ricollocazione all'interno dell'azienda sia nel caso di licenziamento individuale che collettivo⁽⁵⁶⁾.

Confronti di questo tipo hanno condotto taluni a notare che la normativa italiana non presenta in realtà sostanziali differenze rispetto alle regolamentazioni straniere⁽⁵⁷⁾ considerate. « Esiste, infatti, anche in Italia, una disciplina generale circa i requisiti di forma e di sostanza del licenziamento, contenuta nella legge n. 604 del 1966, e una disciplina procedurale specifica, contenuta nella legge 223/91, per i licenziamenti economici che superino una data soglia numerica »⁽⁵⁸⁾. Sarebbe sufficiente, dunque, per portare l'Italia al passo con i vicini Paesi comunitari, e comunque per restituire una maggiore organicità al sistema, che il legislatore riconoscesse l'identità causale tra licenziamento per giustificato motivo oggettivo e licenziamento collettivo. In tal modo si porrebbe rimedio alla disarmonia e frammentarietà che caratterizza l'attuale sistema normativo, e alle incertezze interpretative in ordine ai limiti del sindacato giurisdizionale, ridisegnando « la geografia dell'intera materia dei licenziamenti che si approprierebbe, anche formalmente, della sua struttura naturalmente bipolare in cui da una parte si dovranno collocare i recessi per motivi soggettivi

⁽⁵⁴⁾ P. CHAUMETTE, *op. cit.*, 60.

⁽⁵⁵⁾ Si veda, in proposito, A. JEAMMAUD, *Le licenciement*, Dalloz-Sirey, Parigi, 1993, 91 ss.

⁽⁵⁶⁾ Così, fra gli altri, M. WEISS, *I licenziamenti collettivi per riduzione di personale in Germania*, in *DRI*, 1992, n. 2, 157 ss.

⁽⁵⁷⁾ Per un'analisi dei licenziamenti collettivi nell'ordinamento comunitario e nei principali ordinamenti europei sia consentito il rinvio a AA.VV., *I licenziamenti per riduzione di personale in Europa*, cit., e ivi, in particolare, P. CHAUMETTE, *op. cit.*, 51 ss.; G. THUSING, *Die massenentlassung in der Bundesrepublik Deutschland*, 95 ss.; A.J. OJEDA AVILÉS, J. GORELLI HERNÁNDEZ, M.J. RODRIGUEZ RAMOS, *El despido por motivos económicos en la regulación española*, 261 ss.; J. CARBY HALL, *Redundancy in the United Kingdom*, 387 ss.

⁽⁵⁸⁾ In questo senso si veda in particolare C. ALESSI, *Il licenziamento collettivo per riduzione di personale: fattispecie e disciplina*, in *RGL*, 1995, n. 3, 242-243.

(giusta causa e giustificato motivo soggettivo) e dall'altra quelli per motivi oggettivi e/o di impresa e/o economici a secondo del modello che si intende preferire »⁽⁵⁹⁾.

7. Nel licenziamento intimato per giustificato motivo oggettivo, il datore di lavoro è onerato della prova dell'impossibilità del c.d. *repêchage*, ossia della impossibilità di reimpiegare utilmente il lavoratore licenziando all'interno dell'azienda e in mansioni non inferiori rispetto a quelle di provenienza. Nella questione che ci occupa, relativa alla possibile assimilazione dal punto di vista causale dei licenziamenti individuali e di quelli collettivi, è inevitabile che ci si trovi, prima o poi, ad affrontare anche l'argomento *repêchage*. Appare quasi superfluo precisare che i sostenitori dell'autonomia dei licenziamenti collettivi considerano la stessa fattispecie sottratta all'istituto del *repêchage* in base all'assunto che essi si fondano su una diversa giustificazione causale. La recente giurisprudenza di legittimità è chiara in tal senso: « Il licenziamento collettivo è sottratto alla dimostrazione della impossibilità di collocare altrove il lavoratore licenziato incombente sul datore di lavoro nell'ipotesi di licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo »⁽⁶⁰⁾, essendo unicamente richiesto il rispetto della procedura prevista dalla legge e il riscontro del nesso di causalità tra la riduzione o trasformazione dell'attività dell'impresa e l'attuata riduzione del personale. Tale tesi è argomentata in molti casi adducendo che la prova dell'impossibilità di collocare altrimenti i lavoratori licenziati sarebbe fornita dalle stesse *dimensioni* delle riduzioni di personale, ossia dal superamento di quella soglia legale (5 licenziamenti) al di sopra della quale il legislatore farebbe scattare una sorta di presunzione di incollocabilità altrimenti dei lavoratori in esubero. Ciò potrebbe rispondere al vero laddove un imprenditore, di fronte allo stato di crisi della propria azienda, ricorra ad un licenziamento collettivo al fine di ridurre il personale. In tal caso, sarebbe un controsenso richiedere al datore di lavoro la prova dell'impossibilità di ricollocare quegli stessi lavoratori che egli indica come numericamente eccedenti! Ci sembra, tuttavia, che la prospettiva cambi notevolmente laddove il licenziamento collettivo è motivato dall'intenzione imprenditoriale di trasformare l'azienda, o di rinnovarla qualitativamente (per esempio perché necessita di personale diversamente qualificato o più qualificato) oppure « tecnologicamente » (per esempio attraverso l'acquisto di macchinari tecnologicamente avanzati che richiedono una minore forza lavoro). In situazioni di questo tipo non si vede perché, una volta individuati i lavoratori da licenziare (in base ai criteri di scelta indicati dall'articolo 24, siano essi legali o frutto della contrattazione collettiva), debba essere preclusa al singolo lavoratore la possibilità di rivolgersi al giudice laddove egli ritenga che il datore di lavoro avrebbe potuto « salvarlo » riutilizzandolo all'interno della propria azienda⁽⁶¹⁾. I lavoratori

⁽⁵⁹⁾ F. PATERNO, *op. cit.*, 111.

⁽⁶⁰⁾ Cass. 7 gennaio 2003 n. 26, in *Juris Data*, 2003.

⁽⁶¹⁾ È di questo avviso U. CARABELLI, *I licenziamenti per riduzione di personale*, cit., 277 ss.,

licenziati con recesso collettivo risulterebbero infatti immotivatamente penalizzati rispetto a coloro che hanno subito un licenziamento individuale⁽⁶²⁾. Sarebbe, poi, la stessa legge n. 223/1991 a fornire un qualche supporto (sia pure indiretto) alla sussistenza dell'obbligo di *repêchage* anche nei licenziamenti collettivi, laddove essa introduce la possibilità di adibire il lavoratore posto in mobilità a mansioni inferiori rispetto a quelle contrattuali o a quelle da ultimo svolte (qualora ciò consenta di evitarne il licenziamento e vi sia un apposito accordo sindacale), in deroga al generale divieto di demansionamento sancito dall'articolo 2103 c.c.⁽⁶³⁾.

Di fatto, resta il dato dello scarso successo riscosso da tale orientamento in giurisprudenza, dove si continua a sostenere la diversità dei presupposti sostanziali del licenziamento collettivo rispetto al licenziamento individuale (plurimo) per giustificato motivo oggettivo e, di conseguenza, che « ai fini della legittimità del licenziamento collettivo, deve escludersi che il datore di lavoro debba dimostrare non solo di aver seguito la procedura di legge e che esistesse un nesso di causalità tra il ridimensionamento e il licenziamento stesso, ma anche che non vi fosse in concreto alcuna possibilità di collocamento dei lavoratori in altre mansioni compatibili in azienda »⁽⁶⁴⁾.

secondo il quale « non vi è una « contraddizione » nel ritenere che l'imprenditore, una volta concretamente individuato il lavoratore da licenziare, sia obbligato a verificare se sia possibile rinvenire per lui un diverso posto di lavoro, di livello equivalente o anche inferiore, in altro ambito dell'azienda (rispetto a quello entro cui è avvenuta la selezione) ».

⁽⁶²⁾ Sostengono l'opportunità di onerare il datore di lavoro della prova dell'impossibilità del *repêchage* molti degli autori favorevoli alla creazione di un'unica categoria di licenziamenti per ragioni oggettive. Si veda, per esempio, R. DEL PUNTA, *op. cit.*, 333, secondo cui l'onere probatorio in questione « può essere ricavato direttamente dalla fattispecie di giustificazione sostanziale del recesso, potendosi considerare la prova dell'inutilizzabilità come implicazione necessaria della prova sull'effettività della trasformazione o riduzione dell'attività o lavoro ». Cfr., inoltre, G. FONTANA, *Discrezionalità imprenditoriale e tutela giurisdizionale nei licenziamenti motivati da ragioni economiche*, in *RLP*, 2001, III, 323, 340; M.L. VALLAURI, *Ambito aziendale interessato dalla riduzione di personale, individuazione dei criteri di scelta applicabili e obbligo di repêchage*, in *RIDL*, 2000, n. 4, 791 ss. Nello stesso senso vedi anche U. CARABELLI, *I licenziamenti per riduzione di personale in Italia*, cit., 216; P. ALLEVA, *Il perché di una nuova legge e i problemi applicativi*, in *LI*, 1991, n. 21, 30 ss.; M. NAPOLI, voce *Licenziamenti*, in *DDP* sez. comm., XI, Torino, 1995, 58 ss.; F. MAZZIOTTI, *op. cit.*, 97 ss.; P. CHIECO, voce *Licenziamenti*, in *EGT*, 1998, 26-27; F. SCARPELLI, *La nozione e il controllo del giudice*, cit., 42; S. VERGARI, *La materia dei licenziamenti collettivi dopo la legge 223/91: un cantiere ancora aperto*, in *RGL*, 1991, I, 251; C. ALESSI, *op. ult. cit.*, 246 ss.

Contra, vedi fra gli altri S. MAGRINI, *La nuova legge e la giurisprudenza*, in *Lav. inf.*, 1991, 22, 24; L. SPAGNUOLO VIGORITA, L. GUAGLIONE, F. SCARPELLI, *op. cit.*, 246 ss., 1113-4; F. LISO, *Mercato del lavoro: il ruolo dei poteri pubblici e privati nella legge 223/91*, in *RGL*, 1993, I, 31.

⁽⁶³⁾ Vedi nota precedente.

⁽⁶⁴⁾ Cass. 29 novembre 1999 n. 13346, in *RIDL*, 2000, n. 4, 791 ss., con nota di M.L. VALLAURI, *Ambito aziendale interessato alla riduzione del personale, individuazione dei criteri di scelta applicabili a obbligo di repêchage*. Cfr. Cass. 22 ottobre 1998 n. 10522, in *Infoutet*, 2004; Cass. 3 agosto 1998 n. 7620, in *Infoutet*, 2004, che limita alle ipotesi di licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo per l'imprenditore di dimostrare l'impossibilità di utilizzare il dipendente in altre mansioni compatibili con la qualifica rivestita, ed anche Cass. 27 aprile 1991 n. 4688, in *Infoutet*, 2004, entrambe, peraltro, espressamente richiamate.

A queste affermazioni, la prevalente dottrina contemporanea ⁽⁶⁵⁾ risponde con un'osservazione pratica relativa alle modalità di svolgimento del sindacato giudiziale sui licenziamenti per riduzione di personale: la giurisprudenza che rifiuta di riconoscere la sussistenza della condizione di legittimità in parola (e del connesso onere probatorio) si vede spesso costretta a richiedere la prova dell'inutilizzabilità dei lavoratori in esubero sotto mentite spoglie: se è vero, infatti, che il giudice è chiamato a sindacare la effettività dell'eccedenza di personale lamentata dal datore di lavoro, è altrettanto vero che il più efficace strumento probatorio dell'eccedenza in questione è rappresentato proprio dalla impossibilità di utilizzare i licenziandi all'interno dell'azienda. In tal modo viene a perdere importanza la *querelle* alla quale si è fatto riferimento e, al contempo, viene dimostrato come, anche sotto tale profilo, nonostante la diversa disciplina di partenza delle due fattispecie di licenziamento, si delinei un piano inclinato che spinge verso una loro sostanziale convergenza in un unico *genus*.

Il licenziamento per « ragioni economiche »: le fattispecie — Riassunto — *Il saggio esamina il rapporto esistente nel nostro ordinamento tra le fattispecie del licenziamento collettivo e del licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo. Con un rapido excursus viene ripercorsa l'evoluzione del profilo definitorio delle due figure: dall'originaria disciplina degli accordi interconfederali sino ai più recenti orientamenti della dottrina e della giurisprudenza, con riferimenti anche all'impostazione degli interventi comunitari.*

Particolare attenzione viene al riguardo prestata alla proposta dottrinale di accorpare le due fattispecie in un'unica categoria di licenziamenti « per ragioni economiche », sul presupposto della sostanziale identità causale delle due tipologie di licenziamento e sulla falsariga di quanto avviene in altri ordinamenti.

Ci si sofferma, poi, sulle forme di garanzia sostanziale (vincoli causali) e procedurale (controllo pubblico-sindacale) poste a tutela dei lavoratori: le prime, tipicamente riferite al licenziamento individuale, sollecitano un dibattito in ordine alla loro applicabilità anche ai licenziamenti collettivi, sicuramente investiti, invece, da corpose tutele di tipo procedurale.

La disputa sui vincoli causali dei licenziamenti collettivi e, quindi, sulla sindacabilità giudiziale dei presupposti legittimanti, vede dottrina e giurisprudenza attestare su posizioni tendenzialmente divergenti: la prima propensa a valorizzare il rilievo delle giustificazioni causali; la seconda, al contrario, attenta soprattutto, se non esclusivamente, al solo rispetto degli oneri procedurali. Il dibattito è reso particolarmente attuale dalla contraddizione che viene a crearsi tra la frequente adozione del criterio di scelta dei lavoratori da esodare imperniato sulla maggiore anzianità contributiva e la necessità di ancorare la scelta medesima a presupposti oggettivi (funzioni o posizioni oggettivamente esuberanti), spesso non coincidenti con il criterio « sociale » della prosimità al pensionamento.

Dismissal for « economic reasons »: various instances (Article in Italian) — Summary — *This paper examines the relation between collective dismissals and individual dismissals for objective justified reasons in the Italian system. A rapid overview is provided of the evolution of the definition of these two types of dismissal, from the original provisions laid down in the interconfederal*

⁽⁶⁵⁾ Sul tema, si veda per esempio G. FONTANA, *op. cit.*, 346, il quale considera tale orientamento giurisprudenziale fondato su « argomentazioni tralattizie che la Suprema Corte si trascina da diversi lustri e che muovono da un'apodittica e indimostrata concezione ontologica del licenziamento collettivo ».

agreements to the more recent approaches of legal opinion and case law, with reference also to EU provisions. Particular attention is paid in this connection to the proposal to combine the two instances into a single category of dismissals « for economic reasons », on the assumption that the underlying cause for the two types of dismissal is substantially the same, reflecting the provisions of other legal systems. The paper also considers the forms of substantial safeguards (in the sense of the limits placed on the causes for dismissal) and procedural safeguards (in the sense of public and trade-union requirements) aimed at protecting the worker. Substantial safeguards generally apply in cases of individual dismissal, raising the question of their applicability also in the case of collective dismissals, that are subject to significant safeguards of a procedural kind. The controversy over the limits on just causes for dismissal in the case of collective dismissals, and therefore on decisions taken in relation to legitimating factors, gives rise to a divergence between legal opinion and case law. Whereas legal opinion tends to underline the importance of just causes for dismissal, case law tends to emphasise the importance of procedural requirements. The debate is of particular interest at the moment due to the contradiction arising from the frequent selection of employees for redundancy based on the total number of years of contributions, and the need to adopt objective criteria in the sense of positions that are excess to requirements, that often do not coincide with the « social » criteria of proximity to retirement age.

Natura ed incidenza dei vincoli formali nel recesso datoriale

Valeria Nuzzo

Sommario: **1.** Forma e formalità nella disciplina dei licenziamenti individuali. — **2.** Forma *ad substantiam* o modalità vincolata? — **3.** L'intimazione del licenziamento e la comunicazione dei motivi. — **4.** Le conseguenze dell'invalidità formale del licenziamento. — **5.** Il licenziamento per colpa: l'applicazione dell'articolo 7, Statuto dei lavoratori. — **6.** La violazione della procedura disciplinare. — **7.** La ripartizione dell'onere probatorio tra licenziamento orale e dimissioni.

1. L'imposizione della forma scritta per l'atto con cui l'imprenditore recede dal rapporto persegue l'interesse, comune a tutte le prescrizioni di forma, di certezza dell'atto ⁽¹⁾ e della sua collocazione temporale ⁽²⁾, ma, soprattutto, mira a responsabilizzare il soggetto che agisce, a farlo riflettere sulla complessità degli interessi in gioco, sull'importanza e sulle conseguenze del provvedimento che sta per adottare, così creando « una prima e non trascurabile remora di contenimento della possibilità di licenziamento arbitrario » ⁽³⁾. La previsione della forma scritta ha, dunque, « una funzione fortemente garantista del lavoratore dipendente e si integra con i limiti sostanziali variamente prefigurati al potere di recesso dell'imprenditore » ⁽⁴⁾.

La nozione di forma, peraltro, va considerata in maniera estremamente ampia,

(*) Valeria Nuzzo è dottore di ricerca in Diritto del lavoro, II Università degli Studi di Napoli.

⁽¹⁾ C.M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, Giuffrè, Milano, 1987, 278, e, da ultimo, G. CRISCUOLI, *Il contratto*, Cedam, Padova, 1996, 257, secondo cui le prescrizioni di forma rispondono all'esigenza « di garantire particolare certezza a determinati mutamenti giuridici di notevole rilievo ».

⁽²⁾ R. DE LUCA TAMAJO, *Commento all'articolo 2*, in R. DE LUCA TAMAJO, M. D'ANTONA (a cura di), *Legge 11 maggio 1990, n. 108: disciplina dei licenziamenti individuali*, in *NLCC*, 1991, 133. In tal senso v. anche la giurisprudenza costituzionale, secondo la quale la forma scritta, richiesta quale elemento certo e costitutivo della volontà di recesso, è necessaria « soprattutto per tutelare l'essenziale interesse della parte più debole del rapporto a conoscere e ad impugnare l'atto nel termine decorrente dalla notifica dello stesso » (C. Cost. 23 novembre 1994 n. 398, in *FI*, 1995, I, 19; e, nello stesso senso, già C. Cost. 7 luglio 1986 n. 176, in *RDC*, 1986, 1069, con nota di P. PERLINGIERI; C. Cost. 14 luglio 1971 n. 174, in *FI*, 1971, I, 1465).

⁽³⁾ G. PERA, *Licenziamenti. I*, in *EGT*, 1990, XIX, 19. In questo senso, con riferimento ai contratti in generale, v. E. ROPPO, *Il contratto*, Il Mulino, Bologna, 1977, 93, che rileva come la forma scritta tuteli le parti « contro decisioni precipitose, le mette in condizioni di riflettere e ponderare bene sopra iniziative economiche che [...] sono suscettibili di avere gravi conseguenze sul patrimonio del soggetto »; così anche C.M. BIANCA, *op. cit.*, 278.

⁽⁴⁾ G. FERRARO, *Formalismo giuridico e diritto del lavoro*, in *DLRI*, 1989, 555. L'impiego del formalismo come tecnica di protezione del lavoratore (soprattutto là dove c'è meno tutela

tale da ricomprendere sia i vincoli attinenti al mezzo impiegato per la manifestazione di volontà, sia quelli relativi alle modalità di comunicazione della dichiarazione negoziale. Soprattutto nell'ambito della disciplina del lavoro subordinato si registra la tendenza ad affiancare alla prescrizione della forma scritta l'adozione di una sorta di procedimento nell'ambito del quale la redazione per iscritto dell'atto costituisce solo un momento di una più complessa vicenda in cui si inseriscono, spesso in una sequenza temporalmente obbligata, altri comportamenti giuridicamente rilevanti ⁽⁵⁾. È il caso, ad esempio, delle procedure di mobilità dei lavoratori dettate dalla legge n. 223 del 1991 e, prima ancora (anche da un punto di vista strettamente cronologico), del licenziamento individuale, per il quale, sempre nella stessa logica garantista, si impone, accanto al requisito formale, l'obbligo per il datore di lavoro di rispettare alcuni oneri procedurali: la comunicazione scritta al lavoratore dei motivi del recesso entro sette giorni dall'eventuale richiesta ovvero, nei casi in cui il licenziamento è conseguenza di un grave inadempimento (e cioè nelle ipotesi di giustificato motivo soggettivo e, in larga parte, di giusta causa) ⁽⁶⁾, il rispetto della procedura disciplinare di cui all'articolo 7 della legge n. 300 del 1970.

Invero, nelle ipotesi di licenziamento per colpa, è stata la giurisprudenza che, svolgendo un'importante funzione integrativa del dettato normativo, ha stabilito l'estensione (e il *quantum* di estensione) delle garanzie procedurali previste dall'articolo 7 al licenziamento conseguente ad un grave inadempimento contrattuale. Ed è stata sempre la giurisprudenza a chiarire e specificare le concrete modalità di intimazione del recesso e ad individuare le conseguenze sanzionatorie da collegare alla violazione dei citati oneri formali e procedurali. L'analisi della ricca elaborazione giurisprudenziale rappresenta, di conseguenza, il punto di riferimento di qualsiasi indagine in materia.

2. L'articolo 2 della legge n. 604 del 1966 impone al datore di lavoro la comunicazione per iscritto del licenziamento. In particolare, la giurisprudenza ha precisato che si tratterebbe di una forma richiesta *ad substantiam* ⁽⁷⁾, e cioè

sostanziale) è sottolineato anche da R. VOZA, *Forma del contratto e trasformazione del rapporto nel part-time*, in *DLRI*, 2001, 563.

⁽⁵⁾ Gli interventi più attuali in materia di forma, riconducibili principalmente alla legislazione speciale, contemplan con sempre maggiore frequenza, ed anche fuori dall'ambito del diritto del lavoro, una sorta di forma-procedimento in funzione di protezione del soggetto debole del rapporto contrattuale. Per un recente studio in materia v. R. AMAGLIANI, *Profili della forma nella nuova legislazione sui contratti*, ESI, Napoli, 1999.

⁽⁶⁾ Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione (Cass., sez. un., 1° giugno 1987 n. 4823, in *FI*, 1987, I, 2031) hanno affermato la natura ontologicamente disciplinare del licenziamento determinato dall'inadempimento del prestatore e, conseguentemente, hanno esteso l'applicazione delle garanzie procedurali a tutti i licenziamenti motivati da colpa in senso generico, a prescindere da qualsiasi classificazione eteronoma che espressamente li qualifici come disciplinari. Tale orientamento è confermato da giurisprudenza costante, v. *infra*.

⁽⁷⁾ Cass., sez. un., 18 ottobre 1982 n. 5394, in *FI*, 1983, I, 2206. Concorde tutta la giurisprudenza successiva: Cass. 27 marzo 2003 n. 3022, in *MGL*, 2003, 260; Cass. 5 giugno 2000 n. 7495, in *RFI*, voce *Lavoro (rapporto)*, 2000, n. 1608; Cass. 10 agosto 1999 n. 8567, in *RFI*, voce *Lavoro*

quale requisito essenziale dell'atto con cui il datore di lavoro può recedere dal rapporto.

Alla mancata osservanza di tale onere formale, tuttavia, la legge fa conseguire non la nullità del licenziamento ma la sua inefficacia, smentendo così il collegamento biunivoco che il codice civile instaura tra rilevanza della forma e nullità dell'atto che non la rispetta. Ai sensi dell'articolo 1325 c.c., infatti, la forma rientra tra i requisiti del contratto (o più in generale dell'atto) solo « quando risulta che è prescritta dalla legge sotto pena di nullità ».

In assenza di tale prescrizione (ed, anzi, di fronte alla chiara lettera della legge che sanziona il vizio formale del recesso con l'inefficacia) non può non rilevarsi il contrasto tra l'interpretazione giurisprudenziale dell'articolo 2, comma 2, legge n. 604/1966 — là dove intende la forma scritta quale elemento essenziale dell'atto di licenziamento — e l'articolo 1325 c.c. in relazione con il comma 3 del citato articolo 2.

Sul piano logico-giuridico si potrebbe così prospettare che la forma scritta della comunicazione di licenziamento non è requisito *ad substantiam* (come tale strettamente inerente alla nascita della stessa dichiarazione negoziale) né forma *ad probationem* ma, seguendo una autorevole dottrina civilistica ⁽⁸⁾, potrebbe essere ricondotta a mera modalità vincolata, volta cioè a consentire la conoscenza dell'atto.

Sicuramente, sia che si tratti di un requisito formale sia che si intenda qualificarlo come requisito modale, l'espressa imposizione dell'atto scritto significa che il licenziamento, perché possa produrre effetti, deve pervenire a conoscenza effettiva o possibile del prestatore di lavoro in un documento scritto, contenente la volontà imprenditoriale di recedere dal rapporto.

Quel che invece distingue le due ipotesi è che la forma, a differenza della modalità, deve sussistere nel momento in cui l'atto dichiarativo è posto in essere, in quanto esso è se riveste la forma voluta dal legislatore: tra volontà e scritto deve, cioè, sempre esservi una rispondenza immediata e diretta ⁽⁹⁾.

L'idea di qualificare la forma prescritta dall'articolo 2 della legge n. 604 del 1966 come requisito modale è stata, invero, prospettata nel 1974 ⁽¹⁰⁾, ma non ha trovato seguito nella dottrina italiana, probabilmente perché formulata in un momento in cui la giurisprudenza, senza contraddizioni, qualificava come *ad substantiam* la forma richiesta per il licenziamento.

Tale interpretazione, tuttavia, appare recuperabile oggi, a fronte di un nuovo orientamento giurisprudenziale che, in palese contraddizione con l'affermazione dell'essenzialità della forma scritta per la comunicazione del recesso, ha interpretato teleologicamente il requisito formale previsto dall'articolo 2 della

(rapporto), 1999, n. 1131; Cass. 20 febbraio 1999 n. 1444, in *RFI*, voce *Lavoro (rapporto)*, 1999, n. 1660.

⁽⁸⁾ M. GIORGIANNI, voce *Forma degli atti*, in *Enc. Dir.*, 1968, XVII, 1001.

⁽⁹⁾ Così F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, ESI, Napoli, 1996, VI ed., qui 861; M. GIORGIANNI, *op. cit.*, 988; A. LISERRE, *Forma degli atti. I) Diritto civile*, in *EGT*, 1989, XIV, 2.

⁽¹⁰⁾ D. SCAGLIOLA, *Le dichiarazioni dell'imprenditore e del prestatore di lavoro nei licenziamenti individuali*, Giuffrè, Milano, 1974.

legge n. 604 del 1966, guardando cioè non alla forma dell'atto ma alla concreta realizzazione dei fini per cui la prescrizione di forma è stata imposta.

La cesura nella giurisprudenza si è prodotta nel 1995, quando la Suprema Corte ha sancito che anche la consegna al lavoratore dell'atto scritto di liquidazione delle spettanze di fine rapporto, in quanto assume forma scritta e costituisce inequivocabile manifestazione della volontà del datore di recedere dal rapporto, è idonea a soddisfare il requisito formale imposto dalla legge ⁽¹¹⁾.

In particolare, i giudici di legittimità hanno ritenuto che ai fini della validità formale del recesso siano indispensabili tre elementi: la manifestazione della volontà del datore di lavoro di porre fine al rapporto, la comunicazione di tale volontà al lavoratore e la forma scritta. Pertanto, in presenza di questi requisiti, hanno ammesso che anche una forma indiretta o implicita, ma chiara, possa integrare il rispetto della prescrizione di forma ⁽¹²⁾.

La giurisprudenza della Cassazione ha privilegiato, dunque, una lettura finalistica del dato normativo per la quale il licenziamento non necessiterebbe di una forma « tipica », essendo sufficiente che la sua comunicazione sia certa e che la volontà negoziale di porre fine al rapporto risulti da un atto scritto da cui emerga la volontà « chiara e definitiva » ⁽¹³⁾ del datore di lavoro di recedere dal rapporto.

Certamente non si può non rilevare come una simile interpretazione discenda anche da valutazioni concernenti l'opportunità di assicurare una maggiore certezza ai rapporti giuridici: poiché l'inefficacia prevista dall'articolo 2 della legge n. 604 del 1966 può essere fatta valere oltre il termine di decadenza di 60 giorni previsto dall'articolo 6 della stessa legge ⁽¹⁴⁾, la Suprema Corte ha

⁽¹¹⁾ Cass. 17 giugno 1995 n. 6900, in *MGL*, 1995, 394, e in *RIDL*, 1996, II, 623.

⁽¹²⁾ Cass. 17 giugno 1995 n. 6900, cit., ma anche: Cass. 26 agosto 2002 n. 12529, non massimata, secondo cui è idoneo ad integrare il requisito di forma di cui all'art. 2, l. n. 604/1966, anche l'invio al lavoratore di copia della comunicazione datoriale del licenziamento inoltrata all'Ufficio Provinciale del lavoro e della massima occupazione; così anche Cass. 14 novembre 1997 n. 11310, in *MGL*, 1998, 254, e in *NGL* 1997, 781. Nella giurisprudenza di merito, v., da ultima, App. Torino 5 febbraio 2005, in *Boll. Adapt*, 2005, n. 13.

⁽¹³⁾ V. Cass. 28 marzo 1997 n. 2835, in *RFI*, voce *Lavoro (rapporto)*, 1997, n. 1490, secondo cui un atto prodromico o preparatorio alla definitiva risoluzione del rapporto (quale, nella specie, una lettera destinata a mettere in moto la procedura conciliativa tra le contrapposte associazioni di categoria prevista dall'accordo interconfederale del 18 aprile 1966 per il licenziamento dei lavoratori incaricati di funzioni sindacali) non può considerarsi atto di licenziamento idoneo a far decorrere il termine di decadenza di cui all'art. 6 della l. n. 604/1966 in quanto manca la volontà chiara e definitiva del datore di lavoro di recedere dal rapporto lavorativo.

⁽¹⁴⁾ La posizione della Suprema Corte si è cristallizzata da tempo nel senso dell'inapplicabilità del termine decadenziale di cui all'art. 6 della l. n. 604/1966 al recesso intimato irritualmente: in questa ipotesi, infatti, il licenziamento sarebbe come inesistente e dunque l'unico termine che il lavoratore che intenda agire in giudizio è tenuto a rispettare è quello prescrizione (v. Cass. 4 giugno 1999 n. 5519, in *OGL*, 1999, 725; Cass. 2 marzo 1999 n. 1757, in *NGL*, 1999, 359; Cass. 29 novembre 1996 n. 10697, in *RFI*, voce *Lavoro (rapporto)*, 1996, n. 474. Per tale orientamento v. anche Cass., sez. un., 18 ottobre 1982 n. 5394, in *FI*, 1983, I, 2206, e Cass., sez. un., 21 febbraio 1984 n. 1236, in *FI*, 1984, I, 2551). Così si sono pronunciate anche le Sezioni Unite della Cassazione (Cass., sez. un., 27 luglio 1999 n. 508, cit.), le quali hanno altresì precisato che, proprio perché il licenziamento inefficace è impugnabile entro i normali termini di prescrizione, « il lavoratore che,

ritenuto soddisfatto il requisito formale in tutti i casi in cui dalla comunicazione scritta emerge con chiarezza e definitività la volontà negoziale di risoluzione del rapporto, così limitando l'incertezza derivante dall'imprescrittibilità dell'azione e le conseguenze che si avrebbero, anche a distanza di molti anni, dal riconoscimento dell'irrituale intimazione del licenziamento.

Un'interpretazione teleologica della prescrizione sulla forma del recesso, che ritenga rispettato il dettato normativo ogni volta che l'atto abbia comunque raggiunto il suo scopo⁽¹⁵⁾, si discosta però dai tradizionali orientamenti civilistici in materia di forma vincolata, orientamenti che privilegiano, invece, una lettura rigorosa del requisito in esame, esigendo che vi sia una corrispondenza biunivoca tra la volontà e lo scritto⁽¹⁶⁾. La previsione della forma scritta dell'atto si estende, infatti, necessariamente anche al contenuto dell'atto stesso, nel senso che è quella precisa volontà a dover essere espressa per iscritto (e non altra), in quanto le norme sulla forma vincolata « assorbono » quelle sulla manifestazione, cioè rendono « superflua ed inutile » la previsione legale della necessità di una manifestazione esplicita del consenso⁽¹⁷⁾. È la stessa imposizione dell'atto scritto che, secondo un'opinione diffusa, porta ad escludere che lo scritto possa costituire manifestazione solo indiretta di volontà, ipotesi che ridurrebbe la forma a mero involucro virtuale⁽¹⁸⁾. Soggetto all'onere formale, invece, non è solamente l'atto ma anche la sostanza di esso, il suo contenuto, e cioè la dichiarazione del soggetto.

Di conseguenza, come, ad esempio, in caso di compravendita immobiliare,

con dolo o colpa, ritardi nel far valere il suo diritto si potrà veder ridotto l'ammontare del risarcimento (art. 1227 c.c.), non potendo nemmeno essere escluso a priori che in tale comportamento non si possa ravvisare, in base ad una valutazione rimessa al giudice di merito, l'intento di voler aderire alla risoluzione del rapporto ». La soluzione appare meno netta in dottrina. Alcuni autori, infatti, hanno sottolineato che l'art. 6 della l. n. 604/1966 non distingue tra le tipologie di vizio e che, dunque, una diversa soluzione dovrebbe imporsi anche per la soddisfazione di esigenze di certezza delle situazioni giuridiche (A. PROTO PISANI, *Giudizio di legittimità dell'impugnazione dei licenziamenti*, in *FI*, 1990, V, 366; R. DE LUCA TAMAJO, *Commentario alla legge 11 maggio 1990, n. 108*, in *NLCC*, 1991, 183).

⁽¹⁵⁾ Questa lettura finalistica è stata prospettata, con specifico riferimento all'atto di licenziamento, da G. PERA, *La cessazione del rapporto di lavoro*, Cedam, Padova, 1980, 144, secondo il quale l'eventuale vizio formale sarebbe rimosso dalla certezza dell'avvenuta conoscenza da parte del lavoratore della volontà risolutoria del datore.

⁽¹⁶⁾ A. DI MAJO, *Esiste o meno la forma « virtuale » del contratto?*, in *CG*, 1996, 1117; F. GAZZONI, *op. cit.*, 861.

⁽¹⁷⁾ Così A. DI MAJO, *op. cit.*, 1117, che critica duramente Cass. 10 maggio 1996 n. 4400, in cui la Suprema Corte ha affermato che « tra la norma che richiede che la volontà sia manifestata in modo espresso e quella sulla sua forma scritta non vi è connessione necessaria, perché una cosa è stabilire che il consenso debba essere manifestato in una forma determinata, altra cosa è richiedere che esso debba essere manifestato in modo esplicito, escludendo così la possibilità di argomentarne l'esistenza da una dichiarazione scritta che non esprima specificamente quel contenuto ». Ugualmente duro nei confronti di tale pronuncia (peraltro isolata), F. GAZZONI, *op. cit.*, 862.

⁽¹⁸⁾ Da qui la denominazione di « forma virtuale ». L'aggettivo è di R. SACCO, *Il contratto*, I, Utet, Torino, 1996, 622, e allude alla possibilità che una dichiarazione possa emergere dal testo scritto « in modo soltanto virtuale ».

dall'atto scritto deve risultare con chiarezza l'intento dispositivo e l'oggetto, così nel licenziamento è proprio l'espressa intenzione di recedere dal rapporto che deve avere la forma richiesta dalla legge.

Solo la qualificazione dei vincoli legali come modali, invece che formali, comporterebbe la non rilevanza della loro violazione ove la conoscenza sia altrimenti stata raggiunta.

Esemplare in tal senso è l'articolo 2366 c.c. che prevede un vincolo modale (e non formale) là dove reputa regolarmente costituita l'assemblea, anche in mancanza delle formalità previste, ove tutti gli interessati siano intervenuti.

L'assenza della forma scritta è, dunque, un vizio esterno all'atto di licenziamento in quanto non colpisce l'atto nella sua rilevanza ma incide solo « sulla funzionalità dello stesso, determinando la carenza o la precarietà dei cd. effetti finali »⁽¹⁹⁾: la forma, cioè, non costituisce *ex* articolo 1325 c.c. un elemento costitutivo del recesso bensì una mera modalità di comunicazione di esso, e ciò nonostante la giurisprudenza continui a qualificarla come forma *ad substantiam*.

Tale interpretazione appare in linea con il vigente principio di libertà di forma e, soprattutto, spiega l'inefficacia comminata dal comma 3 dell'articolo 2, legge n. 604 del 1966, in quanto la mancanza di un requisito modale non produce la nullità della comunicazione, ma priva solo la stessa dei suoi effetti.

3. L'atto con cui il datore recede dal rapporto di lavoro si configura come una tipica intimazione, cioè come una dichiarazione di volontà a contenuto rigido che presuppone l'inadempimento e che, estinguendo il rapporto preesistente, produce effetti di tipo sanzionatorio in tutto previsti dalla legge⁽²⁰⁾. Si tratta, più precisamente, di una dichiarazione onerata⁽²¹⁾ che, comportando effetti innovativi e ulteriori sul rapporto tra le parti, ha natura negoziale.

In assenza di una minuziosa disciplina legislativa, è stata la giurisprudenza a specificare le modalità di intimazione del recesso.

In particolare, la Suprema Corte ha chiarito che il requisito della forma scritta è soddisfatto in presenza di un atto sottoscritto dal soggetto da cui proviene la dichiarazione ai sensi dell'articolo 2702 c.c.⁽²²⁾. Legittimato alla sottoscrizione del licenziamento è il datore di lavoro o un suo rappresentante cui sia stata conferita apposita procura scritta *ex* articolo 1392 c.c. o che abbia potere generale⁽²³⁾.

⁽¹⁹⁾ R. SCOGNAMIGLIO, *Inefficacia (dir., priv.)*, in *EGT*, 1990, 4.

⁽²⁰⁾ Così D. SCAGLIOLA, *op. cit.*, 27.

⁽²¹⁾ Poiché l'imprenditore è libero di attenersi o meno alla prescrizione formale, ma è vincolato ad essa se vuole che il licenziamento sia efficace.

⁽²²⁾ Cass. 5 giugno 2001 n. 7620, in *MGL*, 2001.

⁽²³⁾ Nell'ipotesi di licenziamento posto in essere dal *falsus procurator* è ammissibile, in forma scritta, la ratifica successiva di tale atto con effetto retroattivo (v. Cass. 24 novembre 1997 n. 11733, in *RFI*, voce *Lavoro (rapporto)*, 1997, n. 1483). La ratifica è possibile anche mediante fatti concludenti o in sede di costituzione in giudizio per resistere all'impugnativa di licenziamento (cfr. Cass. 5 aprile 1990 n. 2824).

Quanto ai mezzi di comunicazione, si consente l'utilizzabilità del telegramma per l'intimazione del licenziamento, precisando, tuttavia, che l'efficacia dell'atto presuppone che il destinatario non ne disconosca la provenienza⁽²⁴⁾. In tal caso grava sul datore di lavoro l'onere di fornire la prova della ricorrenza delle condizioni poste dall'articolo 2705 c.c. per l'equiparazione del telegramma alla scrittura privata, e cioè che l'originale consegnato all'ufficio di partenza sia sottoscritto dal mittente ovvero che, in mancanza di sottoscrizione, l'originale sia stato consegnato o fatto consegnare dallo stesso⁽²⁵⁾. Inoltre, è stata ritenuta valida la consegna a mano dell'atto di licenziamento ad opera del datore di lavoro o di una persona da lui incaricata⁽²⁶⁾.

La comunicazione di licenziamento è una dichiarazione di volontà recettizia che, di conseguenza, produce effetti solo se perviene a conoscenza (concreta o almeno possibile) della persona cui è destinata. Essa, cioè, « acquista compiuta rilevanza esistenziale soltanto con la recezione, intesa come conoscenza effettiva o come possibilità che il destinatario, usando dell'ordinaria diligenza, prenda immediata conoscenza della dichiarazione che sia pervenuta nella sua sfera di controllo »⁽²⁷⁾.

In quanto atto recettizio, all'intimazione di licenziamento si applicano le disposizioni degli articoli 1334 e 1335 c.c.⁽²⁸⁾.

Si tratta di presunzioni legali relative⁽²⁹⁾ in cui alla cognizione si sostituisce, quanto meno di fatto, la recezione, contro la quale può provarsi la mancanza di colpa da parte del destinatario dell'atto dichiarativo. Più precisamente, la giurisprudenza ha chiarito che, ove la comunicazione non sia fatta direttamente al destinatario (come nel caso di impiego del servizio postale), l'operatività della presunzione di conoscenza di cui all'articolo 1335 c.c. fa sì che l'atto di licenziamento si reputi conosciuto nel momento in cui entra nella sfera di

⁽²⁴⁾ Cass. 23 ottobre 2000 n. 13959, in *RFI*, voce *Lavoro (rapporto)*, 2000, n. 1538.

⁽²⁵⁾ Cfr. Cass. 16 settembre 2000 n. 12256, in *RFI*, voce *Lavoro (rapporto)*, 2000, n. 1542. La regola dettata dall'art. 2705, comma 1, c.c., secondo cui il telegramma ha l'efficacia probatoria di una scrittura privata se l'originale, che sia privo di sottoscrizione, sia stato consegnato o fatto consegnare all'ufficio postale dal mittente, è applicabile estensivamente all'ipotesi del telegramma dettato per telefono all'operatore di servizio, in relazione al quale, in caso di contestazione, l'interessato dovrà fornire la prova della provenienza della dichiarazione da lui medesimo, anche con il ricorso a presunzioni, potendosi al riguardo fare riferimento alla indicazione dell'autore della dichiarazione contenuta nel testo stesso del telegramma, al possesso della copia del telegramma inviata al mittente in base alle vigenti norme postali, alla titolarità o all'uso esclusivo dell'utenza telefonica attraverso cui è avvenuta la dettatura del telegramma, v. Cass. 30 ottobre 2000 n. 14297, in *RFI*, voce *Lavoro (rapporto)*, 2000, n. 1536.

⁽²⁶⁾ La quale può poi essere assunta come teste al fine di provare l'avvenuta consegna: Cass. 4 febbraio 1997 n. 1024, in *RFI*, voce *Lavoro (rapporto)*, 1997, n. 1491.

⁽²⁷⁾ D. SCAGLIOLA, *op. cit.*, 27.

⁽²⁸⁾ Cass. 2 febbraio 1999 n. 874, in *RFI*, voce *Lavoro (rapporto)*, 1999, n. 1613. Il principio è da sempre consolidato in giurisprudenza con riferimento, in generale, a tutte le dichiarazioni recettizie: v. Cass. 12 luglio 1968 n. 2457, in *MGC*, 1968, 1273; Cass. 25 giugno 1979 n. 3544, in *MGC*, 1979, 1552.

⁽²⁹⁾ Sulle c.d. presunzioni di conoscenza v. S. PUGLIATTI, *Conoscenza e diritto*, Giuffrè, Milano, 1961, spec. 113 ss.

conoscibilità del soggetto, ritenendosi per ciò sufficiente che l'atto giunga all'indirizzo del destinatario ⁽³⁰⁾, salvo che questi dimostri di essersi trovato nell'impossibilità di averne notizia ⁽³¹⁾.

Un diverso problema concerne il rifiuto del destinatario di ricevere l'atto scritto di licenziamento. Sicuramente, secondo un principio generale desumibile sia dalle norme sulla *mora credendi* che dagli articoli 1335 c.c. e 138, comma 2, c.p.c., il rifiuto di una prestazione da parte del destinatario non può risolversi a danno dell'obbligato. Di conseguenza la forma scritta della comunicazione di recesso è rispettata anche quando il datore di lavoro consegna la lettera di licenziamento al dipendente che rifiuta di riceverla ⁽³²⁾. A tale interpretazione, tuttavia, non deve attribuirsi una portata senza limiti: se è certamente configurabile l'obbligo di ricevere comunicazioni sul posto di lavoro, tale obbligo non si estende, ad esempio, alle comunicazioni tentate in un luogo pubblico. La Suprema Corte, infatti, proprio con riferimento al tentativo di consegna a mano dell'atto di recesso alla lavoratrice che si trovava in strada, ha precisato che non esiste un incondizionato onere del soggetto giuridico di ricevere comunicazioni scritte da parte di chiunque e in qualunque situazione ⁽³³⁾. In sostanza, mentre l'esistenza di uno stato di soggezione è stata ravvisata rispetto alle comunicazioni normativamente disciplinate, quali quelle mediante notificazione o servizi postali, al di fuori di questi casi è stata esclusa la configurabilità di una situazione di soggezione in termini generali. In particolare, nel rapporto di lavoro subordinato l'obbligo del lavoratore di ricevere comunicazioni esiste in dipendenza del potere direttivo e disciplinare al quale egli è sottoposto, ma la sua operatività è limitata all'interno dell'orario e del posto di lavoro.

L'articolo 2 della legge n. 604 del 1966 prevede che qualora, entro 15 giorni dalla comunicazione scritta del licenziamento ⁽³⁴⁾, il prestatore di lavoro ne

⁽³⁰⁾ La prova dell'arrivo a destinazione del relativo documento deve essere particolarmente rigorosa e, se non data mediante l'avviso di ricevimento della raccomandata, deve essere fornita con mezzi idonei, anche mediante presunzioni, purché caratterizzate dai requisiti legali della gravità, della precisione e della concordanza, v. Cass. 4 marzo 2003 n. 3195, in *MGL*, 2004, 91, e, conformi, Cass. 5 maggio 1999 n. 4525, in *NGL*, 1999, 511; Cass. 23 aprile 1999 n. 4049, in *RFI*, voce *Lavoro (rapporto)*, 1999, n. 1614. La giurisprudenza considera idoneo alla ricezione il luogo che per collegamento ordinario (dimora o domicilio) o per normale frequenza (il luogo di esplicazione di un'attività lavorativa), o per una preventiva pattuizione o indicazione, risulti in concreto nella sfera di dominio e controllo del destinatario, così da essere idoneo a consentirgli la ricezione dell'atto. Cfr. Cass. 28 dicembre 2002 n. 18272, in *RFI*, voce *Lavoro (rapporto)*, 2002, n. 1198; Cass. 5 maggio 1999 n. 4525, in *NGL*, 1999, 511; Cass. 23 settembre 1996 n. 8399, in *RFI*, voce *Contratto in genere*, 1996, n. 252.

⁽³¹⁾ Cass. 26 settembre 1998 n. 9657, in *MGL*, 1998, 893.

⁽³²⁾ Cass. 12 novembre 1999 n. 12571, in *D&L*, 2000, I, 209.

⁽³³⁾ Cass. 5 giugno 2001 n. 7620, in *MGL*, 2001, n. 8/9, 873.

⁽³⁴⁾ La giurisprudenza ha rilevato la natura perentoria del termine di 15 giorni, v. Cass. 20 giugno 1990 n. 6185, in *RFI*, voce *Lavoro (rapporto)*, 1990, n. 902. Anche la dottrina è concorde nell'interpretare il termine in questione come perentorio: decorsi i 15 giorni, quindi, il dipendente, fermo il diritto di impugnare il licenziamento, perde la facoltà della richiesta dei motivi ed il datore di lavoro non è tenuto a trasmetterli. In dottrina v. G. PERA, *La cessazione del rapporto di lavoro*, cit., 144; F. MAZZIOTTI, in F. CARINCI (a cura di), *La disciplina dei licenziamenti dopo le leggi*

chieda i motivi, il datore è tenuto a comunicarli, sempre per iscritto, entro sette giorni dalla richiesta, pena l'inefficacia del recesso stesso ⁽³⁵⁾.

La norma in esame attribuisce al prestatore di lavoro il diritto potestativo di chiedere i motivi che hanno determinato il recesso. L'eventuale richiesta costituisce una tipica dichiarazione unilaterale non negoziale ⁽³⁶⁾ di volontà, strumentale all'esercizio del diritto potestativo.

Dalla dichiarazione del prestatore, libera nella forma ⁽³⁷⁾, conseguono due effetti alternativi ⁽³⁸⁾: l'uno, immediato e diretto, è l'onere dell'imprenditore di comunicare, per iscritto e nei termini, i motivi a fondamento del recesso; l'altro, mediato e indiretto, è l'inefficacia del licenziamento in caso di mancato o tardivo adempimento del citato onere.

La comunicazione dei motivi ha, dunque, la funzione di conservare l'efficacia del licenziamento già intimato per iscritto: si tratta, infatti, di una dichiarazione meramente determinativa, che non ha efficacia costitutiva, modificativa o estintiva del rapporto contrattuale preesistente, ma è volta solo a mantenere un diritto già sorto al fine di consentire la produzione dei suoi effetti ⁽³⁹⁾.

L'imposizione di tale obbligo mira, al pari (se non più) di quello della forma scritta, a responsabilizzare il datore di lavoro sull'atto che deve porre in essere per iscritto e che sempre per iscritto deve motivare, ma ha l'ulteriore scopo di « congelare » le ragioni poste alla base del provvedimento espulsivo, così che il lavoratore possa valutare l'opportunità di un'impugnazione avendo chiara la materia del contendere dell'eventuale successivo giudizio.

È per questa ragione che i fatti posti a base del recesso devono essere individuati in forma analitica, ossia tale da consentire al lavoratore di conoscere con chiarezza e precisione la causa del suo licenziamento ⁽⁴⁰⁾, e non possono essere successivamente modificati ⁽⁴¹⁾, atteso che su quelle motivazioni il

108/1990 e 223/1991, I, Jovene, Napoli, 1991. *Contra* Cass. 14 aprile 2001 n. 5591, in *MGL*, 2001, n. 7, 700, con cui si è affermata la non perentorietà del termine in esame.

⁽³⁵⁾ Naturalmente l'obbligo del datore di lavoro di comunicare i motivi del recesso presuppone che i suddetti motivi non siano stati portati a conoscenza del dipendente in precedenza, come nell'ipotesi di licenziamento disciplinare. In tal caso, infatti, la preventiva contestazione dell'addebito assolve all'onere di indicazione dei motivi del licenziamento. V. Cass. 11 gennaio 2003 n. 454, in *MGL*, 2004, 92, su cui *infra*.

⁽³⁶⁾ La dichiarazione determinativa del prestatore di lavoro, operando una scelta in un'alternativa già predeterminata, si configura come dichiarazione di scelta non negoziale in quanto non produce nessun effetto innovativo sul rapporto giuridico preesistente, cfr. D. SCAGLIOLA, *op. cit.*, 61.

⁽³⁷⁾ La legge non prescrive per tale richiesta l'osservanza della forma scritta, e ciò nonostante sia proprio da essa che decorre il *dies a quo* per la comunicazione dei motivi da parte del datore.

⁽³⁸⁾ D. SCAGLIOLA, *op. cit.*, 66.

⁽³⁹⁾ V. PANUCCIO, *Le dichiarazioni non negoziali di volontà*, Giuffrè, Milano, 1966, 325.

⁽⁴⁰⁾ Cass. 18 giugno 1998 n. 6091, in *RFI*, voce *Lavoro (rapporto)*, 1998, n. 1451. La Corte di Cassazione ha a tal fine precisato come la genericità della motivazione, giacché inidonea ad assolvere il fine cui la norma tende, sia equivalente alla materiale omissione della comunicazione dei motivi (v. Cass. 20 maggio 2002 n. 7316, in *RFI*, voce *Lavoro (rapporto)*, 2002, n. 1213).

⁽⁴¹⁾ Cass. 14 agosto 1999 n. 8641, in *RFI*, voce *Lavoro (rapporto)*, 1999, n. 1855, che ha affermato che la regola dell'immodificabilità delle ragioni comunicate come motivo del licenziamento si applica a tutti i casi di assoggettamento del rapporto di lavoro a norme limitatrici del potere di

lavoratore deciderà sull'opportunità di agire in giudizio e costruirà la sua difesa.

4. Il licenziamento privo delle forma scritta o della comunicazione dei motivi non è nullo ma, ai sensi del comma 3 dell'articolo 2 della legge n. 604 del 1966, è inefficace.

Si è già detto che tale forma di invalidità si spiegherebbe in relazione al mancato rispetto di un onere modale: l'assenza di un requisito essenziale dell'atto avrebbe, infatti, prodotto — per espressa previsione dell'articolo 1418, comma 2, c.c. — la nullità dello stesso, avrebbe cioè colpito l'atto « nella sua rilevanza, che viene ad essere negata o limitata »⁽⁴²⁾. Che si tratti invece di inefficacia, e non di nullità, risulta non solo dal chiaro testo legislativo (non modificato in tale parte dalla novella del 1990), ma anche dall'intenzione del legislatore, che ha voluto unire in un eguale regime sanzionatorio entrambe le ipotesi previste dal comma 2 della legge n. 604 del 1966: il licenziamento resta, cioè, privo di effetti sia nel caso in cui è intimato oralmente, sia nel caso di mancata o tardiva comunicazione dei motivi, ipotesi, quest'ultima, in cui il recesso è valido *ab initio* ma perde la sua efficacia a fronte della richiesta non adempiuta di motivazione.

Così qualificata l'invalidità, è necessario individuare le conseguenze che l'ordinamento collega all'inefficacia del recesso datoriale.

Se la legge n. 108 del 1990 prevede, nell'ambito della stabilità reale, un unico regime sanzionatorio, e cioè l'applicazione dell'articolo 18 Stat. lav. nelle ipotesi sia di nullità e annullabilità che di inefficacia, nell'area della tutela obbligatoria non solo non è contemplata una specifica sanzione per il licenziamento viziato nella forma, ma l'articolo 8 della legge n. 604 del 1966 è testualmente riferito esclusivamente al licenziamento privo di giustificazione. Di conseguenza, in tale situazione di vuoto normativo, dottrina e giurisprudenza si sono interrogate sugli effetti del licenziamento invalido per violazione delle norme procedurali e formali adottato nei confronti del lavoratore che goda della c.d. tutela debole o a cui risulti applicabile la residuale disciplina della recedibilità *ad nutum*.

recesso del datore di lavoro. Tale regola, infatti, ha carattere generale, operando come fondamentale garanzia giuridica per il lavoratore. Naturalmente, l'immutabilità della causa di licenziamento contestata non impedisce al datore di lavoro la precisazione, nel corso del giudizio, dei relativi elementi di fatto e di diritto (v. Cass. 17 gennaio 1998 n. 414, in *RFI*, voce *Lavoro (rapporto)*, 1998, n. 1453). L'immodificabilità dei motivi di recesso si riferisce, inoltre, solo ai fatti e non alla qualificazione dei medesimi: questa, infatti, rientra nei poteri del giudice che deve valutare i comportamenti contestati al fine di stabilire se gli stessi integrino una giusta causa ovvero un giustificato motivo di recesso, v. Cass. 3 novembre 1997 n. 10761, in *RFI*, voce *Lavoro (rapporto)*, 1997, n. 863. In sede giudiziale il magistrato può quindi ritenere che i fatti contestati, pur non integrando una giusta causa, siano configurabili come giustificato motivo di licenziamento, con conseguente conversione di quest'ultimo. È da escludere, tuttavia, che la conversione possa avvenire in senso contrario (da giustificato motivo soggettivo a giusta causa), in tal senso v. Cass. 15 febbraio 1996 n. 1173, in *RFI*, voce *Lavoro (rapporto)*, 1996, n. 1511.

(42) R. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, 4.

In particolare, i primi contrasti si sono concentrati proprio sulla possibilità o meno di estendere l'articolo 8 della legge n. 604 del 1966 anche alla violazione degli obblighi formali. Secondo l'orientamento dominante, confermato dall'intervento nel 1982 delle Sezioni Unite, le conseguenze dell'inefficacia del licenziamento dovevano desumersi dai principi generali del codice civile e, più precisamente, dalle norme sulla *mora credendi*: il recesso veniva, così, considerato inidoneo ad incidere sulla continuità del rapporto, con conseguente diritto del lavoratore alle retribuzioni maturate sino al ripristino dello stesso ⁽⁴³⁾.

Contro tale interpretazione si rilevava come il ricorso al regime della nullità avrebbe di fatto prodotto — anche nelle piccole aziende — l'applicazione di una sanzione analoga a quella *ex* articolo 18 Stat. lav. (e cioè il pagamento di tutte le retribuzioni maturate *medio tempore*), così pregiudicando la scelta legislativa delle modulazioni delle sanzioni del licenziamento in relazione alle dimensioni aziendali. Valutando questa conseguenza come un inammissibile stravolgimento della *ratio* di garanzia delle piccole realtà produttive sottesa alla previsione di due differenti regimi di tutela, si sosteneva l'opportunità di estendere anche alle ipotesi di inefficacia il più blando meccanismo sanzionatorio previsto dall'articolo 8 della legge n. 604 del 1966 ⁽⁴⁴⁾.

I dubbi sono stati fugati dall'intervento della Corte Costituzionale ⁽⁴⁵⁾ che ha dichiarato infondata la questione di illegittimità dell'articolo 8 nella parte in cui non si applica al licenziamento inefficace perché intimato senza l'osservanza della forma scritta ⁽⁴⁶⁾. La Corte ha rilevato come l'elemento formale abbia la sua ragion d'essere nell'esigenza della parte più debole del rapporto a conoscere l'esistenza dell'atto estintivo e ad impugnarlo nel termine, esigenza che

⁽⁴³⁾ Cass., sez. un., 18 ottobre 1982 n. 5394, in *MGL*, 1982, 806. Salvo, naturalmente, la possibilità di rinnovare validamente il recesso viziato nella forma, con efficacia *ex nunc* (Cass. 27 giugno 1998 n. 6369, inedita). La rinnovazione del licenziamento in base agli stessi motivi posti a fondamento di quello inefficace non è preclusa in quanto essa, risolvendosi nel compimento di un negozio diverso dal precedente, esula dallo schema dell'art. 1423 c.c., che è norma diretta ad impedire la sanatoria di un negozio nullo con effetto *ex tunc* ma non a comprimere la libertà delle parti di reiterare la manifestazione della propria autonomia negoziale attraverso un nuovo licenziamento, successivo a quello invalido, che abbia tutti i requisiti di sostanza e di forma prescritti dalla legge.

⁽⁴⁴⁾ M. PAPALEONI, *La fine del libero licenziamento*, F. Angeli, Milano, 1991, qui 120, secondo cui l'applicazione di un apparato sanzionatorio di tipo generale, unitariamente applicabile in tutti i casi di invalidazione del licenziamento, sarebbe in linea con l'esplicita scelta fatta dal legislatore con riferimento alla tutela forte, essendo « incoerente ritenere che analoga impostazione non debba essere seguita anche nell'ambito della stabilità debole, non trovando giustificazione il ricorso ad un diverso, e altrimenti per certi aspetti incomprensibile, criterio ».

⁽⁴⁵⁾ C. Cost. 23 novembre 1994 n. 398, in *FI*, 1995, I, 19, e in *RIDL*, 1995, II, 3.

⁽⁴⁶⁾ Il giudice remittente aveva messo in rilievo come al licenziamento viziato per la forma fosse riservata una tutela ben più corposa di quella invocabile nelle ipotesi di palese inesistenza di un giustificato motivo, e ciò in contrasto con il principio di cui all'art. 3 Cost. Aveva evidenziato, inoltre, come l'applicazione del regime sanzionatorio di diritto comune, imponendo al datore il pagamento delle retribuzioni dal giorno del licenziamento inefficace, facesse di fatto saltare la diversificazione tra tutela forte e tutela debole su cui è imperniata la disciplina limitativa dei licenziamenti, venendo così meno la protezione della piccola impresa cui fa espresso riferimento l'art. 44 Cost.

non viene meno quale che sia la dimensione dell'azienda nella quale viene ad essere inserita la prestazione lavorativa.

Se tale soluzione non ha sollevato alcuna perplessità con riferimento al licenziamento orale — che effettivamente « non producendo alcun effetto, non incide sulla continuità del rapporto stesso e quindi sul diritto del lavoratore alla retribuzione fino all'ammissione in servizio »⁽⁴⁷⁾ — ha invece suscitato contrasti all'interno della stessa giurisprudenza relativamente alle ipotesi di recesso intimato per iscritto (e quindi validamente), di cui però il datore abbia omesso (o abbia tardivamente adempiuto) la comunicazione dei motivi richiesti dal lavoratore.

Più precisamente, i giudici, prima di merito⁽⁴⁸⁾ poi di legittimità⁽⁴⁹⁾, hanno differenziato sul piano sanzionatorio le due ipotesi, contemplate dall'articolo 2 della legge n. 604 del 1966, della mancanza di forma scritta nell'intimazione del licenziamento e dell'omessa o tardiva motivazione, affermando che la mancata o intempestiva comunicazione al lavoratore dei motivi del recesso non dovrebbe incidere sulla validità dello stesso, ma solo sulla possibilità di utilizzare la causa giustificativa non comunicata, con conseguente applicazione della disciplina dettata dall'articolo 8 della legge n. 604 del 1966 per il caso di licenziamento privo di giustificazione.

La pronuncia della Sezione Lavoro del 23 dicembre 1996 non contesta la giurisprudenza dominante con riferimento al caso in cui il recesso sia inefficace per la mancata adozione della forma scritta, ma osserva che in caso di omessa comunicazione dei motivi tale inefficacia ha una diversa natura poiché non mancherebbe un elemento essenziale dell'atto, ma uno eventuale, reso necessario solo dalla richiesta del lavoratore, quando cioè il licenziamento è già completo nelle sue componenti costitutive.

Va ribadito, tuttavia, come in entrambe le ipotesi l'inefficacia (e la conseguente sanzione disposta dalla giurisprudenza) derivi non dalla mancanza di un requisito essenziale dell'atto, ma dal mancato rispetto delle modalità di comunicazione del recesso prescritte dal comma 2 dell'articolo 2, legge n. 604 del 1966⁽⁵⁰⁾. È per questa ragione che il legislatore non ha differenziato la sanzione: il procedimento di intimazione del licenziamento ha una funzione di garanzia del lavoratore, e dunque qualsiasi sua violazione, pregiudicando questa garanzia, è comunque sanzionata con l'inefficacia dell'atto risolutivo del rapporto.

⁽⁴⁷⁾ Così C. Cost. 23 novembre 1994 n. 398, cit.

⁽⁴⁸⁾ Pret. Parma 18 giugno 1996, in *DL*, 1997, II, 553; Trib. Milano 9 febbraio 1994, in *RCDL*, 1995, 220.

⁽⁴⁹⁾ Cass. 23 dicembre 1996 n. 11497, in *GC*, 1997, I, 993, con nota di G. PERA, *Ancora sul vizio di forma nella zona della tutela debole contro il licenziamento*.

⁽⁵⁰⁾ *Contra*, da ultimo, L. ANGIELLO, *Riflessioni sulla forma nel licenziamento individuale*, in *LG*, 2005, il quale distingue l'ipotesi del licenziamento orale (a cui collega la nullità) da quella del licenziamento scritto ma non motivato (per il quale sostiene, invece, che si tratti di inefficacia successiva).

In tal senso hanno concluso le Sezioni Unite della Suprema Corte ⁽⁵¹⁾ che, nel risolvere il contrasto giurisprudenziale, hanno optato per la soluzione più aderente al testo normativo, e cioè quella di ricomprendere in un unico regime sanzionatorio sia la mancanza di forma scritta che l'inosservanza dell'onere di comunicazione.

Nei rapporti sottratti al regime della tutela reale, dunque, il licenziamento affetto da uno dei vizi formali di cui all'articolo 2 della legge n. 604 del 1966 non produce effetti sulla continuità del rapporto di lavoro, senza che possa distinguersi tra i diversi vizi formali inficianti l'atto e, in particolare, senza che possa ritenersi applicabile al vizio della mancata comunicazione dei motivi richiesti dal lavoratore la disciplina sanzionatoria dettata dall'articolo 8 per la diversa ipotesi di licenziamento ingiustificato ⁽⁵²⁾. Tuttavia, le Sezioni Unite del 1999, allontanandosi dal loro precedente intervento dell'ottobre 1982, hanno evitato l'applicazione del regime della *mora credendi*, precisando che, vertendosi in tema di contratto a prestazioni corrispettive, l'inidoneità del licenziamento ad incidere sulla continuità del rapporto di lavoro non comporta il diritto del lavoratore alla corresponsione delle retribuzioni maturate dal giorno del licenziamento inefficace, bensì solo il risarcimento del danno, da determinare secondo le regole applicabili in materia di inadempimento delle obbligazioni ⁽⁵³⁾.

In questa prospettiva, la giurisprudenza si distacca dalla disciplina degli articoli 1206 e ss. c.c. e riconosce al lavoratore il diritto al risarcimento del danno *ex* articolo 1218 e ss. c.c., con la conseguenza che non solo non è necessaria la costituzione in mora del datore di lavoro mediante l'offerta delle prestazioni, ma anche che, nella misurazione del danno, acquista rilevanza, in senso riduttivo, quanto eventualmente percepito dal lavoratore sulla base di occupazioni conseguite successivamente al licenziamento (*aliunde perceptum*) o quanto il danneggiato avrebbe potuto guadagnare attivandosi per reperire un'altra occupazione (*aliunde percipiendum*) ⁽⁵⁴⁾.

La strada scelta dalla giurisprudenza lascia, però, qualche dubbio. Sembra, infatti, una soluzione compromissoria volta in qualche modo a contemperare gli opposti interessi in gioco. Al lavoratore, infatti, si riconosce il diritto al risarcimento del danno commisurato alle retribuzioni perse senza gravarlo della necessità dell'offerta delle prestazioni (che, ove non contestuale all'impugnazione del recesso, può determinare la soccombenza in giudizio del prestatore); mentre al datore di lavoro si consente di detrarre dal risarcimento dovuto l'*aliunde perceptum* e l'*aliunde percipiendum*. Ma il richiamo alla necessaria corrispettività tra obbligazione lavorativa e obbligazione retributiva

⁽⁵¹⁾ Cass., sez. un., 27 luglio 1999 n. 508, in *MGL*, 1999, n. 10, 1061, con nota di M. PAPALEONI, *Area debole, vizi formali, regime applicabile*.

⁽⁵²⁾ In senso contrario, nella giurisprudenza di merito, v. Trib. Milano 17 luglio 2003, in *LG*, 2004, 189; Trib. Milano 7 febbraio 2000, in *RCDL*, 2000, 467.

⁽⁵³⁾ Così, dopo le Sezioni Unite, Cass. 12 ottobre 2000 n. 13625, in *OGL*, 2000, 1078; Cass. 9 febbraio 2001 n. 1879, in *OGL*, 2001, 355.

⁽⁵⁴⁾ Cass. 18 febbraio 2003 n. 2392, in *MGL*, 2003, 259; Cass., sez. un., 27 luglio 1999 n. 508, cit.

è una soluzione che non convince da un punto di vista strettamente giuridico. In un rapporto sinallagmatico il mancato adempimento della prestazione è necessariamente imputabile ad uno dei due soggetti del rapporto, di conseguenza ove il creditore, senza motivo legittimo, abbia rifiutato l'adempimento (ovvero abbia ommesso quanto necessario per l'adempimento del debitore) si applicheranno le regole sulla *mora credendi*. La mancata collaborazione del datore di lavoro impone cioè allo stesso « l'obbligo di erogare la retribuzione o perché le *operae praeteritae* vengono successivamente recuperate (e, quindi, normalmente remunerate in base al principio di corrispettività), o perché sopravviene una impossibilità definitiva della prestazione lavorativa che, ai sensi dell'articolo 1207, comma 1, c.c., obbliga ugualmente il datore di lavoro ad eseguire la controprestazione »⁽⁵⁵⁾. L'obbligo di retribuire il lavoratore non discende, dunque, solo dall'utilizzo della prestazione, ma può derivare dall'applicazione dell'articolo 1206 c.c. e ss.

Riprendendo così l'interpretazione delle Sezioni Unite del 1982, l'ingiustificato rifiuto del creditore di ricevere la prestazione non può incidere sul diritto del debitore alla controprestazione e all'eventuale risarcimento del danno. Secondo tale impostazione, da un lato, il lavoratore è tenuto all'offerta delle prestazioni (articolo 1217 c.c.), dall'altro, il datore è obbligato al pagamento delle retribuzioni e al risarcimento degli ulteriori danni sofferti a causa della mora (articolo 1207, comma 2, c.c.).

In questa direzione sembra essersi recentemente mossa la Suprema Corte, che, nella quantificazione del danno risarcibile per il licenziamento inefficace, ha riconosciuto il diritto del lavoratore non al risarcimento del danno commisurato alle retribuzioni ma al pagamento delle retribuzioni stesse⁽⁵⁶⁾. La sinteticità della motivazione induce, tuttavia, alla prudenza: la Corte di legittimità cassa la sentenza di merito la quale estendeva al licenziamento formalmente invalido l'applicazione dell'articolo 8 della legge n. 604 del 1966, ribadendo espressamente che le conseguenze del licenziamento inefficace sono da ricercare nel diritto civile e non nell'applicazione di una norma pensata per la diversa ipotesi dell'assenza di giustificazione del recesso. Così, benché sia stato immediatamente evidenziato un nuovo possibile contrasto giurisprudenziale⁽⁵⁷⁾, conviene essere cauti. Se i giudici di legittimità avessero inteso discostarsi dal consolidato orientamento in materia probabilmente avrebbero espressamente richiamato l'applicazione del regime della mora *credendi* o, quanto meno, la pronuncia delle Sezioni Unite del 1982.

5. La giurisprudenza ha ormai da tempo esteso l'applicazione delle garanzie procedurali previste dall'articolo 7 Stat. lav. a tutti i licenziamenti che, essendo motivati da un inadempimento del lavoratore, hanno natura ontologicamente disciplinare.

⁽⁵⁵⁾ V. SPEZIALE, *Mora del creditore e contratto di lavoro*, Cacucci, Bari, 1992, 320.

⁽⁵⁶⁾ Cass. 5 giugno 2003 n. 9022, in *MGL*, 2003, 12, 923, con nota di C. OGRISEG, *Ancora contrasti sulle conseguenze del licenziamento inefficace nell'area di tutela obbligatoria?*

⁽⁵⁷⁾ C. OGRISEG, *op. cit.*, 925.

Con la sentenza interpretativa di accoglimento del novembre 1982, la Corte Costituzionale ⁽⁵⁸⁾ ha, infatti, dichiarato illegittimi per violazione dell'articolo 3 Cost. i primi tre comma dell'articolo 7 Stat. lav., « interpretati nel senso che essi siano inapplicabili ai licenziamenti disciplinari per i quali detti comma non siano espressamente richiamati dalla normativa legislativa, collettiva o validamente posta dal datore di lavoro », così ponendo fine all'ampio dibattito dottrinale sviluppatosi dopo l'emanazione dell'articolo 7 Stat. lav. circa la possibilità di estendere l'applicazione delle garanzie procedurali ivi previste anche al licenziamento adottato in conseguenza ad un grave inadempimento contrattuale, e quindi quale massima sanzione disciplinare.

Nei primi commenti alla norma statutaria emersero, infatti, tre differenti orientamenti interpretativi. In particolare, è noto come alle posizioni più rigide, volte ad escludere totalmente l'operatività delle garanzie di cui all'articolo 7 al licenziamento ⁽⁵⁹⁾, si contrapponevano, per un verso, quelle che ritenevano la normativa delle sanzioni disciplinari integralmente applicabile al licenziamento ⁽⁶⁰⁾, per altro verso, le tesi che, collocandosi su una strada intermedia, limitavano tale applicabilità ai soli primi tre commi dell'articolo 7 ⁽⁶¹⁾.

In realtà i dubbi circa l'estensione degli oneri procedurali al recesso datoriale si sono definitivamente dissipati solo a seguito dell'intervento delle Sezioni Unite della Cassazione ⁽⁶²⁾, le quali, al fine di chiarire gli equivoci formati nella giurisprudenza successiva alla pronuncia della consulta ⁽⁶³⁾, hanno precisato che il licenziamento ha natura disciplinare « ogni volta che sia motivato da un comportamento imputabile a titolo di colpa (intesa in senso generico) al lavoratore », a prescindere dalla qualificazione come tale da parte del contratto collettivo.

⁽⁵⁸⁾ C. Cost. 30 novembre 1982 n. 204, in *FI*, 1983, I, 854, con nota di M. DE LUCA, *I licenziamenti disciplinari dopo l'intervento della Corte Costituzionale: profili problematici e aspettative*; e in *GC*, 1983, I, 19, con nota di G. PERA, *Il licenziamento come sanzione disciplinare*.

⁽⁵⁹⁾ C. ASSANTI, *Studio sull'art. 7 della legge 20 maggio 1970, n. 300*, in *OGL*, 1971, 300; G. ZANGARI, *Potere disciplinare e licenziamento*, Giuffrè, Milano, 1971.

⁽⁶⁰⁾ L. MONTUSCHI, *Potere disciplinare e rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1973; L. SPAGNUOLO VIGORITA, G. FERRARO, *Commento all'art. 7*, in U. PROSPERETTI (diretto da), *Commentario dello Statuto dei lavoratori*, Giuffrè, Milano, 1975, 148; R. BORTONE, *Art. 7*, in G. GIUGNI (diretto da), *Lo Statuto dei lavoratori*, Giuffrè, Milano, 1979, 70.

⁽⁶¹⁾ G. PERA, *Commento all'art. 7*, in C. ASSANTI, G. PERA, *Commento allo Statuto dei diritti dei lavoratori*, Cedam, Padova, 1972, 76.

⁽⁶²⁾ Cass., sez. un., 1° giugno 1987 n. 4823, cit., 2031, con nota di DE LUCA, *I licenziamenti disciplinari dalla Corte costituzionale alle Sezioni unite: opzione per la tesi ontologica, chiara definizione dei ruoli, coerente assetto delle fonti*, e in *RGL*, 1987, II, 219, con nota di F. MAZZIOTTI, *Natura « ontologica » del licenziamento disciplinare e applicazione generalizzata dell'art. 7, commi 1-3, Statuto dei lavoratori*.

⁽⁶³⁾ La sentenza della C. Cost. 30 novembre 1982. n. 204, cit., diede luogo, per la scarsa chiarezza di alcune espressioni, ad un ampio dibattito. Un primo orientamento sosteneva che per poter applicare l'art. 7, i contratti collettivi dovessero richiamare espressamente il licenziamento tra le sanzioni disciplinari (tra le altre v. Cass. 15 maggio 1984 n. 2964, in *FI*, 1984, I, 2195). L'orientamento contrapposto affermava, invece, la natura disciplinare di ogni licenziamento determinato da inadempimento del prestatore, senza alcuna mediazione da parte dei contratti collettivi (tra le tante, Cass. 7 novembre 1983 n. 6579, in *FI*, 1984, I, 999).

Il licenziamento disciplinare finisce così per ricoprire interamente l'area del licenziamento per giustificato motivo soggettivo e quasi interamente quella del recesso per giusta causa ⁽⁶⁴⁾. Ciò significa che in tali ipotesi, chiedendosi il rispetto delle garanzie sancite nell'articolo 7 dello Statuto, la procedura da rispettare è ben più articolata rispetto a quella prevista dall'articolo 2 della legge n. 604 del 1966, oramai operativa solo nel caso di giustificato motivo oggettivo.

Le ragioni dell'estensione della norma statutaria sono evidenti: attraverso una sequenza procedurale predisposta al fine di consentire lo svolgimento del contraddittorio, si responsabilizza ulteriormente il datore di lavoro e così, in linea con le finalità sottese alla previsione di vincoli formali, si crea una tutela aggiuntiva ed autonoma rispetto alla protezione di natura sostanziale riconosciuta dalle disposizioni relative all'invalidità dei licenziamenti ⁽⁶⁵⁾.

Senza volere approfondire in questa sede il ricco dibattito dottrinale e giurisprudenziale relativo al *quantum* e al *modus* di applicazione delle garanzie statutarie ⁽⁶⁶⁾, si può brevemente verificare come la giurisprudenza abbia adeguato in via interpretativa gli oneri procedurali alla sanzione espulsiva.

Già relativamente al comma 1 dell'articolo 7, ovvero alla necessità della predisposizione di un codice disciplinare (e della sua relativa pubblicità) ai fini

⁽⁶⁴⁾ In verità l'area del recesso per giusta causa può ricadere interamente o parzialmente nel campo di applicazione dell'art. 7 Stat. lav. a seconda della concezione di giusta causa che si accoglie. Se, infatti, si riconduce tale nozione in una sfera tipicamente contrattuale, ammettendo che il datore di lavoro può recedere *ex art.* 2119 c.c. solo quando c'è un grave inadempimento ovvero quando viene meno l'affidamento nell'esattezza dei successivi adempimenti, allora tale licenziamento sarà sempre riconducibile a motivi disciplinari. Diversamente, qualora si dilati il concetto di giusta causa fino a ricomprendervi qualsiasi comportamento idoneo a ledere definitivamente la « fiducia » del datore, saranno configurabili ipotesi di licenziamento *ex art.* 2119 c.c. non riconducibili a motivi disciplinari. La giurisprudenza è orientata verso quest'ultima interpretazione (cfr. Cass. 14 giugno 2004 n. 11220, in *MGL*, 2004, 813, con nota di V. NUZZO, *Diritto di critica del dipendente e violazione del vincolo di fiducia*; Cass. 17 aprile 2001 n. 5633, in *RIDL*, 2002, II, 381; Cass. 8 gennaio 2000 n. 143, cit.; Cass. 22 ottobre 1998 n. 10511, in *RGL*, II, 464; Cass. 8 marzo 1998 n. 2626, in *RIDL*, 1999, II, 146, con nota di P. TULLINI, *Il licenziamento in tronco, la fiducia e i c.d. fatti extra-lavorativi*; Cass. 6 maggio 1998 n. 4952, in *RGL*, 1999, II, 464; Cass. 15 gennaio 1997 n. 360, in *OGL*, 1997, II, 437; Cass. 22 novembre 1996 n. 10299, in *RIDL*, 1997, II, 607; Cass. 8 febbraio 1993 n. 1519, in *RIDL*, 1994, II, 534; Cass. 21 dicembre 1982 n. 7102, in *NGL*, 1983, 173), ma l'orientamento accolto, per quanto consolidato, è duramente criticato dalla dottrina più recente che, evidenziando la progressiva spersonalizzazione della relazione lavorativa, assegna alla fiducia un significato esclusivamente contrattuale (cfr. L. ZOPPOLI, *La fiducia nei rapporti di lavoro*, in *Quaderni Dases*, 2004 n. 4; E. GHERA, *Diritto del lavoro*, Cacucci, Bari, 2002, 363; P. TULLINI, *op. cit.*, 151; F. CARINCI, R. DE LUCA TAMAJO, P. TOSI, T. TREU, *Il rapporto di lavoro subordinato*, Utet, Torino, 2003, 439; G. GHEZZI, U. ROMAGNOLI, *Il rapporto di lavoro*, Zanichelli, Bologna, 1995, 152; F. MAZZIOTTI, *I licenziamenti dopo la l. 11 maggio 1990, n. 108*, Utet, Torino, 1991; G. PERA, *Licenziamenti. I*, cit. *Contra* G. TRIONI, *L'obbligo di fedeltà nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1982).

⁽⁶⁵⁾ Così R. DE LUCA TAMAJO, F. BIANCHI D'URSO, *Licenziamenti disciplinari e Corte Costituzionale*, in *NGL*, 1989, suppl., 148; M. PAPALEONI, *La fine del libero licenziamento*, cit., 127.

⁽⁶⁶⁾ Per una sintesi critica di dottrina e giurisprudenza v. S. MAINARDI, *Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico*, Giuffrè, Milano, 2002; M. PAPALEONI, *Il procedimento disciplinare nei confronti del lavoratore*, Jovene, Napoli, 1996.

della validità della sanzione da irrogare, le Sezioni Unite della Suprema Corte hanno deciso di evitare di assoggettare l'efficacia del più grave dei provvedimenti disciplinari alla condizione della rigida osservanza del principio di pubblicità, applicato invece con rigore alle sanzioni conservative⁽⁶⁷⁾. Se, infatti, per queste ultime, a fronte di un potere disciplinare solo genericamente previsto dall'articolo 2106 c.c., sussiste l'esigenza della predisposizione di una normativa di integrazione e specificazione con conseguente onere della pubblicità della stessa, *viceversa*, la sanzione risolutiva troverebbe la sua fonte immediata e sufficientemente determinata nelle norme di legge sui licenziamenti. La previa affissione del codice disciplinare, dunque, non è necessaria in presenza della violazione di norme legali o, comunque, di doveri fondamentali del lavoratore, riconoscibili come tali senza necessità di specifica previsione. Si tratta, infatti, di « infrazioni il cui divieto risiede nella coscienza sociale quale *minimum* etico »⁽⁶⁸⁾.

In tal modo, attraverso un'interpretazione elastica del dettato normativo, si evita di « incatenare » il datore di lavoro alla necessaria preventiva determinazione di tutte le ipotesi in cui gli sia consentito ricorrere alla sanzione espulsiva.

L'onere fondamentale in tema di licenziamento disciplinare posto a carico del datore di lavoro è quello di contestare preventivamente al lavoratore l'addebito. La contestazione deve essere specifica⁽⁶⁹⁾, cioè deve contenere l'esposizione dei dati e degli aspetti essenziali del fatto materiale posto a base del licenziamento. Il requisito della specificità è finalizzato all'immutabilità del fatto contestato e va interpretato nella prospettiva teleologica della garanzia del diritto di difesa: il provvedimento disciplinare deve cioè avere una causa specifica — indicata dal datore di lavoro e preventivamente contestata al prestatore — che non può essere successivamente sostituita o modificata in quanto è su quella causa che il lavoratore deciderà se e come difendersi⁽⁷⁰⁾. Per la stessa ragione, la contestazione preventiva, oltre ad essere completa, deve essere immediata: la tempestività è intesa a garantire al lavoratore incolpato « una possibilità di utile difesa », a salvaguardare l'effettività del contraddittorio e la certezza dei rapporti giuridici, nel contesto di un'esecuzione del contratto secondo correttezza e buona fede⁽⁷¹⁾. Naturalmente tale

(67) Cass., sez. un., 1° giugno 1987 n. 4823, cit. Concorde la giurisprudenza successiva: Cass. 24 maggio 2004 n. 10201, inedita; Cass. 7 aprile 2003 n. 5434, in *MGL*, 2004, 110; Cass. 8 agosto 2003 n. 12027, in *RFI*, voce *Lavoro (rapporto)*, 2003, n. 1668; Cass. 26 luglio 2002 n. 11108, in *RFI*, voce *Lavoro (rapporto)*, 2002, n. 725; Cass. 6 luglio 2002 n. 9840, in *RFI*, voce *Lavoro (rapporto)*, 2002, n. 1278; Cass. 20 ottobre 2000 n. 13906, in *RFI*, voce *Lavoro (rapporto)*, 2000, n. 1740.

(68) Cass. 8 febbraio 2000 n. 1412, in *OGI*, 2000, 479.

(69) Cass. 3 febbraio 2003 n. 1562, in *MGL*, 2003, 391; Cass. 20 ottobre 2000 n. 13905, in *RFI*, voce *Lavoro (rapporto)*, 2000, n. 1741; Cass. 25 febbraio 1998 n. 2045, in *MGC*, 1998, 427. La Suprema Corte precisa, inoltre, come l'accertamento relativo al requisito della specificità della contestazione (così come quello relativo all'immediatezza della stessa) costituisca oggetto di un'indagine di fatto incensurabile in sede di legittimità (v., fra le tante, Cass. 3 febbraio 2003 n. 1562, cit.).

(70) Cass. 7 giugno 2003 n. 9167, in *RFI*, voce *Lavoro (rapporto)*, 2003, n. 1675.

(71) Per queste ragioni la tempestività nella contestazione delle sanzioni disciplinari è considerata

requisito deve essere inteso in senso « relativo » ⁽⁷²⁾, e cioè tenendo conto che l'intervallo di tempo necessario per l'accertamento del fatto da contestare al lavoratore va valutato in riferimento sia alle caratteristiche della condotta rimproverata che all'articolazione strutturale e alle dimensioni dell'impresa. Questione più controversa è stata quella relativa all'applicazione del termine dilatorio di 5 giorni previsto dal comma 5 dell'articolo 7 Stat. lav. anche alla sanzione espulsiva.

Il contrasto giurisprudenziale è stato originato dalla sentenza della Corte Costituzionale del 1982 ⁽⁷³⁾ che ha dichiarato infondata la questione di costituzionalità del comma 5 dell'articolo 7 nella parte in cui non trovava applicazione ai licenziamenti disciplinari. Tale conclusione appariva, però, contrastante con l'estensione — sancita nella medesima pronuncia — del comma 2 dell'articolo 7 Stat. lav. alla sanzione espulsiva: riconoscere il diritto di difesa al lavoratore incolpato ha un senso nel momento in cui l'astratta previsione viene collegata all'imposizione del rispetto di un termine, anche minimo, funzionale per consentire il concreto esercizio di quel diritto. La distonia è stata immediatamente segnalata dalla giurisprudenza che, con una vistosa alternanza di decisioni, ha in alcune occasioni contraddetto ⁽⁷⁴⁾ l'interpretazione restrittiva della Consulta. Il contrasto è stato composto dall'intervento delle Sezioni Unite ⁽⁷⁵⁾ che hanno affermato l'applicabilità del termine di 5 giorni anche al licenziamento disciplinare, sostenendo che il valore che si intende tutelare non è l'esistenza, in sé e per sé, di un intervallo di tempo tra la contestazione e

un elemento essenziale per la loro legittimità: v. Cass. 20 agosto 2003 n. 12661, in *RIDL*, 2004, II, 208; Cass. 9 novembre 2000 n. 14551, in *FI*, 2001, I, 95; Cass. 10 dicembre 1998 n. 12452, in *RFI*, voce *Lavoro e previdenza (controversie)*, 1999, n. 115; Cass. 24 giugno 1995 n. 7178, in *RIDL*, 1996, II, 147. In dottrina v. P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, in A. CICU, F. MESSINEO, L. MENGONI (a cura di), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 2003, 483.

⁽⁷²⁾ Del resto è da sempre orientamento costante della giurisprudenza che il « principio di immediatezza condizionante la validità e tempestività del licenziamento in tronco per giusta causa deve essere inteso in senso relativo e può essere, nei casi concreti, compatibile con un intervallo di tempo reso necessario dall'accertamento dei fatti » (Cass. 15 settembre 1970 n. 1469, in *MGL*, 1971, 80). Con specifico riferimento al licenziamento disciplinare: Cass. 19 agosto 2003 n. 12141, in *RIDL*, 2004, II, 210; Cass. 7 agosto 2003 n. 11933, in *RIDL*, 2004, II, 209; Cass. 23 giugno 2003 n. 9963, in *RIDL*, 2004, II, 209; Cass. 5 aprile 2003 n. 5396, in *MGL*, 2003, 484; Cass. 3 febbraio 2003 n. 1562, in *MGL*, 2003, 391; Cass. 19 luglio 2002 n. 10618, in *RFI*, voce *Lavoro (rapporto)*, 2002, n. 1348; Cass. 11 maggio 2002 n. 6790, in *RFI*, voce *Lavoro (rapporto)*, 2000, n. 1287; Cass. 21 aprile 2001 n. 5947, in *DL*, 2001, 670; Cass. 4 novembre 2000 n. 14415, in *RFI*, voce *Lavoro (rapporto)*, 2000, n. 1736; Cass. 22 aprile 2000 n. 5308, in *RFI*, voce *Lavoro (rapporto)*, 2000, n. 1757; Cass. 13 aprile 2000 n. 4790, in *RFI*, voce *Lavoro (rapporto)*, 2000, n. 1664; Cass. 24 giugno 1995 n. 7178, in *RIDL*, 1996, II, 147. È da segnalare un orientamento più rigido che, pur confermando la c.d. relatività della regola di immediatezza, sottolinea come tale interpretazione non debba svuotare di efficacia la regola stessa: pertanto, tra l'interesse datoriale a prolungare le indagini e il diritto del lavoratore ad una pronta ed effettiva difesa, deve prevalere la posizione di quest'ultimo, tutelata dall'art. 7 Stat. lav. In tal senso v. Cass. 7 novembre 2003 n. 16754, in *RIDL*, 2004, II, 208, con nota di M. CARO, *Aporie della giurisprudenza di Cassazione in materia di immediatezza della reazione disciplinare*.

⁽⁷³⁾ C. Cost. 30 novembre 1982 n. 204, cit.

⁽⁷⁴⁾ Cass. 27 ottobre 1983, in *MGL*, 1983, 357; Cass. 16 novembre 1987 n. 8399, in *FI*, 1988, I, 97.

⁽⁷⁵⁾ Cass., sez. un., 26 aprile 1994 n. 3965, in *FI*, 1994, I, 1708, e in *MGL*, 1994, 376.

l'irrogazione della sanzione, bensì proprio il riconoscimento di un arco temporale ritenuto preventivamente idoneo a consentire la difesa.

Affermata tale funzione, le Sezioni Unite hanno precisato che una volta pervenute le giustificazioni del lavoratore incolpato, la prescrizione del termine ha raggiunto il suo fine e, dunque, può seguire l'intimazione del licenziamento disciplinare, anche se non sia ancora completamente decorso il termine previsto (76). Questa interpretazione, confermata dall'orientamento giurisprudenziale prevalente (77), è stata, però, rimessa in discussione dagli stessi giudici di legittimità che, in più pronunce, hanno affermato la tassatività ed inderogabilità del termine di cui al comma 5 dell'articolo 7 Stat. Lav., anche laddove il lavoratore abbia fornito compiute giustificazioni (78). Secondo tale lettura, la norma mirerebbe non solo a garantire un congruo spazio per le difese, ma anche ad imporre al datore di lavoro di fruire di un tempo, pur breve, di riflessione, di ripensamento e di « raffreddamento », tale da impedire l'adozione « a caldo » di un provvedimento grave come quello risolutivo del rapporto. Si imporrebbe, così, uno *spatium deliberandi* volto a creare « un contesto di maggiore consapevolezza di tutti gli aspetti del caso » (79), con la conseguenza che prima dell'intero decorso di detto termine, non sarebbe consentito al datore di lavoro di irrogare il licenziamento, pur avendo il lavoratore fornito le sue giustificazioni.

Su tale contrasto interpretativo sono nuovamente intervenute le Sezioni Unite (80), le quali, individuando la *ratio* dell'articolo 7, comma 5, Stat. lav. nell'assicurazione del diritto di difesa dell'incolpato e nella garanzia dell'effettività del contraddittorio, hanno ribadito l'orientamento del 1994, privilegiando, dunque, una prospettiva strettamente funzionale del termine in questione, secondo la quale esso ha il solo scopo di consentire al lavoratore di presentare le sue difese in ordine all'addebito contestato. Di conseguenza, dopo che il prestatore si difende è possibile l'irrogazione della sanzione anche prima dell'intero decorso dei 5 giorni.

6. Il licenziamento disciplinare adottato senza l'osservanza delle disposizioni procedurali di cui all'articolo 7 Stat. lav. è invalido. Sul significato da attribuire a tale invalidità la giurisprudenza si è inizialmente divisa tra due differenti

(76) Cass., sez. un., 26 aprile 1994 n. 3965, cit., confermata, tra l'altro, da Cass., sez. un., 18 maggio 1994 n. 4845, in *NGL*, 1994, 212.

(77) Cass. 17 giugno 2003 n. 9682, in *MGL*, 2004, 111; Cass. 23 marzo 2002 n. 4187, in *RFI*, voce *Lavoro (rapporto)*, 2002, n. 885; Cass. 30 maggio 2001 n. 7374, in *RFI*, voce *Lavoro (rapporto)*, 2001, n. 1453; Cass. 11 giugno 1998 n. 4009, in *MGL*, 1998, 452; Cass. 28 marzo 1996 n. 2791, in *RCDL*, 1996, 981.

(78) La ribellione alle Sezioni Unite è di Cass. 22 aprile 1997 n. 3498, in *RIDL*, 1998, II, 135, con nota di C. FALERI, *Sul procedimento disciplinare la Sezione Lavoro della Corte di Cassazione dissente dalle Sezioni Unite*. Nello stesso senso, successivamente, v.: Cass. 25 luglio 2002 n. 10972, in *RIDL*, 2003, II, 92; Cass. 7 settembre 2000 n. 11806, in *FI*, 2000, I, 3472.

(79) Cass. 22 febbraio 2002 n. 2610, in *MGL*, 2002, 344.

(80) Cass. 7 maggio 2003 n. 6900, in *DLM*, 2003, n. 3, 751, con nota di M. ESPOSITO, *Le Sezioni Unite della Cassazione e lo spatium deliberandi nel procedimento disciplinare*.

opzioni interpretative. Più precisamente la mancata osservanza delle garanzie disposte dall'articolo 7 Stat. lav. è stata ricondotta alla nullità di diritto comune conseguente alla violazione di una norma imperativa, e dunque agli articoli 1418, comma 1, e 1352 c.c. ⁽⁸¹⁾, ovvero, considerando che proprio l'articolo 1418 c.c. esclude i casi in cui la legge dispone diversamente, se ne è dedotta la mera inutilizzabilità del motivo posto a fondamento del recesso, con conseguente applicazione della sanzione predisposta dal legislatore per il licenziamento ingiustificato ⁽⁸²⁾.

Le conseguenze della differente qualificazione di tale invalidità sono visibili fuori dall'area della tutela reale. Se, infatti, per espressa previsione normativa l'articolo 18 Stat. lav. estende il suo ambito di operatività a tutti i vizi del licenziamento, nel campo di applicazione della legge n. 604 del 1966, così come nella residua area di recesso *ad nutum*, dalla nullità del licenziamento scaturiscono effetti diversi e ben più gravosi rispetto a quelli previsti dalla normativa giuslavoristica per la mancanza di giustificazione.

Le difficoltà interpretative nascono, dunque, dalla lacuna normativa: in assenza di una disciplina sanzionatoria specifica dei vizi procedurali, i giudici hanno dovuto scegliere tra l'applicazione dell'articolo 1418 c.c. (e, dunque, dei rimedi risarcitori di diritto comune) o l'estensione della norma speciale (e cioè dell'articolo 8 della legge n. 604 del 1966 nell'area della tutela obbligatoria ovvero dell'articolo 2118 c.c. per quella di recedibilità *ad nutum*). A differenza dell'ipotesi del vizio formale, hanno qui « valorizzato l'autonomia sistemica della normativa lavoristica » ⁽⁸³⁾, optando per la seconda soluzione.

Le Sezioni Unite della Cassazione ⁽⁸⁴⁾ e la Corte Costituzionale ⁽⁸⁵⁾ hanno sancito, infatti, che l'omissione delle regole procedurali di cui all'articolo 7 Stat. lav. si configura come mero vizio attinente alla giustificazione del recesso datoriale ed hanno di conseguenza collocato tale violazione nel contesto della disciplina sanzionatoria del licenziamento ⁽⁸⁶⁾.

Questa scelta produce conseguenze di non poco conto sotto il profilo della tutela del lavoratore. Mentre, infatti, il ricorso all'invalidità di diritto comune consentirebbe rivendicazioni retributive integrali, l'applicazione dell'articolo 8 della legge n. 604 del 1966 comporta il riconoscimento del diritto del prestatore

⁽⁸¹⁾ Cass. 22 gennaio 1991 n. 542, in *FI*, 1992, 1142. Tale impostazione è criticata da R. DE LUCA TAMAJO, F. BIANCHI D'URSO, *op. cit.*, 143.

⁽⁸²⁾ Cass. 1° febbraio 1992 n. 1037, in *FI*, 1992, I, 1141.

⁽⁸³⁾ R. DEL PUNTA, *Il licenziamento disciplinare*, in *DRI*, 1996, n. 1, 144.

⁽⁸⁴⁾ Cass., sez. un., 26 aprile 1994 n. 3965, in *MGL*, 1994, 377; Cass., sez. un., 26 aprile 1994 n. 3966, in *FI*, 1994, I, 1708; Cass., sez. un., 18 maggio 1994 n. 4846, in *MGL*, 1994, 376; Cass., sez. un., 18 maggio 1994 n. 4844, in *MGL*, 1994, 377.

⁽⁸⁵⁾ C. Cost. 23 novembre 1994 n. 398, cit.

⁽⁸⁶⁾ Nello stesso senso la giurisprudenza successiva: Cass. 23 ottobre 2000 n. 13959, in *RFI*, voce *Lavoro (rapporto)*, 2000, n. 1538; Cass. 18 aprile 2000 n. 5038, in *RFI*, voce *Lavoro (rapporto)*, 2000; Cass. 6 agosto 1999 n. 8493, in *RFI*, voce *Lavoro (rapporto)*, 1999, n. 1782; Cass. 3 ottobre 1998 n. 9835, in *RFI*, voce *Lavoro (rapporto)*, 1998, n. 1647; Cass. 10 novembre 1997 n. 11094, in *RFI*, voce *Lavoro (rapporto)*, 1997, n. 1485; Cass. 17 maggio 1996 n. 4598, in *RFI*, voce *Lavoro (rapporto)*, 1996, n. 1499.

alla riassunzione o, in alternativa, al pagamento di « un'indennità di importo compreso tra un minimo di 2,5 ed un massimo di 6 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto ». Per non dire che nell'area del recesso *ad nutum* dall'invalidità del licenziamento disciplinare conseguirebbe solo l'obbligo per l'imprenditore di corrispondere l'indennità sostitutiva del preavviso.

La decisione delle Sezioni Unite sembra fondarsi prevalentemente su considerazioni di opportunità: riconducendo al regime sanzionatorio della nullità il licenziamento viziato nella procedura si collegherebbe a tale inosservanza una tutela più forte rispetto a quella predisposta dalla normativa sui licenziamenti individuali in caso di accertata inesistenza di un valido motivo di recesso ⁽⁸⁷⁾. Di conseguenza, secondo la Suprema Corte è opportuno procedere in base al criterio c.d. della « sufficienza della tutela », facendo cioè prevalere un'impostazione che parifichi le conseguenze derivanti dal vizio formale con quelle che scaturiscono dal vizio sostanziale.

L'evidente divario tra i due regimi sanzionatori può giustificare l'opzione della giurisprudenza, ma non riesce a superare le perplessità derivanti dal contrasto tra il trattamento riservato ai vizi formali del recesso e quello per la violazione del procedimento disciplinare: solo nel primo caso la giurisprudenza ritiene nullo il negozio di recesso sul rilievo che la forma, a differenza del procedimento, costituirebbe un elemento di « essenziale valore » ⁽⁸⁸⁾ e dunque solo nel primo caso ammette che la mancata osservanza del requisito formale comporti il risarcimento del danno commisurato a tutte le retribuzioni non percepite.

Anche a voler condividere la distinzione tra forma e procedimento, non si può ignorare, però, come la mancata comunicazione dei motivi del recesso prevista dall'articolo 2 della legge n. 604 del 1966, pure sanzionata con i rimedi di diritto civile per l'inefficacia/nullità dell'atto, sia anch'essa un procedimento cui è sottesa la tutela di un interesse omogeneo rispetto a quello avuto di mira dall'articolo 7 Stat. lav., e cioè quello di consentire al lavoratore un adeguato esercizio del diritto di difesa costituzionalmente garantito (articolo 24 Cost.). In sostanza, si deve constatare come la giurisprudenza, nel tentativo di rifuggire il paradosso di dover sanzionare con maggior rigore i vizi formali-procedurali rispetto a quelli sostanziali, cada in un'analogica contraddizione. È infatti evidente che, nell'area della tutela obbligatoria, la mancata o tardiva comunicazione dei motivi del licenziamento comporterà effetti diversi a seconda che esso sia adottato per giustificato motivo soggettivo o giusta causa ovvero per giustificato motivo oggettivo.

Se nelle prime ipotesi la violazione del dovere del datore di lavoro di contestare

⁽⁸⁷⁾ Cass., sez. un., 26 aprile 1994 n. 3965, cit. Concorde con l'orientamento accolto: D. GAROFALO, *Licenziamento e forma*, in F. CARINCI (diretto da), *Diritto del lavoro. Commentario*, Utet, Torino, 1998, 184; R. DEL PUNTA, *Il licenziamento disciplinare*, cit. Fortemente critici, invece, O. MAZZOTTA, *La terra è piatta? Forse. (A proposito di licenziamento disciplinare illegittimo e sanzioni conseguenti)*, in *FI*, 1994, I, 2077; L. MONTUSCHI, *Il licenziamento disciplinare secondo il « diritto vivente »*, in *RIDL*, 1996, 13; M. MAGNANI, *Il licenziamento disciplinare e i rimedi al recesso illegittimo*, in *RIDL*, 1996, 39.

⁽⁸⁸⁾ C. Cost. 23 novembre 1994 n. 398, cit.

l'addebito al lavoratore (contestazione che, secondo la giurisprudenza, assorbe di fatto l'onere di comunicazione dei motivi *ex* articolo 2, legge n. 604 del 1966) ⁽⁸⁹⁾ è sanzionata attraverso l'applicazione della tutela debole di cui all'articolo 8, legge n. 604 del 1966, nel caso di giustificato motivo oggettivo la stessa violazione di forma-procedimento comporterà al datore di lavoro conseguenze ben più gravose, in considerazione della pacifica operatività dei rimedi che il diritto comune collega alla nullità dell'atto di recesso.

Ancora una contraddizione, se non altro di sistema, può rilevarsi con riferimento alla violazione della procedura per l'irrogazione del licenziamento disciplinare nel pubblico impiego privatizzato, dove la giurisprudenza ha qualificato come nulla la sanzione espulsiva adottata senza il rispetto delle norme procedurali. In particolare, i giudici di legittimità hanno rilevato l'invalidità del procedimento disciplinare instaurato da un soggetto o da un organo dell'ente pubblico diverso dall'Ufficio competente per i procedimenti disciplinari ed hanno, di conseguenza, dichiarato nullo il licenziamento, in quanto adottato in violazione di una norma di legge inderogabile, e cioè dell'articolo 59, comma 4, decreto legislativo n. 29 del 1993 ⁽⁹⁰⁾. Secondo la Corte di Cassazione, la norma determinatrice di competenza è espressione non solo di tecnica organizzativa, ma anche di un'esigenza di giustizia, atteso che il legislatore ha stabilito che solo un determinato organo si trova nelle condizioni di poter rettamente iniziare e decidere in ordine ad un determinato provvedimento disciplinare, per cui se quel provvedimento è compiuto da altro organo o soggetto dell'ente, esso è illegittimo ed i suoi effetti dovranno essere eliminati ⁽⁹¹⁾. La Suprema Corte conclude rilevando come il comma 4 dell'articolo 59 non sia norma permissiva suppletiva o *minus quam perfecta* e, di conseguenza, che l'accertamento della sua inderogabilità e imperatività non può che comportare l'applicazione del comma 1 dell'articolo 1418 c.c. (con rinvio dall'articolo 1324 c.c.) all'atto o provvedimento adottato dal soggetto *ex lege* non competente.

Ferme restando le peculiarità del caso in questione (si tratta del datore di lavoro pubblico e della violazione di una norma che attribuisce la titolarità del potere), non può non rilevarsi come l'interpretazione accolta dalla Suprema Corte con riferimento al pubblico impiego sia quanto meno in distonia con

⁽⁸⁹⁾ La Corte di Cassazione ha precisato che la contestazione disciplinare dei fatti che hanno poi determinato il licenziamento assolve di per sé anche all'onere di indicazione dei motivi di cui all'art. 2, l. n. 604/1966, e, di conseguenza, preclude l'esistenza di un obbligo del datore di rispondere all'eventuale richiesta dei motivi successiva al recesso ed esterna al procedimento disciplinare effettuato. Tale interpretazione comporta che in tutti i casi di licenziamento disciplinare, la necessaria applicazione delle garanzie procedurali di cui all'art. 7 Stat. lav. esonera il datore dalla comunicazione dei motivi del licenziamento prevista dall'art. 2 della l. n. 604/1966. Cfr. Cass. 14 gennaio 2003 n. 454, in *RFI*, voce *Lavoro (rapporto)*, 2003, n. 1608.

⁽⁹⁰⁾ Cass. 5 febbraio 2004 n. 2168, in *FI*, 2004, I, 2644.

⁽⁹¹⁾ Secondo la Suprema Corte la concentrazione di tutte le attribuzioni in materia disciplinare in capo all'Ufficio competente per i procedimenti disciplinari, attraverso la specializzazione di tale organo e il suo distacco rispetto al capo della struttura del dipendente incolpato tende a garantire l'imparzialità del momento disciplinare nel pubblico impiego privatizzato.

quella consolidata in materia di violazione, nell'impiego privato, dell'articolo 7 Stat. lav., dove si esclude l'operatività del comma 1 dell'articolo 1418 c.c.: la violazione di norme inderogabili volte a tutelare diritti del lavoratore costituzionalmente garantiti (*in primis* quello di difesa), dovrebbe invece tradursi in un'analogia qualificazione dell'invalidità dell'atto di recesso adottato senza il rispetto di quelle norme.

7. L'assenza dell'atto scritto di recesso dal rapporto di lavoro può avere ripercussioni anche sotto il profilo della tutela processuale qualora, nel giudizio con il quale il lavoratore chieda di dichiarare l'inefficacia del licenziamento orale, il datore di lavoro eccepisca, invece, che il rapporto si è estinto per dimissioni.

Secondo la regola generale enunciata dall'articolo 2697 c.c. chi vuol far valere un diritto in giudizio ha l'onere di provare i fatti che ne costituiscono il fondamento, e chi eccepisce l'inefficacia di tali atti — ovvero l'eventuale estinzione o modificazione del diritto — deve dimostrare i fatti su cui l'eccezione si fonda. Di conseguenza la prova che grava sul lavoratore è quella del licenziamento mentre il datore di lavoro è onerato a provare le asserite dimissioni del dipendente ⁽⁹²⁾.

In verità, relativamente all'onere probatorio che grava sul dipendente, si è sviluppato in giurisprudenza un orientamento parzialmente difforme da quello consolidato, secondo cui il lavoratore dovrebbe provare non il suo licenziamento ma soltanto l'estromissione dal rapporto di lavoro ⁽⁹³⁾. Tale interpretazione muove dal rilievo dell'effettiva difficoltà in cui può trovarsi il lavoratore che deve provare un licenziamento orale, e quindi grava il datore dell'onere di dimostrare il fatto che nega il licenziamento e collega la cessazione del rapporto ad una diversa causa estintiva, quale, appunto, le dimissioni.

L'orientamento ha suscitato perplessità e critiche. In particolare, si è evidenziato come una simile interpretazione introdurrebbe una sorta di presunzione che la cessazione del rapporto di lavoro derivi sempre da un licenziamento, realizzando così un'inversione del carico probatorio in deroga all'articolo 2697 c.c. ⁽⁹⁴⁾.

⁽⁹²⁾ Cass. 20 novembre 2000 n. 14977, in *RFI*, voce *Lavoro (rapporto)*, 2000, n. 1508; Cass. 12 aprile 2000 n. 4717, in *LPO*, 2000, 1270; Cass. 25 febbraio 2000 n. 2162, in *RIDL*, 2001, II, 162; Cass. 10 novembre 1999 n. 12494, in *DPL*, 2000, 890. In dottrina v. A. VALLEBONA, *L'onere della prova nel diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 1988, qui 62; Id., *L'onere della prova dell'estinzione del rapporto di lavoro*, in *MGL*, 1995, 407.

⁽⁹³⁾ Cass. 13 aprile 2000 n. 4760, in *RIDL*, 2001, 166; Cass. 2 giugno 1999 n. 5427, in *MFI*, 1999; Cass. 26 ottobre 1998 n. 10648, in *GI*, 1999, I, n. 1, 687; Cass. 11 marzo 1995 n. 2853, in *MGL*, 1995, 406.

⁽⁹⁴⁾ Così A. VALLEBONA, *Disciplina dell'onere probatorio e disparità sostanziale delle parti del rapporto di lavoro*, in *ADL*, 2001, 777, secondo cui tale presunzione giurisprudenziale sarebbe priva di fondamento « non essendo seriamente sostenibile, tanto meno con l'artificio verbale di chiamare estromissione ogni cessazione del rapporto di cui non sia chiara la genesi, l'esistenza di una situazione sociale tipica per cui l'estinzione del rapporto tenderebbe sempre a coincidere con un licenziamento ».

A tale obiezione si può tuttavia replicare come la prova dell'estromissione sia cosa ben diversa dalla prova della mera cessazione del rapporto di lavoro, in quanto, seppur è ipotizzabile che l'estromissione possa conseguire anche alle dimissioni del lavoratore (si pensi al prestatore che si pente delle dimissioni e torna in azienda, dove gli sarà impedito l'ingresso), è certo che nella prevalenza dei casi l'estromissione dal rapporto deriva proprio dal licenziamento.

Ritenere sufficiente la prova della sola estromissione significa, dunque, assegnare un valore giuridico ad una prevalenza statistica. Per quanto possa apparire un po' forzata, tale interpretazione appare comunque preferibile in considerazione che, secondo un differente orientamento, l'obiettivo difficoltà del lavoratore di provare il licenziamento intimato verbalmente assegnerebbe al datore un vantaggio sul piano probatorio che potrebbe incoraggiare tale pratica al fine di eludere non solo gli oneri formali ma soprattutto la necessità della giustificazione.

Certo è che i rischi di una più rigida opzione interpretativa risultano attenuati dalla rigorosa verifica, *ex* articolo 2697, comma 2, c.c., della prova dei fatti modificativi o estintivi del diritto fatto valere dalla controparte, a seguito della quale l'eventuale insufficienza della prova del licenziamento non sarà ragione sufficiente per accogliere l'ipotesi delle dimissioni del lavoratore, ove non adeguatamente provate⁽⁹⁵⁾. Ciò significa che, qualora all'esito del processo non ci sarà la prova né del licenziamento né delle dimissioni, il rapporto di lavoro dovrà comunque considerarsi ancora vigente⁽⁹⁶⁾.

Per attenuare le difficoltà connesse alla prova potrebbe proporsi l'introduzione di un requisito formale anche per le dimissioni⁽⁹⁷⁾: la forma scritta (richiesta, se non *ad substantiam*, almeno *ad probationem*) consentirebbe una maggiore certezza nei rapporti giuridici.

⁽⁹⁵⁾ Cass. 9 febbraio 2004 n. 2414, inedita. La giurisprudenza accoglie così le osservazioni di quella dottrina (P. ALLEVA, *L'onere della prova nel dilemma giudiziario tra dimissioni orali e licenziamento orale*, in *RTDPC*, 1976, 349) che aveva demolito il sillogismo giurisprudenziale secondo cui, ove non venga dimostrata la sussistenza del licenziamento verbale, debbano per ciò stesso ritenersi dimostrate le dimissioni del lavoratore.

⁽⁹⁶⁾ Cass. 16 maggio 2001 n. 6727, in *RFI*, voce *Lavoro (rapporto)*, 2001, n. 596; Cass. 8 giugno 2000 n. 7839, cit.

⁽⁹⁷⁾ Con esclusione delle dimissioni a causa di matrimonio (per le quali l'art. 11 del d.P.R. 25 novembre 1976, n. 1026, impone la comunicazione all'Ispettorato del lavoro) e di quelle presentate dalla lavoratrice madre durante la gravidanza o da entrambi i genitori nel primo anno di vita del bambino (art. 55, comma 4, d.lgs. 26 marzo 2001, n. 151, che prevede la convalida delle dimissioni da parte del Servizio Ispettivo del Ministero del lavoro), la forma delle dimissioni è libera, potendo essa configurarsi anche con il recesso tacito nel comportamento del lavoratore che si astenga dal lavoro per un periodo consistente omettendo di giustificare l'assenza. Pur tuttavia molti contratti collettivi impongono anche per le dimissioni l'obbligo della comunicazione per iscritto della volontà di recedere dal rapporto (v., ad esempio, art. 19 Ccnl Metalmeccanici; art. 97 Ccnl banche di credito cooperativo). Sull'opportunità di introdurre vincoli formali di fonte legale v. R. ALTAVILLA, *Le dimissioni del lavoratore*, Giuffrè, Milano, 1987. Si esprime per la necessità di una complessiva riforma dell'istituto M. FEZZI, *Una modifica legislativa urgente: la riforma delle dimissioni*, in *RCDL*, 1994, 238. Per le conseguenze del difetto di forma convenzionale dell'atto di dimissioni v. P. ICHINO, *op. cit.*, 385.

Se è vero, infatti, che l'asimmetria del requisito formale si spiega in considerazione del fatto che, nell'ipotesi di dimissioni, esso non sarebbe funzionale alla tutela del contraente debole — tutela che giustifica, invece, l'imposizione di oneri formali e procedurali (oltre che sostanziali) al recesso datoriale — tuttavia può rilevarsi come permangano, anche per il recesso del lavoratore, esigenze di certezza idonee ad imporre, esse sole, la previsione di un requisito formale. Per non dire che le difficoltà connesse alla ripartizione dell'onere della prova nel caso di licenziamento orale giustificerebbero, proprio ai fini di tutela (processuale) del lavoratore, la necessità della forma scritta per la volontà di sciogliere il rapporto, indipendentemente quindi dal soggetto da cui tale volontà provenga.

Natura ed incidenza dei vincoli formali nel recesso datoriale — Riassunto — *Il saggio analizza i vincoli formali e procedurali al potere di recesso dell'imprenditore soffermandosi, in particolare, sulla qualificazione degli stessi e sulle conseguenze della loro violazione.*

L'A., muovendo dall'analisi della giurisprudenza che interpreta teleologicamente le prescrizioni sulla forma del licenziamento, conclude che l'atto scritto non costituisce ex art. 1325 c.c. un elemento essenziale del recesso bensì una mera modalità di comunicazione di esso, con la conseguenza che il vizio di forma non colpisce l'atto nella sua rilevanza, ma incide solo sulla funzionalità dello stesso. In tal modo l'A. spiega l'inefficacia (e non la nullità) che l'art. 2 della l. n. 604/1966 collega ai vizi formali del licenziamento.

Nell'analisi delle conseguenze sanzionatorie, il saggio ripercorre i diversi orientamenti interpretativi, evidenziando le contraddizioni interne alla giurisprudenza soprattutto in relazione all'applicazione del regime della mora credendi. Ulteriori contrasti emergono dall'analisi delle conseguenze sanzionatorie derivanti dall'invalidità del licenziamento adottato senza l'osservanza delle disposizioni procedurali previste dall'art. 7 Stat. lav. Tale violazione, infatti, non produce la nullità di diritto comune conseguente alla violazione di una norma imperativa, ma rileva unicamente ai fini della possibile utilizzabilità del motivo posto a fondamento del recesso, con conseguente applicazione dei regimi di tutela che le norme lavoristiche collegano al licenziamento ingiustificato. Questa interpretazione suscita perplessità in ordine al contrasto tra il trattamento riservato alla violazione degli oneri formali e procedurali imposti dall'art. 2 della l. n. 604/1966 e quello per la violazione del procedimento disciplinare, soprattutto con riguardo alle conseguenze che si producono fuori dall'area della tutela reale.

Il saggio, infine, esamina le ripercussioni dell'eventuale licenziamento orale sul piano della tutela processuale, con riferimento, quindi, alla difficile ripartizione dell'onere probatorio tra il lavoratore che impugna il licenziamento viziato e il datore di lavoro che eccepisce, invece, che il rapporto si è estinto per dimissioni.

The nature and incidence of formal limitations on dismissals (Article in Italian) — Summary — *This paper analyses the formal and procedural limits on the power of the entrepreneur to terminate the employment relationship, considering the nature of these limits and the consequences arising from a failure to comply with them.*

The paper begins with an analysis of case law, that considers the underlying reasons for the provisions relating to forms of dismissal, coming to the conclusion that the implementation of the dismissal in writing, on the basis of Article 1325 of the Civil Code, is not an essential feature of dismissals, but simply a means for providing information. As a result a failure to provide notice in writing does not negate the effect of the dismissal, though it has an impact on it in functional terms. In this way the author explains the inefficacy (but not the nullity) laid down in Article 2 of Act 604/66 to procedural defects in the case of dismissals.

In an analysis of the sanctions arising from such procedural defects, the paper considers the various lines of interpretation, highlighting the contradictions within the case law above all in relation to the

application of the regime of mora credendi. Further contrasts emerge from the analysis of the sanctions deriving from the invalidity of dismissals carried out without complying with the procedural requirements of Article 7 of the Statuto dei lavoratori. Such a violation does not nullify the provision due to the violation of a mandatory norm, but is significant in relation to the possible use of the reason given for the dismissal, with the consequent application of the employment safeguards relating to unfair dismissal. This interpretation is problematic in terms of the contrast between the measures relating to the violation of formal and procedural requirements laid down in Article 2, Act 604/66, and the measures provided for the violation of disciplinary procedures, especially with regard to the consequences arising outside the area of employment protection. Finally, the paper examines the repercussions of a verbal dismissal in terms of the protection of the interests of the parties, with reference in particular to the difficulties relating to the burden of proof for the worker appealing against a dismissal that is null and void for procedural reasons, and the employer, defending the position that the employment relationship was terminated due to resignation.

*Il lavoro nelle riforme del diritto societario
e nel Codice della proprietà industriale*

Mutualità e lavoro nelle recenti riforme della società cooperativa

Patrizia Tullini

Sommario: **1.** La finalità mutualistica della cooperativa alla prova dell'evoluzione normativa: lavoro e vincolo associativo nella posizione giuridica del socio di lavoro. — **2.** Il rapporto mutualistico secondo la riforma societaria.

1. La ricerca di una definizione possibile (e attendibile) della finalità mutualistica che caratterizza l'impresa cooperativa ha rappresentato il tema dominante, e a tratti appassionante, di molta parte della dottrina, a partire dalla seconda metà del secolo appena trascorso.

Non è stata solo la dottrina giuridica a rilevare l'insufficienza del dettato codicistico del 1942 al fine di governare lo sviluppo del fenomeno cooperativo, denunciando la mancanza di un'adeguata disciplina relativa al suo essenziale elemento causale o finalistico. Anche gli studi di economia aziendale hanno spesso tentato di fornire un'interpretazione della gestione mutualistica e degli obiettivi economici assunti dalla cooperativa, avvalendosi della teoria e della pratica in materia di bilancio come cartina di tornasole per valutare l'effettivo inquadramento secondo la logica economico-giuridica propria delle imprese lucrative o, viceversa, secondo una finalità alternativa rispetto al perseguimento del profitto.

Riassumendo i termini di quel dibattito in modo un po' schematico e sicuramente riduttivo, si può osservare che gli orientamenti giuridici prevalenti hanno riconosciuto una sostanziale assimilazione tra l'impresa cooperativa e quella ordinaria, sebbene differiscano i destinatari ed i criteri di ripartizione del profitto. Peraltro, la concreta realtà economico-sociale sembrava avvalorare gli elementi e i principi capitalistici desumibili dalla scarna legislazione e dagli schemi organizzativi dell'impresa cooperativa previsti dal Codice civile ⁽¹⁾.

(*) *Patrizia Tullini è professore ordinario di Diritto del lavoro presso l'Università degli studi di Bologna.*

Il contributo è destinato agli Studi in onore della prof.ssa Isa Marchini.

⁽¹⁾ Per una ricostruzione dettagliata del dibattito dottrinale cfr. G. BONFANTE, *Delle imprese cooperative*, in F. GALGANO (a cura di), *Comm. Cod. civ. Scialoja-Branca*, Zanichelli, Bologna, Roma, 1999, 60 ss. L'A. sottolinea che la duplice linea interpretativa muove da diversi presupposti metodologici: « in un caso si ritiene, infatti, che la mutualità, in quanto richiamata dalla legge, sia un concetto giuridico », mentre in altre ipotesi « è considerato, in verità in modo raramente consapevole, come concetto anche extragiuridico, presupposto, ma non definito dal legislatore ». La dottrina giuslavorista ha tentato una ricostruzione dei profili peculiari della cooperativa di lavoro: cfr. spec. U. ROMAGNOLI, *La prestazione di lavoro nel contratto di società*, Giuffrè, Milano,

Parimenti, nella letteratura aziendalistica si è affermato un convincimento analogo: che, cioè, il vantaggio mutualistico conseguito dai soci costituisca una remunerazione *ex post*, con un'irrefutabile natura lucrativa, e che la società cooperativa, in quanto dotata di autonomia sotto il profilo soggettivo ed oggettivo, non possa che perseguire il reddito d'impresa, inteso appunto nel senso di profitto.

Contro questi assunti, forse troppo scontati e semplificanti, e le più diffuse opzioni dottrinali, il contributo teorico di Isa Marchini ha inteso offrire, con una buona dose di generosità, una diversa interpretazione della gestione mutualistica, che fosse più attenta alla matrice sociale dell'impresa cooperativa e alla sua originaria natura economica, pur senza « indulgere nella mitizzazione dell'intervento di valori etici e sociali che hanno caratterizzato fasi storiche del movimento cooperativo » ⁽²⁾.

Assumendo la prospettiva probabilmente più complessa e rischiosa, com'è quella dell'analisi del bilancio, la gestione mutualistica è stata identificata con una « gestione di servizio », nella quale si realizza « un grado di integrazione con le economie particolari dei soci, tale da porre in discussione quell'autonomia riconosciuta e, di conseguenza, quel perseguimento autonomo dell'obiettivo del profitto » ⁽³⁾. La nozione di « gestione di servizio » non esclude affatto la configurabilità di un preciso scopo economico da parte della cooperativa né impedisce l'applicazione degli stessi metodi razionali ed efficientistici che devono valere per la gestione dell'impresa lucrativa. I punti di dissenso rispetto all'impostazione tradizionale degli studi aziendalistici riguardano piuttosto la pretesa autonomia della cooperativa e l'assunzione del rischio da parte dei soci e, in secondo luogo, la valorizzazione del conseguimento del profitto quale suo unico obiettivo.

Da questo punto di vista, assumono rilievo i profili di rigidità e i vincoli che si riconnettono al particolare rapporto mutualistico con i soci e, specie nelle cooperative di lavoro, comportano che l'attività produttiva sia condizionata in senso quali-quantitativo dalla natura e dal volume dei conferimenti di fattori specifici. Si deve ammettere, infatti, che quei caratteri di rigidità risultano poco coerenti e difficilmente compatibili con la piena autonomia dell'impresa sociale e con l'affermazione secondo cui il profitto costituirebbe il principale obiettivo « anziché il mezzo, anche se irrinunciabile, che consente di offrire ai suoi associati l'offerta di quei servizi mediante i quali essa realizza i suoi propri

1967; ID., *Cooperative di lavoro e sindacati*, in *GComm*, 1976, I, 190 ss.; ID., *La cooperazione di lavoro*, in V. BUONOCORE (a cura di), *Cooperazione e cooperative*, Liguori, Napoli, 1977, 203 ss.; M. BIAGI, *Cooperative e rapporti di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1983, 27 ss.; ID., voce *Lavoro (rapporti associativi di)*, in *EGT*, 1999, XVIII, 6 ss.

⁽²⁾ I. MARCHINI, *Considerazioni sui fini economici e sui bilanci delle imprese cooperative*, in *Riv. dottori comm.*, 1977, I, 883.

⁽³⁾ I. MARCHINI, *op. cit.*, 887 e 891. Per l'interpretazione della gestione mutualistica come gestione di servizio v. ID., *Risultati economici e riserve nella prassi contabile di cooperative agricole*, Fratelli Bozzi, Genova, 1971, spec. 5 e 49 ss.

obiettivi nella forma di integrazioni delle remunerazioni e di risparmi di spesa » (4).

Con questa difficile e tormentata nozione di mutualità deve tuttora confrontarsi la dottrina (giuridica e non), posta di fronte ad una profonda evoluzione del quadro normativo che ha complessivamente ridisegnato il profilo dell'organizzazione cooperativa nell'economia di mercato del nuovo secolo. Da un lato, la revisione generale dell'ordinamento societario (cfr. decreto legislativo n. 6 del 2003) e, dall'altro, la disciplina della posizione del socio nell'ambito delle cooperative « nelle quali il rapporto mutualistico abbia ad oggetto la prestazione di attività lavorative » (cfr. articolo 1, comma 1, legge n. 142 del 2001) richiamano ed evocano un'idea di mutualità (naturale o « prevalente »: cfr. articolo 2512 c.c.) che continua ad essere anzitutto presupposta, più intuita e tacitamente accettata, che realmente esplicitata e condivisa (5).

L'approvazione della legge n. 142 del 2001 è stata accolta da molti studiosi come una « riforma necessaria » (6), a lungo « attesa » (7) dagli operatori della cooperazione, oltre che apprezzabile per « il coraggio di certe soluzioni innovative, nella sistemazione giuridica di un rapporto ... nel quale non sono mancate ambiguità, storture applicative e tutt'altro che infrequenti meccanismi simulatori » (8). Si tratta, peraltro, di una normativa che ha sinora prodotto il più ricco, ma soprattutto variegato, repertorio di letture interpretative, con il contributo decisivo del legislatore che ha varato diverse, successive versioni della figura giuridica del socio lavoratore (cfr. articolo 1, comma 3, legge n. 142 del 2001 e le modifiche introdotte ex articolo 9, legge n. 30 del 2003).

L'originale formula definitoria, secondo la quale l'unitaria posizione del socio di lavoro si compone (e si scompone) di un rapporto associativo e di un « ulteriore » (e, nella primitiva versione, anche « distinto ») rapporto di lavoro

(4) Osserva I. MARCHINI, *Considerazioni sui fini economici e sui bilanci delle imprese cooperative*, cit., 891 ss., che per l'impresa cooperativa « il profitto non è l'obiettivo primario, ma è il mezzo che le consente di rimanere in esistenza ». Per una critica cfr. G. BONFANTE, *op. cit.*, 70 ss., in quanto il modo d'intendere il modello mutualistico come « gestione di servizio » si sarebbe rivelato « evidentemente inadeguato a sostenere e seguire lo sviluppo economico della cooperazione ».

(5) Per una rassegna delle posizioni dottrinali e giurisprudenziali antecedenti alla riforma v. M. BIAGI, *Lavoro associato. Cooperazione*, in *DDPCom*, 1992, VIII, 200 ss.; M. MARIANI, *Cooperativa di lavoro*, in *Enc dir*, 1997, Agg. I, 457 ss., e, di recente, G. RICCI, *Il lavoro nelle cooperative tra riforma e controriforma*, in *DLM*, 2003, 323 ss.; B. FIORAI, *Il « nuovo » lavoro in cooperativa. Tra subordinazione e autonomia*, in *DLRI*, 2002, 183 ss.

(6) Cfr. G. MELIADÒ, *La nuova legge sulle cooperative di lavoro: una riforma necessaria*, in *RIDL*, 2002, I, 345 ss.; B. FIORAI, *op. cit.*, 209, secondo cui « la situazione, così come si era andata sedimentando nel corso degli anni, appariva non più sostenibile ».

(7) L. MONTUSCHI, *Introduzione. Una riforma attesa*, in L. MONTUSCHI, P. TULLINI (a cura di), *Lavoro e cooperazione tra mutualità e mercato. Commento alla legge 3 aprile 2001, n. 142*, Giappichelli, Torino, 2002, 1 ss.

(8) Così C. CESTER, *La nuova disciplina del socio lavoratore di cooperativa: una controriforma?*, in L. MONTUSCHI, P. TULLINI (a cura di), *Le cooperative e il socio lavoratore. La nuova disciplina. (Legge 14/2/2003 n. 30 e D.lgs. 10 settembre 2003)*, Giappichelli, Torino, 2004, 2. Per un giudizio decisamente critico cfr. A. VALLEBONA, *L'incostituzionale stravolgimento del lavoro in cooperativa*, in *MGL*, 2001, 813 ss.; ID., *Il trattamento economico e previdenziale*, in L. MONTUSCHI, P. TULLINI (a cura di), *Lavoro e cooperazione tra mutualità e mercato ecc.*, cit., 43, ravvisando una « palese incostituzionalità » della l. n. 142/2001 per contrasto con gli artt. 39 e 45 Cost.

instaurato in qualsivoglia forma, ha impegnato seriamente, e con esiti ancora incerti, un ampio settore della dottrina giuslavorista, nel tentativo di valutare tutte le implicazioni concrete e i criteri di coordinamento dei due diversi vincoli contrattuali in vista del «raggiungimento degli scopi sociali» (articolo 1, comma 3, legge n. 142 del 2001) ⁽⁹⁾.

La correzione di tipo lessicale, solo in apparenza innocua e marginale, apporata dall'articolo 9, comma 1, lettera *a*), legge n. 30 del 2003, non è servita a dipanare la complessità della formula normativa; anzi, il dibattito interpretativo ha ricevuto un rinnovato impulso, per la difficoltà di spiegare il significato di una *voluntas legis* che definisce il rapporto di lavoro come «ulteriore» rispetto a quello associativo, ma al contempo non più «distinto» da quest'ultimo.

Le valutazioni politico-legislative possono essere, ovviamente, molto diverse, ed è ricorrente l'interrogativo: «semplice aggiustamento o vera e propria contro-riforma?» ⁽¹⁰⁾. Sembrano esservi pochi dubbi, tuttavia, sull'intenzione del legislatore d'intervenire con forza dirimente sulla questione interpretativa, attribuendo una sicura e ferma centralità al vincolo associativo nella ricostruzione dello *status* del socio lavoratore. Nella realizzazione dello scopo mutualistico, il rapporto di lavoro «ulteriore» sembra destinato ad una più intensa compenetrazione con quello di società, ad un collegamento così stretto con la posizione di socio cooperatore che gli interpreti non hanno esitato a descrivere in termini di «accessorietà», di «strumentalità», o ancora, di «marcata dipendenza funzionale» ⁽¹¹⁾.

L'impressione condivisa dai giuslavoristi, oltre che dagli studiosi del diritto

⁽⁹⁾ Per un catalogo delle diverse posizioni dottrinali cfr. L. NOGLER, *Il principio del doppio rapporto e le tipologie lavorative*, in L. NOGLER, M. TREMOLADA, C. ZOLI (a cura di), *La riforma della posizione giuridica del socio lavoratore di cooperativa*, in *NLCC*, 2002, 357 ss.; D. GAROFALO, *I profili generali dell'intervento legislativo del 2001*, in D. GAROFALO, M. MISCIONE (a cura di), *La nuova disciplina del socio lavoratore di cooperativa. L. n. 142/2001 e provvedimenti attuativi*, Ipsoa, Milano, 2002, 3 ss.; M. MISCIONE, *Il socio lavoratore di cooperativa (regolamentazione forte dopo la legge 142/2001)*, in *DPL*, 2001, inserto n. 34; F. ALLEVA, *I profili giuslavoristici della nuova disciplina del socio lavoratore di cooperativa*, in *RGL*, 2001, I, 357 ss.; M. DE LUCA, *Il socio lavoratore di cooperativa: la nuova normativa (l. 3 aprile 2001, n. 142)*, in *FI*, 2003, V, 233 ss.; M. PALLINI, *La «specialità» del rapporto di lavoro del socio di cooperativa*, in *RIDL*, 2002, I, 371 ss.; A. MARESCA, *Il rapporto di lavoro subordinato del socio di cooperativa*, in L. MONTUSCHI, P. TULLINI (a cura di), *op. ult. cit.*, 17 ss.

⁽¹⁰⁾ Così C. CESTER, *op. cit.*, 1. Altre soluzioni interpretative sono proposte da G. RICCI, *op. cit.*, 346, il quale opta per la tesi della controriforma, rilevando problemi di legittimità costituzionale; L. DE ANGELIS, *La disciplina del lavoro cooperativo dopo la l. 14 febbraio 2003, n. 30*, in L. MONTUSCHI, P. TULLINI (a cura di), *Le cooperative e il socio lavoratore ecc.*, cit., 29 ss., secondo cui la modifica è «frutto di opzioni significativamente diverse rinvenibili nel pur poco meditato dibattito parlamentare»; C. ZOLI, *Le modifiche alla riforma della posizione giuridica del socio lavoratore di cooperativa*, in M.T. CARINCI (a cura di), *La legge delega in materia di occupazione e mercato del lavoro*, Ipsoa, Milano, 2003, 285 ss.; G. MELIADÒ, *Nuove incertezze per il lavoro cooperativo*, in *FI*, 2003, V, 134; A. GUARISO, *Primi appunti sulla «controriforma» del lavoro in cooperativa*, in *RCDL*, 2003, 39 ss.

⁽¹¹⁾ Cfr. G. DONDI, *La disciplina della posizione del socio di cooperativa dopo la c.d. legge Biagi*, in *ADL*, 2004, 64, il quale, pur criticando la scelta di fondo del legislatore, conclude: «resta il fatto che il contratto con cui si attua lo scambio mutualistico si prospetta come necessariamente

commerciale, è che la recente normativa sul lavoro nelle cooperative abbia inteso riportare l'attenzione sulle modalità dello scambio mutualistico al fine di ricondurlo al modello giuridico generalmente applicabile alle cooperative di consumo e di servizi, nelle quali si prevede la stipula, da parte del socio, di un contratto (ulteriore) diverso da quello associativo (dalla compravendita al contratto di finanziamento). Così, anche la mutualità che si esprime mediante l'espletamento di una prestazione lavorativa dovrà trovare il suo titolo autonomo, appunto «ulteriore», in un contratto di lavoro: quest'ultimo, pur essendo costituito «in qualsivoglia forma», è comunque necessario (a differenza di quanto accade nelle altre società cooperative), considerata la stretta corrispondenza biunivoca tra lo *status* di socio e quello di lavoratore⁽¹²⁾.

La sostanziale prevalenza assegnata al rapporto associativo nella realizzazione dello scambio mutualistico, tuttavia, sembra desumersi — più che dalle precisazioni lessicali di recente introdotte nella formula definitoria — da una serie di altri ritocchi e di parziali modifiche che sono disseminate nel tessuto delle recenti riforme in materia cooperativistica e che rivestono un indubbio significato sintomatico.

Sullo svolgimento concreto del rapporto di lavoro del socio, come pure nel giudizio di compatibilità che è sempre richiesto per l'applicazione della disciplina di tutela del lavoro subordinato, ha senz'altro un peso maggiore l'alterazione intervenuta nell'equilibrio tra le fonti normative. Da un lato, va segnalato il rafforzamento del ruolo del regolamento interno della cooperativa per la definizione delle condizioni generali di svolgimento delle prestazioni lavorative (v. *infra*, § 2) e, dall'altro, si avverte un certo (simmetrico) arretramento della contrattazione collettiva nella determinazione dei trattamenti applicabili al socio lavoratore, i quali possono subire una deroga in senso peggiorativo con la salvaguardia del «solo trattamento economico minimo» (cfr. articolo 9, comma 1, lettera *f*), legge n. 30 del 2003, che ha modificato l'articolo 6, comma 2, legge n. 142 del 2001)⁽¹³⁾.

strumentale rispetto a quello associativo, il cui scopo è dominante»; G. SANTORO PASSARELLI, *Nuove forme di lavoro e occupazione*, in *DLM*, 2003, 419.

⁽¹²⁾ Cfr. R. COSTI, *Il socio lavoratore fra contratto di società e rapporto di lavoro*, in L. MONTUSCHI, P. TULLINI (a cura di), *Lavoro e cooperazione tra mutualità e mercato ecc.*, cit., 10 ss., secondo cui «è pacifico che, negli altri tipi di cooperative, lo scambio mutualistico (eventuale e non necessario) avviene sulla base di un contratto autonomo e diverso dal contratto di società». La l. n. 142/2001 avrebbe consegnato le cooperative di lavoro al medesimo modello, «con la precisazione che la stipulazione del contratto avente ad oggetto la prestazione d'opera è ancora necessaria» e, sotto questo profilo, esse «si differenziano ancora e nettamente, ad es., dalle cooperative di consumo o di servizi». Nell'ambito della dottrina giuslavorista, la tesi è stata sostenuta da M. BIAGI, *Cooperative e rapporti di lavoro*, cit., 30, sul presupposto che «suddividere il fenomeno cooperativo nei due grandi comparti della produzione e lavoro e del consumo, risponde certo al suo effettivo atteggiarsi nel contesto economico, ma non può essere spiegata ricorrendo ad un'asserita diversità di natura del rapporto fra l'impresa mutualistica ed i suoi soci». In ambedue le ipotesi, la mutualità si realizzerebbe «mediante contratti di scambio divergenti solo nel loro funzionamento». Per una valutazione positiva v. B. FIORAI, *op. cit.*, 223.

⁽¹³⁾ Cfr. C. CESTER, *op. cit.*, 16, il quale rileva che «la nuova norma appare decisamente orientata a circoscrivere la garanzia» dell'indisponibilità dei trattamenti collettivi per il socio di lavoro; G.

Nella medesima prospettiva, inoltre, va considerata la facoltà concessa alla cooperativa di ottenere, in via unilaterale, la certificazione del contenuto del regolamento interno ai sensi dell'articolo 83, decreto legislativo n. 276 del 2003, mediante una procedura « speciale » o « specializzata » che inequivocabilmente tende — al di là di ogni legittima perplessità sollevata dai commentatori sulla sua effettiva utilità ⁽¹⁴⁾ — ad irrobustire l'efficacia (anche derogatoria rispetto alla contrattazione collettiva) delle previsioni regolamentari in ordine alla « tipologia dei rapporti di lavoro attuati o che si intendono attuare, in forma alternativa, con i soci lavoratori ».

E ancora, la forte attrazione esercitata dal vincolo associativo sembra manifestarsi nella previsione legislativa forse più controversa, che stabilisce l'estinzione del rapporto di lavoro — di norma — in dipendenza dell'esclusione o del recesso del socio cooperatore, in termini sostanzialmente coerenti con gli articoli 2532 e 2533 c.c. ⁽¹⁵⁾. A ciò si aggiunge la revisione della disciplina processuale che, in termini generali seppure piuttosto anodini, sembra restituire alla competenza del giudice ordinario « le controversie tra socio e cooperativa relative alla prestazione mutualistica » (potendosi, al limite, discutere sull'ampiezza dell'attribuzione in base al riferimento normativo alla sola « prestazione » anziché all'intero « rapporto mutualistico »: cfr. articolo 5, comma 2, legge n. 142 del 2001 modificato dall'articolo 9, comma 1, lettera d), legge n. 30 del 2003) ⁽¹⁶⁾.

SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, 420, secondo cui le modifiche legislative ridimensionano l'applicazione della normativa di tutela del lavoro subordinato.

⁽¹⁴⁾ In dottrina prevale un forte scetticismo riguardo all'utilità e alla stessa praticabilità della certificazione del regolamento: cfr. E. GRAGNOLI, *Sub art. 83*, in E. GRAGNOLI, A. PERULLI (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, Cedam, Padova, 2004, 866; L. NOGLER, *Altre ipotesi di certificazione*, in L. MONTUSCHI *et al.*, *Il nuovo mercato del lavoro*, coordinato da M. Pedrazzoli, Zanichelli, Bologna, 2004, 917 ss., il quale ritiene, però, che « la certificazione dovrebbe potersi estendere all'intero contenuto » e, quindi, a tutte le questioni trattate nel regolamento; V. SPEZIALE, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in P. BELLOCCHI, F. LUNARDON, V. SPEZIALE (a cura di), *Tipologie contrattuali, a progetto e occasionali*, in F. CARINCI (coordinato da), *Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Ipsoa, Milano, 2004, IV, 156 ss.; L. DE ANGELIS, *La disciplina del lavoro cooperativo*, cit., 48 ss.; G. DONDI, *op. cit.*, 90 ss.; M. BARBIERI, *Il lavoro nelle cooperative*, in P. CURZIO (a cura di), *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo 276/2003*, Cacucci, Bari, 2004, 390; V. BRINO, *La certificazione dei rapporti di lavoro*, in A. PERULLI (a cura di), *Impiego flessibile e mercato del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2004, 211 ss.

⁽¹⁵⁾ Secondo L. DE ANGELIS, *La disciplina del lavoro cooperativo*, cit., 33 ss., la previsione legislativa sarebbe derogabile ex art. 2533, comma 4, c.c., mediante l'atto costitutivo; Id., *L'esclusione e il licenziamento del socio lavoratore tra diritto e processo*, in *LG*, 2002, 605 ss. *Contra* G. DONDI, *op. cit.*, 71, che ritiene improbabile la deroga, in quanto « lo speciale rapporto di lavoro correlato allo status di socio è dunque destinato (prima o poi) comunque a venir meno con la perdita di tale veste »; M. BARBIERI, *op. cit.*, 364.

⁽¹⁶⁾ Sull'ambiguità della disciplina processuale cfr. R. RIVERSO, *La nuova disciplina delle competenze sulle controversie tra socio e cooperativa*, in L. MONTUSCHI, P. TULLINI (a cura di), *Le cooperative e il socio lavoratore, ecc.*, cit.; Id., *I profili processuali della l. n. 142 del 2001*, in L. MONTUSCHI, P. TULLINI (a cura di), *Lavoro e cooperazione tra mutualità e mercato ecc.*, cit., 71 ss., il quale ritiene che qualsiasi interpretazione relativa alla posizione del socio lavoratore « non vale sul versante processuale a giustificare la sottrazione al giudice naturalmente competente delle cause che nascono sul terreno dell'ulteriore rapporto di lavoro »; M. BARBIERI, *op. cit.*, 370 ss.; G.

2. L'idea che le complessive riforme della disciplina cooperativistica abbiano avviato una ri-definizione delle condizioni e delle modalità di realizzazione della mutualità, con particolare riguardo all'acquisizione e all'uso del fattore lavoro, sembra trovare un puntuale riscontro sul versante del diritto societario e del nuovo assetto giuridico delle cooperative (cfr. Titolo VI del Libro V, c.c., come sostituito dall'articolo 8, decreto legislativo n. 6 del 2003). Di più, se si conviene con la dottrina commercialista che « nel nuovo impianto codicistico, diversamente da quanto contenuto nel codice civile del 1942, emerge una speciale attenzione prestata al rapporto di scambio mutualistico »⁽¹⁷⁾, ne consegue che la regolamentazione del lavoro prestato in cooperativa dovrà trovare, non solo una conferma, ma anche il necessario collegamento e forse un'integrazione, attraverso la normativa sul funzionamento dell'impresa sociale. Non v'è dubbio che il piano dell'ordinamento societario sia destinato a coordinarsi con quello interno, relativo all'attuazione dello scambio mutualistico tra il socio lavoratore e la stessa cooperativa⁽¹⁸⁾.

Com'è già accaduto nella seconda metà del Novecento, ancor oggi il tema fondamentale e ineludibile è costituito dalla definizione del principio mutualistico, dalla comprensione dei fini economici della cooperativa in raffronto con l'impresa ordinaria (in particolare, con la società per azioni: arg. ex articolo 2519, comma 1, c.c.)⁽¹⁹⁾. Sotto questo profilo, il nuovo diritto societario sembra riproporre ed accogliere la tesi, a lungo considerata minoritaria (e persino un po' irrealistica), che ha identificato nello scopo solidaristico e nella c.d. gestione di servizio le caratteristiche idonee a contraddistinguere sul piano causale la società cooperativa, esprimendo una chiara opzione a favore della mutualità interna⁽²⁰⁾.

MELIADÒ, *La nuova legge sul lavoro cooperativo*, in R. DE LUCA TAMAJO, M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI (a cura di), *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema*, ES, Napoli, 2004, 183 ss. *Contra*, con argomentate considerazioni, G. DONDI, *op. cit.*, 72 ss.

⁽¹⁷⁾ Cfr. A. ROSSI, *Il regolamento interno ... due anni dopo*, in L. MONTUSCHI, P. TULLINI (a cura di), *Le cooperative e il socio lavoratore ecc.*, cit., 52, il quale osserva che « la disciplina del rapporto mutualistico addirittura si interseca con quella dell'ordinamento »; G. MARASÀ, *Osservazioni sui caratteri essenziali della cooperativa dopo la riforma (porta aperta, mutualità, ristorni e dividendi)*, in *Studium juris*, 2004, 432 ss., secondo cui la riforma tende ad una « forte rivalutazione della mutualità tradizionale, vuoi con riferimento all'attività, vuoi con riferimento allo scopo dei soci »; L.F. PAOLUCCI, *La mutualità dopo la riforma*, in *Le società*, 2003, n. 2-bis, 398, che però censura la mancata definizione legislativa dello scopo mutualistico; G. BONFANTE, *Sub art. 2511*, in G. COTTINO, G. BONFANTE, O. CAGNASSO, P. MONTALENTI (diretto da), *Il nuovo diritto societario*, Zanichelli, Bologna, 2004, 2377, il quale sottolinea la varietà di funzioni svolte dalle cooperative che « un'identificazione più precisa di mutualità avrebbe potuto compromettere ».

⁽¹⁸⁾ Anche C. CESTER, *op. cit.*, 7, rileva che la riforma del lavoro nelle cooperative « sembra muoversi nella prospettiva di un recupero della cooperazione autentica, in armonia, del resto, con quanto emerge anche dalla riforma del diritto societario ».

⁽¹⁹⁾ Cfr. G. MARASÀ, *op. cit.*, 431, il quale avverte che « normalmente la manualistica quando deve identificare i tratti essenziali delle cooperative lo fa attraverso una comparazione con la società per azioni a fine di lucro ».

⁽²⁰⁾ Così G. BONFANTE, *Sub art. 2511*, cit., 2379, che sottolinea, tuttavia, le ambiguità della riforma sotto il profilo del « mancato chiarimento del ruolo dello scopo lucrativo rispetto a quello mutualistico ». *Contra* E. TONELLI, *Sub art. 2511*, in M.A. SANDULLI, V. SANTORO (a cura di), *La*

Non hanno perduto efficacia né lucidità le parole della studiosa che, alle soglie di un'altra stagione di riforme, osservava come « il problema che fronteggia attualmente il movimento cooperativo » — alla ricerca di regole adeguate a preservarne la specificità socio-economica — rimanga quello di « conciliare una struttura del potere decisionale estesamente partecipata e di tipo assembleare con le esigenze di efficienza e di razionalità ». Detto altrimenti: si tratta di « inventare un nuovo modello organizzativo in cui i due termini non si pongano in antitesi », in una dimensione moderna della mutualità che, anche quando trascende la primitiva concezione di una gestione posta al servizio esclusivo delle economie dei suoi diretti associati, non risulti completamente smentita ⁽²¹⁾.

Con questa particolare sensibilità vanno attentamente considerate le numerose indicazioni fornite dalla disciplina ordinamentale delle cooperative, che sono in grado di reagire sull'attuazione dello scambio mutualistico con i soci di lavoro, aggiungendo altre essenziali tessere normative al mosaico della legge n. 142 del 2001, con le successive modificazioni.

La società cooperativa, come rimodellata dal Codice civile, continua ad essere un luogo di contrapposizione e di conflitto d'interessi, pur se in forme affatto diverse dall'impresa ordinaria. Anzi, questa contrapposizione è resa esplicita e risulta, in qualche modo, sottolineata dal nuovo assetto societario che riserva agli amministratori ampi poteri decisionali e gestionali (in forza del rinvio alle regole generali di funzionamento delle società per azioni), sino al punto di consentire loro di condizionare il *quantum* di mutualità realizzata dalla cooperativa e l'eventuale attribuzione (nonché la conservazione) della qualifica di « cooperativa a mutualità prevalente » (cfr. articoli 2512 e 2545-*octies*, c.c.) ⁽²²⁾. Ai fini di governo del conflitto d'interessi, è stato specialmente posto in luce il ruolo dello strumento regolamentare e la sua accresciuta rilevanza giuridica, anche rispetto a quanto previsto dall'articolo 6, legge n. 142 del 2001 ⁽²³⁾. Il regolamento interno potrà stabilire l'effettiva distribuzione dei poteri di direzione tra l'organo gestorio e l'assemblea dei soci, sebbene osservando i limiti fissati dall'articolo 2544, comma 1, c.c.: l'assemblea, infatti, a prescindere dal « sistema di amministrazione » prescelto dalla cooperativa, conserva la titolarità esclusiva dei « poteri in materia di ammissione, di recesso e di esclusione dei soci », nonché la competenza ad assumere tutte le decisioni che « incidono sui rapporti mutualistici ».

riforma delle società, Giappichelli, Torino, 2003, 10 ss., il quale riconosce un carattere solo strutturale alla mutualità.

⁽²¹⁾ I. MARCHINI, *Considerazioni sui fini economici e sui bilanci delle imprese cooperative*, cit., 897.

⁽²²⁾ Cfr. A. ROSSI, *op. cit.*, 55 ss., secondo cui gli amministratori sono « legalmente arbitri ... nella scelta (gestionale) del *quantum* di vantaggio mutualistico riconosciuto ai soci » e, in presenza di una clausola statutaria che deroghi il principio della mutualità pura, potrebbero anche influire sulla « collocazione della cooperativa nell'ambito della mutualità prevalente ovvero non prevalente ». Sulle alterne fortune del concetto di mutualità prevalente nella giurisprudenza e nella dottrina v. G. BONFANTE, *Delle imprese cooperative*, cit., 81 ss.

⁽²³⁾ *Contra* L.F. PAOLUCCI, *op. cit.*, 402, che ritiene « si sia fatto un passo indietro » rispetto alla l. n. 142/2001, non imponendo a tutte le cooperative l'approvazione del regolamento.

Vero è che il regolamento — la cui adozione da parte delle cooperative di lavoro è da ritenersi obbligatoria ai sensi della legge n. 142 del 2001 ⁽²⁴⁾ — è diventata anche la sede privilegiata della disciplina relativa ai rapporti interni con i soci. Mediante questo documento, eventualmente integrativo dell'atto costitutivo della cooperativa, si definiscono — « in ogni caso » — « le modalità di svolgimento delle prestazioni lavorative da parte dei soci » (articolo 6, comma 1, lettera *b*), legge n. 142 del 2001) e, in base all'articolo 2521, ultimo comma, c.c., « i criteri e le regole inerenti allo svolgimento dell'attività mutualistica tra la società e i soci ».

Di fronte ad una previsione normativa così ampia, è stato persino troppo agevole ritenere, da parte di alcuni interpreti, che in presenza di una regolamentazione puntuale e sufficientemente analitica delle condizioni di stipulazione dei rapporti mutualistici e di espletamento delle prestazioni lavorative (aventi titolo nell'« ulteriore » rapporto contrattuale), « dovrebbe sfumare la necessità di collegialità imposta dall'articolo 2544, comma 1°, c.c. » ⁽²⁵⁾. Come dire che resta la possibilità di delegare agli amministratori (con compiti esecutivi) l'esercizio dei poteri di gestione dei singoli rapporti contrattuali con i soci di lavoro.

Tale soluzione interpretativa appare chiaramente suggerita dalle già rilevate esigenze di efficienza e di razionalità dell'organizzazione cooperativa. Al contempo, però, non va sottovalutato che nelle società in cui il rapporto mutualistico abbia ad oggetto una prestazione di lavoro sono stati introdotti dallo stesso legislatore specifici contrappesi rispetto all'autonomia e alla discrezionalità di cui dispongono gli organi di amministrazione.

L'acquisita centralità del vincolo associativo nella posizione giuridica del socio lavoratore è stata accompagnata da un consolidamento delle prerogative sociali, in grado di condizionare l'assetto strutturale e funzionale della cooperativa. Dunque, anche scontando una sorta di subalternità del contratto di lavoro rispetto a quello di società ed un probabile arretramento della relativa tutela, il saldo finale non sarà del tutto negativo se risulteranno valorizzate le opportunità concesse al socio lavoratore dalle regole di funzionamento della cooperativa, pur senza accedere ad una logica meramente compensativa ⁽²⁶⁾. Si allude anzitutto ai peculiari, e del tutto inediti, « diritti amministrativi » concernenti la partecipazione alla direzione e alla conduzione dell'impresa sociale, che sono stati espressamente attribuiti ai soci di lavoro *ex* articolo 1,

⁽²⁴⁾ Secondo G. RAGAZZINI, *Nuove norme in materia di società cooperative*, Zanichelli, Bologna, 2001, 809, « poiché il regolamento attiene alla realizzazione dello scopo mutualistico e, dunque, all'attuazione del servizio mutualistico, costituenti l'oggetto sociale, costituisce integrazione dell'atto costitutivo e dello statuto » (ora, in base all'art. 2521, ultimo comma, c.c., il regolamento interno può costituire « parte integrante dell'atto costitutivo »).

⁽²⁵⁾ Così, ancora, A. ROSSI, *op. cit.*, 58.

⁽²⁶⁾ In questa prospettiva v. G. DONDI, *op. cit.*, 67, secondo il quale « con il d.lgs. n. 6 del 2003 la democrazia interna alle cooperative risulta significativamente incrementata, attenuandosi così, corrispondentemente, l'esigenza che il socio — più garantito sul piano della partecipazione — sia tutelato, in relazione alla prestazione lavorativa, in termini di accentuata assimilazione al lavoratore subordinato ».

comma 1, lettere a)-b), legge n. 142 del 2001: diritti e prerogative che — come hanno osservato gli studiosi del diritto societario — esulano di norma dallo *status* di socio cooperatore (27). A questo riguardo, anzi, si è posto l'interrogativo se debba ritenersi operante la clausola di compatibilità dell'articolo 2520 c.c., diretta a salvaguardare le previsioni di leggi speciali relative a determinate categorie di cooperative. La normativa dettata per i soci lavoratori dovrebbe considerarsi « speciale », in quanto capace di smussare e di temperare l'applicazione delle nuove regole societarie, limitando la discrezionalità che è riconosciuta, in via generale, agli organi gestori. La tesi non sarebbe estranea neppure alla dottrina giuslavorista che, almeno in prevalenza, è sempre stata incline ad ammettere i caratteri assolutamente peculiari del lavoro svolto in cooperativa (tanto più, alla luce della legge n. 142 del 2001), anche nei confronti dell'ordinaria disciplina dei rapporti di lavoro (28).

Non basta. Il rinnovato assetto giuridico delle società cooperative ha sviluppato altri vincoli e individuato limiti appropriati che si contrappongono ai poteri forti degli amministratori, come possono comprovare gli elementi di rigidità imposti nello svolgimento dei rapporti mutualistici. E, come s'è già sottolineato, sono soprattutto gli specifici profili di rigidità che si riconnettono al tipo di rapporto instaurato tra i soci e la cooperativa a rimarcare l'indiscussa specialità dell'impresa mutualistica (v. *retro*, § 1).

Non può non essere interpretata in questa prospettiva la garanzia della parità di trattamento sancita dall'articolo 2516 c.c., che deve informare di sé i « rapporti con i soci » (come precisa la rubrica della disposizione), ed è diretta ad influire in modo particolare — quanto meno per la sua potente forza evocativa — sulla realizzazione dello scambio mutualistico con i soci di lavoro. Il vincolo giuridico della parità di trattamento implica, in primo luogo, una riduzione della discrezionalità (o una discrezionalità « controllata ») nella « costituzione » del rapporto mutualistico e ai fini della scelta dei soci cooperatori con i quali instaurare un « ulteriore » rapporto di lavoro. Del resto, la previsione trova un puntuale *pendant* (oltre che nel principio della c.d. porta aperta: cfr. articolo 2528 c.c.) (29) nella direttiva anti-discriminatoria che riguarda le vicende del contratto di società: lo stesso atto costitutivo della

(27) Cfr., ad es., G. RAGAZZINI, *op. cit.*, 797, secondo cui « si è voluto realizzare una forma di « cogestione »... in quanto per la prima volta si è voluto attribuire ai lavoratori il diritto di partecipare direttamente alla gestione dell'impresa ». Nella dottrina giuslavorista v. A. MARESCA, *op. cit.*, 18, il quale conclude: « è sufficiente osservare il livello, l'ampiezza e l'intensità della partecipazione del socio lavoratore alla gestione dell'impresa cooperativa sul piano quali-quantitativo ... non è riproducibile ... neppure nel più avanzato di relazioni sindacali ».

(28) In tal senso cfr. A. MARESCA, *op. cit.*, 17 ss.; C. CESTER, *op. cit.*, 7, che riconosce la « accentuata specialità del rapporto di lavoro » del socio; G. DONDI, *op. cit.*, 66. *Contra* C. ZOLI, *I diritti del socio lavoratore*, in L. NOGLER, M. TREMOLADA, C. ZOLI (a cura di), *op. cit.*, 399, che esclude, in ogni caso, una diversificazione dei trattamenti giuridici derivante dalla specialità del rapporto di lavoro del socio.

(29) È opinione condivisa che la riforma societaria abbia rafforzato il principio della porta aperta, con « una maggiore salvaguardia di quella che può dirsi l'aspettativa del socio ad entrare nella cooperativa »: cfr. G. MARASÀ, *op. cit.*, 431 ss.

cooperativa è tenuto a stabilire i requisiti di ammissione dei soci « secondo criteri non discriminatori coerenti con lo scopo mutualistico e l'attività economica svolta » (cfr. articolo 2527, comma 1, c.c.).

Per esplicito disposto normativo, la regola paritaria deve operare anche « nell'esecuzione » del singolo rapporto mutualistico, inclusa — si può aggiungere — la fase della sua estinzione: dunque, è lecito ritenere, soprattutto nello svolgimento (e nella cessazione) delle prestazioni lavorative da parte dei soci (rese in forma subordinata, autonoma o in qualunque altra forma).

Non mancano le opinioni dottrinali che tendono a svalutare il significato innovativo del principio di pari trattamento, osservando come fosse già desuabile dai fondamenti del fenomeno cooperativo ed intrinseco al carattere democratico dell'impresa sociale. Eppure, il preciso riferimento legislativo ai rapporti mutualistici instaurati con i soci non rende superflua la regola paritaria che, in precedenza, è stata applicata pressoché esclusivamente al rapporto associativo, mentre in forza dell'articolo 2516 c.c. dovrà attenere direttamente alla realizzazione dello scambio mutualistico, quale vicenda contrattuale ulteriore ⁽³⁰⁾.

La dottrina commercialista, in realtà, si è preoccupata di scongiurare ogni rischio d'inefficienza gestionale che potrebbe derivare da un'applicazione « in senso massimalista ed assoluto » della garanzia, avvertendo che lo scopo essenziale è quello di vietare, a parità di condizioni, i trattamenti discriminatori tra i soci (specialmente nella corresponsione dei ristorni e nel conseguimento del vantaggio mutualistico). Né sarebbe impedita l'introduzione, per via statutaria, di trattamenti diversi e differenziati (anche in senso peggiorativo), purché giustificati da esigenze obiettive dell'organizzazione cooperativa ⁽³¹⁾.

Si è osservato, inoltre, che il carattere relativo e disponibile del principio paritario risulterebbe confermato dallo stesso legislatore: non a caso vi è già stata apportata una deroga sostanziale con la creazione di una « categoria speciale » di soci della cooperativa, alla quale il nuovo associato può essere ammesso « in ragione dell'interesse alla sua formazione ovvero del suo inserimento nell'impresa » (articolo 2527, comma 3, c.c.). L'atto costitutivo è competente a determinare « i diritti e gli obblighi » che incombono sul socio « in prova », eventualmente stabilendo diritti partecipativi e patrimoniali — che è lecito presumere — inferiori a quelli riconosciuti agli altri soci (sebbene per un periodo non superiore a cinque anni).

Nella prospettiva del giuslavorista, tuttavia, la facoltà della cooperativa di prevedere la figura del socio « apprendista » o « in prova » non costituisce un argomento assolutamente decisivo per l'individuazione dell'efficacia vincolante (o meno) del principio di parità di trattamento. Come si può escludere che tale garanzia assuma un significato più incisivo — operando in guisa di collega-

⁽³⁰⁾ Secondo G. BONFANTE, *Sub art. 2511*, cit., 2410 ss., « da questo punto di vista, l'innovazione del legislatore appare concettualmente ineccepibile rappresentando ... il corretto adeguamento delle norme ad un diverso modo di intendere l'attuazione della mutualità », cioè, attraverso un contratto distinto da quello di società.

⁽³¹⁾ Così, ancora, G. BONFANTE, *op. ult. cit.*, 2411.

mento con l'ordinamento di tutela del lavoro — quando l'attuazione dello scambio mutualistico con il socio preveda l'espletamento di una prestazione lavorativa subordinata? In questo caso, il criterio interpretativo ed operativo della « compatibilità » (cfr. articolo 2520, comma 1, c.c.) gioca a favore del rinvio alla « speciale » disciplina del lavoro (senza limiti derivanti dal rito processuale applicabile).

Mutualità e lavoro nelle recenti riforme della società cooperativa — Riassunto — *L'A. evidenzia, in prima istanza, come uno dei temi dominanti del dibattito dottrinale, già dalla seconda metà del secolo scorso, sia stata la ricerca di una definizione della finalità mutualistica, sia tra i giuristi (giuslavoristi e giuscommercialisti), sia nell'ambito degli studi di economia aziendale, ed opera così una ricostruzione delle diverse opzioni prospettate. Su questa base, sottolinea gli aspetti evolutivi, all'interno del quadro normativo, che hanno contribuito a ridisegnare il profilo dell'organizzazione cooperativa nell'economia di mercato del nuovo secolo, prendendo in considerazione, in particolare, la revisione generale dell'ordinamento societario, che ha inciso anche sull'assetto giuridico delle cooperative, ma anche la disciplina della posizione del socio nell'ambito delle medesime. Viene inoltre posto in luce come la sostanziale prevalenza assegnata al rapporto associativo nella realizzazione dello scambio mutualistico si desuma da una serie di « ritocchi » apparentemente secondari, come il rafforzamento del ruolo del regolamento interno della cooperativa per la definizione delle condizioni generali di svolgimento delle prestazioni lavorative, l'arretramento della contrattazione collettiva nella determinazione dei trattamenti applicabili al socio lavoratore, la facoltà concessa alla cooperativa di ottenere, in via unilaterale, la certificazione del contenuto del regolamento interno ai sensi dell'art. 83 del d.lgs. n. 276/2003, la correlazione dell'estinzione del rapporto di lavoro con l'esclusione o il recesso del socio cooperatore in termini sostanzialmente coerenti con gli artt. 2532 e 2533 c.c., e infine la revisione della disciplina processuale, che sembra restituire alla competenza del giudice ordinario « le controversie tra socio e cooperativa relative alla prestazione mutualistica ».*

Mutual support and labour provisions in the recent reform of cooperative societies (Article in Italian) — Summary — *This paper considers how, from the mid-twentieth century onwards, one of the dominant themes in the debate among labour law and business administration scholars was the search for a definition of the purposes of mutual support, and examines the various solutions proposed. An account is given of the developments in the legal framework that contributed to the reform of cooperative societies in the market economy in the last century, taking into account, in particular, the general reform of company structure, and its impact on the legal personality of cooperative societies, but also the provisions relating to the position of the members of these societies. In addition, the paper considers the prevalence given to membership rather than employment in relations between the cooperative society and its members, and how this is reflected in a series of changes that are only apparently of secondary importance, such as the strengthening of the role of internal regulations governing general conditions of employment in the cooperative, the downplaying of the role of collective bargaining in determining the conditions applicable to the employee members, the powers granted to the cooperative to obtain, on a unilateral basis, the certification of internal regulations pursuant to Article 83 of Legislative Decree no. 276/2003, the linking of the termination of the employment relationship with the exclusion or resignation of the cooperative member in terms largely in compliance with Articles 2532 and 2533 of the Civil Code, and finally the reform of procedural regulations, that appears to bring « disputes between the member and the cooperative relating to matters of mutual support » back within the jurisdiction of the ordinary courts.*

Il rapporto di amministrazione nella riforma del diritto societario e del lavoro

Flavia Pasquini

Sommario: **1.** L'amministratore di società nel decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 6: profili di interesse lavoristico. — **2.** Il problema della natura giuridica del rapporto di amministrazione. — **2.1.** Le posizioni dottrinali. — **2.2.** Gli orientamenti della giurisprudenza. — **3.** Il problema della cumulabilità della posizione di amministratore con quella di lavoratore della società. — **3.1.** La casistica più ricorrente. — **4.** Conclusioni.

1. Riferirsi (come è stato fatto, per brevità, fin dal titolo del presente scritto) al complesso rapporto esistente tra l'amministratore di società e quest'ultima semplicemente con la locuzione « rapporto di amministrazione » potrebbe apparire, ad una prima osservazione, una « evidente absurdità » ⁽¹⁾. Ciò, in quanto il suddetto legame può assumere, sotto il profilo giuridico, almeno due diverse sfaccettature, delle quali, evidentemente, la sintetica espressione utilizzata non dà conto. Tra amministratore e società può infatti sussistere sia un rapporto avente ad oggetto lo svolgimento di funzioni gestorie (in senso più o meno ampio a seconda del singolo caso concreto), sia un rapporto di lavoro. L'obiettivo che ci si pone, pertanto, è quello di tentare una analisi di tale fattispecie, al fine di distinguere cosa si rinvenga di (almeno apparentemente) contraddittorio al suo interno, e giungere così, auspicabilmente, a chiarire alcune problematiche ad essa strettamente connesse.

Per meglio comprendere la natura del rapporto che lega l'amministratore alla società, è necessario in primo luogo analizzare, sia pure per sommi capi, i tratti salienti che caratterizzano la Riforma delle società di cui al decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 6. Soltanto in seguito a tale necessaria premessa potranno poi prendersi in considerazione le disposizioni di cui all'articolo 61, comma 3, del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276. Non senza considerare, peraltro, il significativo contributo apportato, sul tema, dalle pronunzie delle corti di legittimità e di merito.

La Riforma delle società entrata in vigore il 1° gennaio 2004 ha introdotto, oltre ad alcune modifiche al sistema tradizionale di gestione e controllo, due

(*) *Flavia Pasquini è assegnista di ricerca del Centro Studi Internazionali e Comparati « Marco Biagi », Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia.*

(1) Per utilizzare una espressione cara ad un Autore, sia pur non giurista: cfr. P.D. OUSPENSKY, *Frammenti di un insegnamento sconosciuto*, L'Astrolabio, Roma, 1976, 7-8.

nuovi modelli: il modello c.d. monistico (di cui all'articolo 2409-*sexiesdecies* c.c.) ed il modello c.d. dualistico (di cui all'articolo 2409-*octies* c.c.).

Il primo, escludendo la figura dell'amministratore unico, prevede la presenza obbligatoria, all'interno della società, di un consiglio di amministrazione nominato dall'assemblea, il quale nomina, al proprio interno, un comitato con funzioni generali di controllo della gestione. Il controllo contabile è invece affidato ad un revisore o ad una società di revisione esterni.

Il secondo modello prevede, diversamente dal primo, la presenza di un consiglio di gestione investito della funzione di amministrare la società e nominato dal consiglio di sorveglianza. Quest'ultimo ha insieme funzioni di controllo e poteri decisionali, ma è nominato dall'assemblea, così come l'organo di controllo contabile, che anche in questo caso deve essere individuato in un revisore o in una società di revisione esterni.

È soltanto nel sistema tradizionale o ordinario (il quale si applica automaticamente in mancanza di una espressa previsione statutaria), così, che l'organo amministrativo può assumere alternativamente una struttura individuale (amministratore unico) o collegiale (consiglio di amministrazione), con il potere, in ogni caso (in virtù dell'articolo 2380-*bis* c.c.), di compiere tutte le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale, a partire dalle attività che permettono il regolare funzionamento interno della società, fino a quelle finalizzate a raggiungere gli obiettivi economici che la medesima si pone. Nel caso specifico in cui venga costituito un consiglio di amministrazione, al suo interno deve poi essere designato un presidente, con la possibilità, altresì, di nominare un comitato esecutivo ed uno o più amministratori delegati, abilitati a gestire specifiche attribuzioni. L'assemblea, che nomina gli amministratori, può certamente revocarli per giusta causa ed esercitare nei loro confronti, ove ne ricorrano i presupposti, l'azione di responsabilità, ma di regola non può interferire direttamente negli atti di gestione ⁽²⁾. Così, nonostante la dottrina sia concorde nel ritenere che la riforma in esame abbia oltremodo ristretto l'ambito dei poteri gestori riservato all'assemblea ⁽³⁾, si deve convenire con chi da tempo sottolinea come gli amministratori non possano comunque compiere, senza l'autorizzazione di quest'ultima, operazioni che imprimano un corso totalmente nuovo all'esercizio o alla struttura organizzativa o finanziaria della società ⁽⁴⁾.

Un ulteriore aspetto da considerare brevemente riguarda poi le diverse figure di amministratore che, sia pur non esplicitamente ⁽⁵⁾, il legislatore ha delineato. Si può così parlare di amministratori « non esecutivi » ed « esecutivi », oltre che di amministratori « indipendenti » e « non indipendenti ».

⁽²⁾ Cfr. F. FERRARA jr., F. Corsi, *Gli imprenditori e le società*, Giuffrè, Milano, 1994, 549.

⁽³⁾ Cfr. G. STASSANO, M. STASSANO, *Prontuario breve della nuova S.P.A.*, Giuffrè, Milano, 2004, 62.

⁽⁴⁾ Cfr. B. LIBONATI et AL. (a cura di), *Amministrazione e amministratori di società per azioni*, Giuffrè, Milano, 1995; G. MINERVINI, *Società, Scritti giuridici*, Morano, Napoli, 1996. In tal senso si esprime poi anche la giurisprudenza più recente: cfr. Cass. 17 novembre 2004 n. 21759, in www.legge-e-giustizia.it/2004/FATTO%20E%20DIRITTO/21759.htm#LA%20QUALITA'b4%20DI%20SOCIO.

⁽⁵⁾ Cfr. R. LENER, *Gli amministratori indipendenti*, in G. SCOGNAMIGLIO (a cura di), *Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma delle società*, Giuffrè, Milano, 2003, 119.

I primi, secondo quanto stabilisce l'articolo 2409-*octiesdecies*, comma 2, sono gli amministratori che « non siano membri del comitato esecutivo ed ai quali non siano attribuite deleghe o particolari cariche e comunque non svolgano, anche di mero fatto, funzioni attinenti alla gestione dell'impresa sociale o di società che la controllano o ne sono controllate ». Dal che si desume, in via residuale, che possono essere definiti « esecutivi », di converso, i componenti del consiglio di amministrazione che esercitino le cennate funzioni, anche in via di mero fatto ⁽⁶⁾.

Sulla base, poi, di quanto disposto dall'articolo 2409-*septiesdecies*, comma 2, sono qualificabili come « indipendenti » i componenti del consiglio di amministrazione che siano « in possesso dei requisiti di indipendenza stabiliti per i sindaci dall'articolo 2399, comma 1, e, se lo statuto lo prevede, di quelli al riguardo previsti da codici di comportamento redatti da associazioni di categoria o da società di gestione di mercati regolamentati », mentre saranno « non indipendenti » coloro che non siano in possesso di detti requisiti. A tacere di ogni altra considerazione sul complesso contenuto dell'articolo 2399, comma 1, c.c., che in questa sede non pare opportuno approfondire, ai fini qui perseguiti risulta di particolare interesse la previsione secondo la quale gli amministratori indipendenti non possono essere legati alla società (o a società controllanti o controllate) da un rapporto di lavoro o da un rapporto continuativo di consulenza o di prestazione d'opera retribuita, e nemmeno da altri rapporti di natura patrimoniale che ne compromettano, appunto, l'indipendenza (articolo 2399, comma 1, lettera c), c.c.). È evidente infatti che una disposizione di tal genere verrà ad assumere un rilievo fondamentale in tutte quelle ipotesi, peraltro assai diffuse, in cui il legame tra amministratore e società tenda a presentare, nei fatti, la doppia sfaccettatura cui si accennava.

2. Sebbene nello schema di decreto legislativo (di attuazione della legge n. 30/2003) del 6 luglio 2003 non comparisse alcun riferimento alla figura degli amministratori (così come nemmeno a quella degli altri soggetti elencati dall'articolo 47, lettera *c-bis* del TUIR), nel testo definitivo del decreto legislativo n. 276/2003, e più precisamente all'articolo 61, comma 3, si rinviene un riferimento a questi ultimi. In questa norma vengono infatti esclusi dal campo di applicazione del capo in materia di lavoro a progetto e occasionale, tra gli altri, i « componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società » ⁽⁷⁾. L'esclusione non è di poco conto, ove si consideri che, secondo

⁽⁶⁾ Cfr. R. LENER, *op. cit.*, 120.

⁽⁷⁾ Si ritiene di condividere, sul punto, l'interpretazione di M. PEDRAZZOLI, *Riconduzione a progetto delle collaborazioni coordinate e continuative, lavoro occasionale e divieto delle collaborazioni semplici: il cielo diviso per due*, in M. PEDRAZZOLI (coordinato da), *Il nuovo mercato del lavoro. Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Zanichelli, Bologna, 2004, 732. *Contra* cfr. M. MISCIONE, *Il collaboratore a progetto*, in *LG*, 2003, 816, secondo il quale gli amministratori, quanto meno di « associazioni e altri enti con o senza personalità giuridica » (cfr. art. 49, comma 2, TUIR), insieme ai sindaci, sarebbero invece sottoposti alla riforma, in quanto non rientrerebbero nella locuzione riportata.

alcune stime, gli amministratori di società legati a queste ultime per mezzo di un contratto di collaborazione coordinata e continuativa « vecchia maniera » sarebbero, in Italia, circa 400.000 ⁽⁸⁾.

Da tale esclusione vi è chi ha tratto la condivisibile ⁽⁹⁾ conseguenza che a tali categorie continuerà ad essere consentita la stipula di contratti di collaborazione coordinata e continuativa in nulla differenti rispetto a quelli generalmente utilizzati prima della c.d. riforma Biagi ⁽¹⁰⁾. Si deve però rilevare, con un certo rammarico, come il decreto legislativo n. 276/2003, nonostante l'evidente opportunità di regolamentare una materia che, da anni ormai, vede il contrapporsi di diverse posizioni dottrinali e giurisprudenziali, abbia potuto dedicare alla figura degli amministratori unicamente una così scarna disposizione, a causa dell'assenza di apposita delega sul punto.

Il primo problema da analizzare inerisce, ad ogni modo, la natura giuridica del rapporto di amministrazione, o meglio, la corretta qualificazione giuridica del rapporto che lega amministratore e società.

2.1. Secondo una prima interpretazione ⁽¹¹⁾, esso ha natura contrattuale e, più in particolare, si può sostanziare in un contratto di scambio avente per oggetto prestazioni di lavoro caratterizzate sia da elementi di autonomia, sia da elementi di subordinazione ⁽¹²⁾.

Alcune pronunce giurisprudenziali hanno ritenuto che l'amministratore sia legato alla società da un contratto di lavoro subordinato ⁽¹³⁾, ma tale prospet-

⁽⁸⁾ Cfr. G. CAZZOLA, *Lavoro e welfare: giovani versus anziani*, Rubettino Editore, Catanzaro, 2004, 63-64, che richiama i dati riportati da B. Anastasia e A. Accornero in *www.Lavoce.info*, 26 settembre 2003.

⁽⁹⁾ Anche alla luce della recente nota del Ministero del lavoro e delle politiche sociali 15 dicembre 2004, la quale, rispondendo ad un quesito della Federazione Italiana Editore Giornali (Fieg) del 3 maggio 2004 in merito all'esclusione dei giornalisti iscritti all'albo dei pubblicitari dall'applicazione della disciplina sul lavoro a progetto, ha disposto che per tale categoria non vi è l'obbligo di applicare le norme di cui agli artt. 61 e ss. del d.lgs. n. 276/2003, e che, conseguentemente, vi è la possibilità di fare riferimento alla disciplina delle collaborazioni coordinate e continuative « vecchia maniera ». Allo stesso tempo, però, la nota non ha escluso « che le parti possano, perseguendo l'obiettivo di elevare le reciproche garanzie, concordare la riconduzione dei rapporti in questione alla disciplina delle collaborazioni a progetto ». Interpretando estensivamente tale nota è poi possibile sostenere che le norme sul lavoro a progetto saranno applicabili anche agli amministratori di società, ove siano frutto di un apposito accordo in tal senso.

⁽¹⁰⁾ Cfr. F. LUNARDON, *Lavoro a progetto e lavoro occasionale*, in P. BELLOCCHI, F. LUNARDON, V. SPEZIALE (a cura di), *Tipologie contrattuali a progetto e occasionali. Certificazione dei rapporti di lavoro*, in F. CARINCI (coordinato da), *Commentario al D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Ipsoa, Milano, 2004, 40.

⁽¹¹⁾ Cfr. G. COTTINO, *Diritto commerciale. Le società e le altre associazioni economiche*, Cedam, Padova, vol. II, tomo II, 1987, 450; F. DI SABATO, *Manuale delle società*, Utet, Torino, 1992, 467 ss.

⁽¹²⁾ Il che, posto in questi termini, al giuslavorista appare quanto meno singolare. Cfr. G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, Utet, Torino, 1998, II, 323; G. MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, Giuffrè, Milano, 1956, 71.

⁽¹³⁾ Cfr. Cass. 17 maggio 1975 n. 1940, in *NGL*, 1975, 666.

tazione è stata ampiamente criticata⁽¹⁴⁾, anche sulla base della considerazione che non è sufficiente addurre, per giustificare l'applicazione della disciplina del lavoro subordinato all'amministratore, la sussistenza, in capo a quest'ultimo, dell'obbligo di non concorrenza⁽¹⁵⁾.

Il legislatore, poi, di recente, modificando l'articolo 2392 c.c. per mezzo del decreto legislativo n. 6/2003, ha provveduto a convalidare la tesi⁽¹⁶⁾ secondo la quale il rapporto di amministrazione non può essere ricondotto totalmente ed incondizionatamente al rapporto di mandato⁽¹⁷⁾. Ciò era già stato sostenuto, da un lato, per la marcata autonomia che connota l'amministratore nei confronti dell'assemblea, e, dall'altro, per la sua responsabilità nei confronti dei terzi⁽¹⁸⁾. La nuova norma stabilisce comunque espressamente che « Gli amministratori devono adempiere i doveri ad essi imposti dalla legge e dallo statuto con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze », e non più « con la diligenza del mandatario », come invece disponeva in precedenza⁽¹⁹⁾. La diligenza richiesta all'amministratore dovrebbe quindi essere quella di cui all'articolo 1176, comma 2, c.c.⁽²⁰⁾: il riferimento alle « specifiche competenze » sembra infatti semplicemente prendere atto, come è stato osservato, « della circostanza che in ragione di ciò taluni [amministratori] possono essere preposti a certi specifici settori ed altri a settori diversi »⁽²¹⁾.

La dottrina giuscommercialista, sul punto, come era prevedibile, si è comunque concentrata unicamente sulle conseguenze che la cennata revisione normativa comporterà in materia di responsabilità degli amministratori per *mala gestio*⁽²²⁾.

⁽¹⁴⁾ Cfr. A. ALIBRANDI, *Sulla posizione dell'amministratore-impiegato nelle società di capitali*, in AC, 1991, 1028.

⁽¹⁵⁾ Cfr. A. CAIAFA, *Sull'applicabilità della legge 11 agosto 1973 n. 409 agli amministratori di società*, in DL, 1977, I, 51 ss.

⁽¹⁶⁾ Peraltro non unanime in dottrina: cfr. G. SANTORO PASSARELLI, *Il lavoro « parasubordinato »*, F. Angeli, Milano, 1979, 154.

⁽¹⁷⁾ Salva la possibilità di un'applicazione analogica delle norme in materia di mandato al fine di colmare eventuali lacune e nei limiti in cui tale operazione risulti compatibile con la disciplina in materia di società: cfr. G.F. CAMPOBASSO, *op. cit.*, 95 e 323. Cfr. anche F. FERRARA jr., F. Corsi, *op. cit.*, 504. Per la dottrina più recente cfr. A. BAUDINO, *Gli amministratori di società per azioni e a responsabilità limitata*, Giuffrè, Milano, 1996, 5-6.

⁽¹⁸⁾ Cfr. L. NOGLER, *Intorno all'alternativa qualificatoria tra rapporto (sociale) di amministrazione e rapporto di lavoro subordinato*, in RIDL, 1991, II, 787.

⁽¹⁹⁾ La modifica operata ha dato adito, peraltro, ad un vivace dibattito interpretativo. Sul punto cfr. F. VASSALLI, *L'art. 2392 novellato e la valutazione della diligenza degli amministratori*, in G. SCOGNAMIGLIO (a cura di), *op. cit.*, 29 ss. Per le considerazioni sul tema avanzate prima della riforma cfr., oltre agli autori richiamati nelle note successive, N. CAVALLUZZO, E.M. GALANTI, *Amministratori di società di capitali*, Il Sole 24 Ore, Milano, 1997, 47 ss.

⁽²⁰⁾ Come del resto sottolinea F. VASSALLI, *op. cit.*, 29.

⁽²¹⁾ Cfr. ancora F. VASSALLI, *op. cit.*, 36.

⁽²²⁾ Cfr. F. VASSALLI, *op. cit.*, 26 ss. Per una analisi della dottrina « classica » sul tema cfr. M. FRANZONI, *La responsabilità civile degli amministratori di società di capitali*, in F. GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto Commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Cedam, Padova, 1994, 34 ss.; F. BONELLI, *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, Giuffrè, Milano, 1992.

Sotto il profilo lavoristico, al contrario, la novella operata potrebbe fornire uno spunto interessante al fine di risolvere proprio il problema della individuazione della esatta natura del rapporto di amministrazione, in quanto essa porta plausibilmente ad escludere che possa farsi riferimento alla figura del mandato, naturalmente ove si voglia sostenere la richiamata tesi secondo la quale l'attività dell'amministratore si inserisce in un autonomo contratto di scambio. Al contrario, non si ritiene utile al medesimo scopo l'analisi della disciplina fiscale applicabile al rapporto di amministrazione⁽²³⁾. La circostanza che sotto questo profilo il reddito percepito dagli amministratori sia equiparato a quello da lavoro dipendente non deve infatti condurre l'interprete fuori strada. Come è avvenuto in passato in relazione alle collaborazioni coordinate e continuative « genuine », infatti, tale equiparazione non può avere alcuna rilevanza se non ai fini espressamente previsti dalla legge, che esulano del tutto da quello della qualificazione del rapporto.

Secondo, infine, una diversa interpretazione, non condivisa da chi scrive ma ugualmente accreditata ed autorevole⁽²⁴⁾, tanto da essere stata seguita anche da parte della giurisprudenza⁽²⁵⁾, deve escludersi che tra amministratore e società intercorra un rapporto di tipo contrattuale, in quanto il primo deriva i propri poteri unicamente dalla combinazione di due atti unilaterali (l'atto unilaterale di nomina dell'assemblea e il proprio atto di accettazione)⁽²⁶⁾, o comunque direttamente dalla ripartizione delle sfere di competenza prevista dal contratto di società⁽²⁷⁾.

2.2. Data l'eterogeneità delle posizioni dottrinali sul punto, per giungere ad una soluzione del problema risulta opportuno analizzare la giurisprudenza in materia.

Secondo alcune recenti pronunce, l'amministratore, essendo un organo cui è attribuita la gestione sociale, è legato alla società da un rapporto interno di

Non che le considerazioni operate da questa dottrina risultino, poi, del tutto irrilevanti per il giuslavorista: cosa ne sarebbe, infatti, del rapporto fiduciario tra amministratore-lavoratore e società, nel caso in cui l'amministratore medesimo fosse sottoposto ad una azione di responsabilità conseguente alla sua attività amministrativa? Potrebbe questa circostanza ripercuotersi sul rapporto di lavoro al punto di costituire giusta causa di licenziamento, o, in caso di instaurazione di un rapporto di lavoro autonomo, di giustificare una richiesta di risoluzione per inadempimento? Il problema sollevato, a ben guardare, è del tutto simile a quello che verrà a breve prospettato in tema di obblighi di comunicazione: cfr. § 4.

⁽²³⁾ Sulla quale cfr. comunque L. CARBONE, *La previdenza (e disciplina) delle « nuove » collaborazioni coordinate e continuative dei liberi professionisti*, in *FI*, 2002, 516 ss. Sui problemi di ordine tributario cfr. G. GAVELLI, *Ancora dubbi sul trattamento dei compensi per amministratori e sindaci*, in *Corr. Trib.*, 2002, 959.

⁽²⁴⁾ Cfr. F. FERRARA jr., F. COSSI, *op. cit.*, 549.

⁽²⁵⁾ Cfr. Cass. 20 aprile 1982 n. 2449, in *GComm*, 1983, II, 215; Cass. 22 luglio 1969 n. 2755, in *GI*, 1970, I, n. 1, 36.

⁽²⁶⁾ Cfr. G. FERRI, *Le società*, in F. VASSALLI (diretto da), *Trattato di diritto civile italiano*, Utet, Torino, 1971, 493. Cfr. poi F. BANO, *Lavoro e rapporti associativi*, in P. CENDON (a cura di), *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale*, Utet, Torino, 2003, 192.

⁽²⁷⁾ Cfr. F. GALGANO, *Diritto Commerciale. Le società*, Zanichelli, Bologna, 1985, 325-326.

immedesimazione organica, che non può essere qualificato né come rapporto di lavoro subordinato, né come rapporto di collaborazione coordinata e continuativa ⁽²⁸⁾: le prestazioni dell'amministratore rientrerebbero quindi nell'area del lavoro professionale autonomo ⁽²⁹⁾.

Appare però preferibile la tesi ⁽³⁰⁾ secondo la quale il rapporto organico richiamato concerne soltanto i rapporti con i terzi, posto che gli atti giuridici compiuti dall'amministratore vengono imputati direttamente alla società, mentre, nei rapporti interni, non è escluso che tra amministratore e società possa configurarsi un rapporto obbligatorio.

E tale rapporto, come si vedrà, è qualificabile come parasubordinato, se in concreto ne ricorrono i presupposti ⁽³¹⁾.

In alcuni casi, a fare da pretesto per la risoluzione del problema della natura del rapporto di amministrazione è poi il dilemma sulla competenza — o meno — del giudice del lavoro a decidere sulle controversie tra amministratore e società.

Così, è stato stabilito che il rapporto tra società di capitali e amministratori, pur essendo astrattamente assoggettabile al rito del lavoro sotto il profilo della sua ricomprensione nell'ambito della categoria prevista dall'articolo 409, n. 3, c.p.c. ⁽³²⁾, sfugge a tale disciplina sia in caso di amministratore unico o delegato, difettando *in nuce* il vincolo di subordinazione, sia in caso di azione sociale di responsabilità, in quanto azione distinta, nel *petitum* e nella *causa petendi*, rispetto al rapporto obbligatorio avente ad oggetto la prestazione di un'attività remunerata ⁽³³⁾.

Più in generale, si ritiene che la competenza del giudice del lavoro si estenda ai giudizi inerenti i diritti del gestore, ma non a quelli relativi ai suoi doveri funzionali ⁽³⁴⁾.

Proprio da una questione di competenza si era partiti, del resto, per giungere alla fondamentale pronuncia a Sezioni Unite che, sul tema, ha fatto da « spartiacque » ⁽³⁵⁾, dirimendo il contrasto giurisprudenziale da tempo esistente. La controversia era stata instaurata dal componente del consiglio di amministrazione di una società di capitali, al fine di ottenere, da quest'ultima, il rimborso delle spese sostenute per il compimento dell'attività gestoria. Sul

⁽²⁸⁾ Cfr. Cass. 26 febbraio 2002 n. 2861, in *MGC*, 2002, 328; Cass. 13 aprile 1991 n. 3980, in *MGL*, 1991, 576, e anche in *OGL*, 1992, I, 241; Cass. 23 agosto 1991 n. 9076, in *MGC*, 1991, fasc. 8.

⁽²⁹⁾ Cfr. Cass. 26 febbraio 2002 n. 2861, cit.

⁽³⁰⁾ Cfr. F. BANO, *op. cit.*, 193.

⁽³¹⁾ Cfr. Cass. 24 marzo 1981 n. 1722, con nota di P. MARTINELLI, *Il lavoro dell'amministratore di società: un nodo nella cultura giuridica*, in *RGL*, 1981, II, 995; Pret. Napoli 11 giugno 1979, in *GComm*, 1980, II, 577, con nota di A. CERRAI, *L'amministratore di società per azioni e il « nuovo rito del lavoro »*.

⁽³²⁾ Come si desume da Cass. 29 marzo 2001 n. 4662, in *NGL*, 2001, 519.

⁽³³⁾ Cfr. Cass. 2 marzo 1999 n. 1726, in *Le Società*, 1999, 831. Cfr. pure, sul tema, Cass. 8 giugno 2001 n. 7814, in *RIDL*, 2002, II, 651.

⁽³⁴⁾ Cfr. Trib. Milano 3 novembre 1997, in *CG*, 1998, 177.

⁽³⁵⁾ Cfr. Cass., sez. un., 14 dicembre 1994 n. 10680, in *GC*, 1995, fasc. 10, pt. 1, 2480-2488, con nota di A. NERI, *L'amministratore di società lavoratore parasubordinato ex art. 409 n. 3 c.p.c.*

tema, i precedenti giurisprudenziali erano tra loro in netto contrasto, in quanto affermavano, in alcuni casi, la competenza del giudice ordinario ⁽³⁶⁾, e, in altri, la competenza del giudice del lavoro ⁽³⁷⁾. Lasciando da parte le questioni di competenza ⁽³⁸⁾, sia pur rilevanti, in questa sede è opportuno ricordare che la Suprema Corte, in tale occasione, ha ritenuto che il rapporto di amministrazione debba essere qualificato come lavoro parasubordinato ⁽³⁹⁾, ai sensi dell'articolo 409, n. 3, c.p.c., salva, naturalmente, la verifica in concreto circa la sussistenza dei requisiti previsti dalla norma ⁽⁴⁰⁾. Nella pronuncia viene sposata la tesi, già richiamata, secondo la quale il rapporto organico tra amministratore e società inerisce soltanto i rapporti con i terzi, mentre, nei rapporti interni, è configurabile un rapporto di tipo contrattuale ⁽⁴¹⁾. Il fatto che in quest'ultimo si rinvengano i caratteri tipici della parasubordinazione è derivabile, oltre che dalla continuità, dalla coordinazione e dalla natura prevalentemente personale dell'attività prestata, anche dalla circostanza che l'amministratore, sul quale grava il controllo operato dai sindaci, ha diritto di ricevere un compenso dalla società per le opere eseguite in suo favore, e ha contemporaneamente un obbligo di non concorrenza e di non porsi in conflitto di interessi con la medesima. Il che dimostra, in maniera incontrovertibile, l'esistenza di due centri di interesse facenti capo a soggetti giuridici distinti.

3. Da queste preliminari considerazioni, che fanno in qualche modo da premessa al tema in esame, deriva l'opportunità di analizzare il problema (cui si riconnettono diverse questioni di ordine secondario) della concomitanza, in capo ad un medesimo soggetto, della posizione di lavoratore (subordinato, autonomo o parasubordinato) con quella di amministratore della società datrice di lavoro, o comunque di una società a quest'ultima collegata, da cui la già richiamata doppia sfaccettatura del rapporto in esame. È naturale che la possibilità di cumulo tra le due posizioni sia il più delle volte finalizzata all'estensione delle tutele poste a favore del lavoratore subordinato ⁽⁴²⁾, ma in

⁽³⁶⁾ Cfr. Cass. 14 dicembre 1991 n. 13498, in *FI*, 1992, I, 1804; Cass. 23 agosto 1991 n. 9076, cit.; Cass. 26 giugno 1980 n. 4028, in *DFall*, 1980, II, 511.

⁽³⁷⁾ Cfr. Cass. 2 ottobre 1991 n. 10259, in *MGC*, 1991, fasc. 10; Cass. 24 marzo 1981 n. 1722, cit.

⁽³⁸⁾ Sulle quali peraltro cfr. R. AMBROSINI, *Competenza del giudice ordinario per le controversie tra società e amministratore unico o delegato*, in *Le Società*, 1999, 832; G. CONTE, *Sul rito applicabile alla controversia tra socio accomandatario e società*, in *RIDL*, 2004, n. 3, 668; V. D'ORONZO, *Sul rito applicabile alle controversie fra società e amministratore*, in *RIDL*, 2002, II, 651; S. LIEBMAN, *Azione di responsabilità nei confronti degli amministratori di s.p.a. e processo del lavoro*, in *RCP*, 1998, 171 ss.

⁽³⁹⁾ La S.C. aveva già sostenuto in precedenza tale principio: cfr. Cass. 2 ottobre 1991 n. 10259, cit.; Cass. 17 giugno 1995 n. 6901, in *LG*, 1996, 341.

⁽⁴⁰⁾ Che non sono stati rinvenuti, ad esempio, nel caso che ha portato alla pronuncia della Pret. Cagliari 26 marzo 1994 n. 902, in *Riv. giur. sarda*, 1994, 463, con nota di S. MAXIA, *Amministratore di società e lavoro parasubordinato*.

⁽⁴¹⁾ In dottrina cfr. P. MARTINELLI, *op. cit.*, 995.

⁽⁴²⁾ Si pensi che all'amministratore, il quale sia anche dipendente della società, generalmente viene attribuita una parte del corrispettivo a titolo di compenso per l'opera di amministratore, senza assoggettamento a contribuzione previdenziale, e una parte a titolo di retribuzione per il

casi del genere vengono sollevate anche altre questioni di un certo rilievo, in quanto, almeno apparentemente, viene meno la tradizionale contrapposizione tra interessi del lavoratore e interessi dell'impresa o, per meglio dire, tra interessi del lavoratore e interessi dell'amministratore in quanto incaricato di perseguire l'interesse dell'impresa⁽⁴³⁾.

Per quanto concerne la posizione assunta, sul punto, dalla giurisprudenza, si può rilevare che essa, in via tendenziale e sotto il profilo teorico, attualmente non esclude la possibilità di un cumulo tra le due posizioni, ma, per evitare fraintendimenti, è opportuno prospettare le diverse vedute che, già a partire dalla metà del secolo scorso, si sono avvicendate sul punto.

La Corte di Cassazione, originariamente, era del parere che le due differenti posizioni fossero tra loro incompatibili⁽⁴⁴⁾, ed era supportata da una parte della dottrina⁽⁴⁵⁾, la quale riteneva che l'amministratore si identificasse con la società in virtù del rapporto di immedesimazione organica, e per tale ragione non potesse, allo stesso tempo, concorrere ad esprimere la volontà della società e rispettare l'obbligo di eseguirne la volontà, in quanto lavoratore della medesima.

In realtà, non mancavano voci contrarie a tale orientamento⁽⁴⁶⁾: esse sottolineavano, in particolare, la circostanza che l'amministratore avrebbe comunque potuto essere sottoposto al potere direttivo di altri membri del consiglio di amministrazione.

lavoro svolto, con applicazione del relativo trattamento fiscale e contributivo. Tale retribuzione è poi assicurata anche in assenza di utili della società, e la posizione dell'amministratore-lavoratore subordinato è nel complesso sicuramente più favorevole, in caso di eventuali procedure concorsuali, rispetto a quella dell'amministratore che non intrattiene alcun rapporto ulteriore con la società. Sul punto cfr. F. ROTONDI, *L'amministratore di società di capitali: natura della prestazione*, in *LG*, 1995, 633; A. ALIBRANDI, *op. cit.*, 1027-1028.

⁽⁴³⁾ Diverso, poi, nonostante sollevi dubbi almeno apparentemente analoghi, è il caso della concomitanza della posizione di lavoratore con quella di socio della medesima società, sul quale la giurisprudenza si è espressa anche di recente (cfr. Cass. 17 novembre 2004 n. 21759, cit.). Tra le pronunce più risalenti cfr. invece Cass. 19 maggio 1987 n. 4586, in *MGC*, 1987; Cass. 14 febbraio 1977 n. 673, in *FI*, 1977, I, 822, le quali escludono la possibilità del cumulo per il socio unico azionista, e infine Cass. 28 ottobre 1983 n. 6413, in *NGL*, 1984, 46, che la esclude per il c.d. socio sovrano o tiranno (ossia per colui che ha fatto della società un proprio strumento, usandola come cosa propria ma non spendendo il proprio nome). In dottrina, sul tema cfr. L. DEGAN, *Il cumulo tra la posizione di lavoratore subordinato e amministratore*, in *LPO*, 2001, 1471 ss.; C. PAGLIERO, *Posizione di socio-amministratore e lavoro dipendente*, in *DPL*, 1992, 2636; A. ALIBRANDI, *op. cit.*, 1028, il quale sottolinea come il problema del socio-amministratore assuma rilevanza essenzialmente nelle società di persone; A. ALIBRANDI, *Ancora sulla posizione del socio amministratore-impiegato nelle società di capitali*, in *AC*, 1994, 124.

⁽⁴⁴⁾ Cfr. Cass. 5 marzo 1954 n. 627, in *FI*, 1955, I, 686; Cass. 2 settembre 1952 n. 2815, in *RDL*, 1952, II, 540.

⁽⁴⁵⁾ Cfr. G. DE SEMO, *Socio amministratore di società e rapporto d'impiego nel sistema del nuovo codice civile*, in *MGL*, 1942, 307; E. CARCANGIU, *Amministratore-impiegato di società*, in *MGL*, 1955, 116; F. FERRANTI, *Incompatibilità tra funzioni amministrative e lavoro subordinato nell'impresa*, in *MGL*, 1956, 73.

⁽⁴⁶⁾ Cfr. A. CESSARI, *Sulla figura dell'amministratore impiegato*, in *Temi*, 1956, 404; M. IANNUZZI, *Sulla compatibilità della qualità di amministratore (e, in particolare, di amministratore delegato) con la qualità di direttore generale di una società*, in *FI*, 1956, I, 139; V. CASSI, *Amministratore di società e lavoratore subordinato*, in *DL*, 1956, II, 325.

L'orientamento della Cassazione è comunque mutato definitivamente con la pronuncia 24 marzo 1956, n. 845 ⁽⁴⁷⁾, la quale ha affermato per la prima volta che il cumulo tra la posizione di amministratore e quella di lavoratore, subordinato in particolare, è ammissibile in linea teorica, pur dovendo essere valutato di volta in volta se nel singolo caso concreto ci si trovi di fronte ad un possibile conflitto di interessi. La dottrina successiva si è poi attestata sulle medesime considerazioni ⁽⁴⁸⁾, e pure la giurisprudenza (di legittimità e di merito), anche di recente, ha più volte ribadito tale convincimento ⁽⁴⁹⁾, pur sottolineando, in alcune occasioni, la criticità, sotto il profilo concettuale, della compatibilità tra le due posizioni ⁽⁵⁰⁾. Da tale criticità vi è inoltre chi ha ritenuto di poter derivare la considerazione secondo la quale la fattispecie in esame andrebbe inquadrata in « un contratto unico: il contratto misto (innominato (...)) di dirigente-amministratore » ⁽⁵¹⁾.

Non condividendo, però, tale teoria « della commistione », in favore di quella « del cumulo », nel caso in cui quest'ultimo avvenga con un rapporto di lavoro di tipo subordinato resta poi da stabilire quale sia la connessione esistente tra le eventuali vicende che possano coinvolgere i due rapporti. Si ritiene che l'esistenza del collegamento non possa comportare, come automatica conse-

⁽⁴⁷⁾ In *FI*, 1956, I, 703, e anche in *GI*, 1957, I, n. 1, 586.

⁽⁴⁸⁾ Cfr. L. MONTUSCHI, *Socio amministratore di società e rapporto di lavoro subordinato*, in *DE*, 1963, 479; F. CAVAZZUTI, *Considerazioni in tema di amministratore impiegato*, in *Riv. Soc.*, 1964, 843; C. GIANNATASIO, *In tema di cumulo delle funzioni di amministratore di una società e di impiegato*, in *GC*, 1964, I, 282; R. FOGLIA, *Socio amministratore di società e lavoro subordinato*, in *DL*, 1964, I, 65; A. ALIBRANDI, *Sulla discussa figura dell'amministratore impiegato nelle società di capitali*, in *AC*, 1977, 917; L. MENGHINI, *L'amministratore della società può essere lavoratore subordinato della stessa?*, in *Le società*, 1982, 774; B. FERRARO, *Amministratore di società e lavoro subordinato*, in *GM*, 1986, 444.

⁽⁴⁹⁾ Cfr., con particolare riferimento alla figura del dirigente, Cass. 3 dicembre 1998 n. 12283, in *MGC*, 1998, 2532; Cass. 7 marzo 1996 n. 1793, in *NGL*, 1996, 713; Trib. Lecco 21 maggio 1996, in *IPrev*, 1996, 1406; Cass. 18 settembre 1995 n. 9864, in *MGC*, 1995, 1662; cfr. poi, più in generale, Cass. 29 gennaio 1998 n. 894, in *DL*, 1999, II, 211; Trib. Milano 20 dicembre 1997, in *OGL*, 1997, 972; Cass. 5 dicembre 1986 n. 7228, in *RFI*, voce *Lavoro (rapporto)*, 1986, 659; Cass. 11 ottobre 1984 n. 5097, in *NGL*, 1985, 262; Pret. Milano 25 febbraio 1985, in *OGL*, 1985, 571.

⁽⁵⁰⁾ Cfr. Pret. Milano 29 maggio 1998, in *LG*, 1998, 1058, la quale ha sottolineato come, sebbene non esista alcuna incompatibilità tra la posizione di socio di una società di persone e quella di lavoratore subordinato della società medesima, il problema della compatibilità si pone, invece, sotto il profilo della coesistenza tra la posizione di lavoratore subordinato e quella di amministratore, in special modo in considerazione della possibilità che la medesima prestazione possa divenire contestualmente oggetto di due differenti rapporti (quello sociale e quello di lavoro subordinato). Pare poi incontrovertibile la posizione secondo la quale sussiste una incompatibilità, in questo caso assoluta, tra il ruolo di socio accomandatario di una società in accomandita semplice (o socio amministratore di una società in nome collettivo o di fatto) e la natura subordinata della collaborazione resa dal soggetto persona fisica a favore della società, non potendo detto soggetto essere dipendente di se stesso: cfr. Pret. Milano 23 gennaio 1996, in *LG*, 1996, 498. Naturalmente diverso, sempre nelle società di persone, il caso in cui l'attività lavorativa sia prestata sotto il controllo gerarchico di altro socio: cfr. Cass. 18 aprile 1994 n. 3650, in *NGL*, 1994, 584; Trib. Reggio Emilia 23 febbraio 1984, in *RIDL*, 1984, II, 730.

⁽⁵¹⁾ F. TESTA, *Il lavoro del dirigente-amministratore: dal cumulo alla commistione delle due attività*, in *DL*, 1999, II, 221.

guenza, l'incidenza delle vicende inerenti un rapporto sull'altro. Così, il licenziamento del dirigente, da un lato, almeno in linea di principio non seguirà necessariamente alla scadenza del termine o alla revoca della carica di amministratore, così come la cessazione della carica di amministratore, dall'altro lato, non potrà essere conseguenza obbligata della cessazione del rapporto di lavoro subordinato. È però accaduto che la giurisprudenza abbia interpretato l'atto di dimissioni dalla carica di consigliere delegato come atto di dimissioni dall'impiego, statuendo che, nel contesto di una duplicità di rapporto, il comportamento della parte fosse significativo su entrambi i fronti ⁽⁵²⁾.

3.1. Più nello specifico, e per analizzare, a titolo esemplificativo, la casistica più ricorrente, è stato sottolineato che, sebbene in astratto la qualità di consigliere delegato (componente di un consiglio di amministrazione formato da una pluralità di persone) non sia incompatibile con l'esistenza di una relazione giuridica di dipendenza, che si concreti nello svolgimento di mansioni differenti rispetto ai normali compiti dell'amministratore, tale natura di subordinazione è da escludersi ogniqualvolta non vi sia un effettivo assoggettamento al potere direttivo, di controllo e disciplinare degli altri componenti dell'organo di amministrazione della società ⁽⁵³⁾.

Il primo aspetto, ossia quello della differenziazione tra le mansioni esercitate in qualità della carica rivestita e quelle svolte in qualità di lavoratore, è sottolineato da molte pronunce ⁽⁵⁴⁾, ma, nella pratica, risulta estremamente difficoltoso distinguere tra le funzioni esercitate per l'una e le mansioni svolte per l'altra, tanto più nei casi in cui il legame con la società sia stato instaurato nel medesimo momento, sia per quanto concerne le attività di amministrazione, sia per quanto concerne le attività di lavoro ⁽⁵⁵⁾. Un caso del genere si era posto, in passato, quando un membro del consiglio di amministrazione di una società era stato nominato consigliere delegato dal collegio medesimo, con attribuzione di specifici poteri e di un compenso pari a quello stabilito per i direttori

⁽⁵²⁾ Cfr. Cass. 10 novembre 1987 n. 8279, cit.

⁽⁵³⁾ Cfr. App. Milano 27 settembre 2002, in *OGI*, 2002, I, 492; Cass. 24 maggio 2000 n. 6819, in *MGC*, 2000, 1104; Trib. Roma 23 ottobre 2000, in *MGL*, 2001, 33.

⁽⁵⁴⁾ Cfr. Cass. 26 ottobre 1996 n. 9368, in *MGC*, 1996, 1443; Pret. Milano 22 ottobre 1997, in *LG*, 1998, 326; Pret. Brescia 24 settembre 1997, in *LG*, 1998, 423; Cass. 11 novembre 1993 n. 11119, in *AC*, 1994, 124, con nota di A. ALIBRANDI, *Ancora sulla posizione del socio amministratore-impiegato nelle società di capitali*.

⁽⁵⁵⁾ Il problema è poi particolarmente sentito allorché si debba determinare la disciplina previdenziale applicabile: cfr. L. CARBONE, *op. cit.*, 522. Se, infatti, non dovrebbero sorgere difficoltà nel caso, peraltro raro, di un medico che risulti anche amministratore di una società metalmeccanica (visto che il suo reddito sarebbe assimilabile a quello da lavoro dipendente), così come per il commercialista che sia anche amministratore di una società (il cui reddito sarebbe assoggettabile alla disciplina prevista per i lavoratori autonomi), la questione potrebbe farsi davvero intricata in tutti i casi di svolgimento di attività « di confine ». Sui temi connessi a quest'ultimo cfr. anche M. MANCUSI, M. NASTRI, *Compensi spettanti agli amministratori di società qualificabili come redditi assimilati a quelli di lavoro dipendente - Periodo d'imposta in cui sono deducibili*, in *Il Fisco*, 2002, 5574.

amministrativi. La Cassazione ⁽⁵⁶⁾ ha statuito che « le funzioni e le responsabilità di amministratore di una società per azioni e quelle di direttore generale, anche se affidate alla stessa persona, sono concettualmente diverse, l'una consistendo nella gestione dell'impresa, l'altra nell'esecuzione, seppure al più elevato livello, delle disposizioni generali impartite nel corso di tale gestione, a nulla rilevando che al direttore generale possano essere affidati compiti di contenuto analogo a quelli incombenti sugli amministratori, sì che in concreto risulti difficoltoso ricollegare un atto all'una o all'altra funzione. Ne consegue che, ove nella stessa persona si cumulino le funzioni di amministratore e di direttore generale, s'instaurano due distinti rapporti, rispettivamente di amministrazione e di lavoro subordinato ». È poi interessante notare quanto ha statuito la giurisprudenza francese a riguardo ⁽⁵⁷⁾, in quanto il ragionamento giuridico utilizzato può sicuramente essere « importato » nel nostro ordinamento. È stato infatti sottolineato che la carica di amministratore è compatibile con l'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato, se le attività svolte rispettivamente per l'una e per l'altro sono completamente diverse, e a patto che le due attività vengano entrambe effettivamente portate a termine. In caso contrario, si potrebbe presumere che il contratto di lavoro sia stato stipulato unicamente per avere accesso ai benefici previdenziali riconnessi alla posizione di lavoratore subordinato.

L'aspetto più rilevante cui prestare attenzione rimane comunque quello inerente l'assoggettamento dell'amministratore-lavoratore al potere direttivo (quantomeno con indicazioni di massima) e disciplinare da parte di altri organi della società, con la contemporanea privazione di autonomi poteri decisionali ⁽⁵⁸⁾ e la netta distinzione dei due centri di interesse (amministratore e società). In mancanza di tale assoggettamento, è stato addirittura sostenuto che « l'osservanza di un determinato orario di lavoro e la percezione di una regolare retribuzione non sono sufficienti da sole a far ritenere la sussistenza del rapporto di lavoro subordinato » ⁽⁵⁹⁾.

È così intuitivo che il vincolo della subordinazione non può sussistere né quando l'amministratore della società sia unico e svolga da solo tutti i poteri di

⁽⁵⁶⁾ Cfr. Cass. 10 novembre 1987 n. 8279, in *OGI*, 1988, 359, con nota di M. DI RUOCCO, *Cumulo di cariche sociali e lavoro subordinato: osservazioni a cassazione 10 novembre 1987 n. 8279*.

⁽⁵⁷⁾ Cfr. B. DE DONNO, *Il problema della compatibilità tra carica di amministratore e rapporto di lavoro subordinato nell'ordinamento francese e in quello italiano*, nota a Cour de Cassation 19 février 1986 (Ramelli c. Villette e M.me Stauffer c. Villette), in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1987, II, 407 ss.

⁽⁵⁸⁾ Cfr. Cass. 24 maggio 2000 n. 6819, cit.; Cass. 17 febbraio 2000 n. 1791, in *MGC*, 2000, 369; Cass. 10 febbraio 2000 n. 1490, in *MGC*, 2000, 292; Cass. 14 gennaio 2000, n. 381, in *MGC*, 2000, 903; Cass. 19 aprile 1999 n. 3886, in *MGC*, 1999, 885; Cass. 8 febbraio 1999 n. 1081, in *MGC*, 1999, 292, e in *NGL*, 1999, 291; Cass. 3 dicembre 1998 n. 12283, cit.; Cass. 6 aprile 1998 n. 3527, in *MGC*, 1998, 737; Cass. 14 maggio 1991 n. 5358, in *AC*, 1991, 1027, con nota di A. ALIBRANDI, *Sulla posizione dell'amministratore-impiegato nelle società di capitali*, cit. In dottrina cfr. F. ROTONDI, *op. cit.*

⁽⁵⁹⁾ Cfr. Cass. 15 febbraio 1985 n. 1316, in *MGC*, 1985, fasc. 2, citata anche da D. GUIDI FEDERZONI, *Amministratore di società di capitali e lavoro subordinato*, in *DL*, 1990, II, 240.

gestione, comando e disciplina ⁽⁶⁰⁾, né quando l'amministratore sia anche socio e gli siano attribuiti (unitamente e disgiuntamente agli altri soci) i poteri di ordinaria amministrazione della società, nell'ambito dei quali rientra l'esercizio del potere gerarchico ⁽⁶¹⁾, né quando il socio di una società di capitali partecipi (direttamente o indirettamente) al capitale sociale in una misura capace di assicurarli, da sola, la maggioranza richiesta per la validità delle deliberazioni assembleari ⁽⁶²⁾, nè, da ultimo, quando sia provato che un soggetto, sia pur formalmente assunto in qualità di dipendente, abbia operato come amministratore di fatto, estromettendo completamente l'amministratore (o gli amministratori) di diritto dalla conduzione dell'ente ⁽⁶³⁾.

Di converso, è stato altresì statuito che la qualifica di amministratore unico di una s.r.l. non impedisce il riconoscimento del rapporto di lavoro subordinato, quando venga accertato che tutte le funzioni proprie del legale rappresentante sono in realtà svolte da un altro soggetto (nella fattispecie, uno dei soci), mentre l'amministratore unico svolge mansioni del tutto diverse e riconducibili a quelle di un lavoratore subordinato, in rapporto di subordinazione rispetto al predetto socio ⁽⁶⁴⁾.

La situazione si presenta più complessa quando l'amministratore è anche presidente del consiglio di amministrazione. La Cassazione, orientata in un primo tempo ad escludere la compatibilità della qualifica di lavoratore subordinato con tale carica ⁽⁶⁵⁾, successivamente ha assunto un atteggiamento più aperto, ammettendo il cumulo in presenza delle condizioni richieste in via generale per la configurabilità del rapporto di lavoro subordinato tra amministratore e società. Tale apertura è condivisibile anche sulla base della considerazione che il presidente del consiglio di amministrazione non ha di fatto alcuna posizione di preminenza nei confronti degli altri membri del consiglio, per quanto concerne la formazione della volontà sociale, svolgendo una funzione di mero coordinamento che, nel singolo caso concreto, potrebbe anche risolversi in una situazione di subordinazione di fatto agli altri consiglieri ⁽⁶⁶⁾.

⁽⁶⁰⁾ Cfr. Cass., sez. un., 3 aprile 1989 n. 1589, in *IPrev*, 1989, 1220, e in *DL*, 1990, II, 235, con nota di D. GUIDI FEDERZONI, *op. cit.*

⁽⁶¹⁾ Cfr. Trib. Varese 20 aprile 1995, in *IPrev*, 1995, 954.

⁽⁶²⁾ Cfr. Cass. 19 aprile 1999 n. 3886, cit.; Cass. 19 maggio 1987 n. 4586, cit. Ma su questo punto cfr. anche Cass. 17 novembre 2004 n. 21759, cit., secondo la quale ciò vale soltanto se « in quel caso, colto nella sua irripetibile specificità, dalla volontà del socio di maggioranza venivano di fatto ad essere assunte tutte le decisioni di gestione e, in particolare, quelle concernenti la gestione del rapporto di lavoro », e non, invece, se ciò va inteso nel senso che « per il socio, la misura della sua partecipazione al capitale sociale possa di per sé costituire elemento di incompatibilità con la subordinazione lavorativa nei riguardi della società, in quanto sostanzialmente fonte di una presunzione di trasformazione della stessa società in strumento di gestione individuale dell'impresa ».

⁽⁶³⁾ Cfr. Trib. Torino 14 febbraio 2002, in *GI*, 2002, 1012, e anche in *GPiem*, 2002, 293.

⁽⁶⁴⁾ Cfr. Pret. Roma 13 giugno 1997, in *LG*, 1998, 53, con nota di F.M. GALLO, *Amministratore unico di srl e rapporto subordinato*.

⁽⁶⁵⁾ Cfr. Cass. 14 giugno 1957 n. 2257, in *RFI*, voce *Lavoro*, 1957, n. 151.

⁽⁶⁶⁾ Cfr. S. MAXIA, *Amministratore di società e lavoro subordinato*, in *Riv. giur. sarda*, 1991, 805-806. Sul problema cfr. poi D. GUIDI FEDERZONI, *op. cit.*, 241 ss.

Infine, alcune pronunce si concentrano sul problema dell'onere della prova dell'esistenza di un rapporto di lavoro tra amministratore e società, non soltanto statuendo che la sussistenza della subordinazione tra l'amministratore delegato ed il consiglio di amministrazione debba essere concretamente provata da colui che intenda far valere tale rapporto di lavoro ⁽⁶⁷⁾, ma anche che tale onere debba essere assolto in maniera rigorosa, soprattutto quando l'attività svolta sia di elevata qualificazione professionale ⁽⁶⁸⁾. È stato così statuito che non è « sufficiente allegare e provare in termini generici l'avvenuto assoggettamento alla direzione e vigilanza del consiglio di amministrazione, ma occorre dedurre e provare in dettaglio che le singole concrete scelte dell'amministratore-direttore generale erano espressione delle direttive programmatiche in concreto elaborate dal consiglio di amministrazione e che questo verificava e controllava l'operato del primo, in una posizione di supremazia rispetto ad esso » ⁽⁶⁹⁾.

4. Si è fatto riferimento ⁽⁷⁰⁾ ad una serie di questioni di ordine secondario, in qualche modo riconnesse a quello in esame, e per questo meritevoli di qualche breve cenno.

Pare così opportuno sottolineare che, ove dovesse venirsi a creare, in capo ad un medesimo soggetto, la cennata sovrapposizione di posizioni (amministratore-lavoratore), potrebbero altresì manifestarsi, in capo all'amministratore, situazioni di vero e proprio conflitto di interessi ⁽⁷¹⁾. Si pensi, in via meramente teorica ed esemplificativa, alla necessità di avviare le procedure per un licenziamento collettivo, o anche soltanto alla scelta di intraprendere, con le diverse modalità recentemente consentite dalla legge, processi di esternalizzazione, ove non addirittura di trasferimento d'azienda (o di un suo ramo): potrebbe darsi il caso in cui l'amministratore, che intrattiene anche un rapporto di lavoro subordinato con la società, si trovi tra i soggetti potenzialmente « a rischio ». Oppure ancora si pensi al caso in cui l'amministratore, legato alla società anche da un contratto di agenzia, concluda con soggetti terzi un contratto dal quale ricavi una percentuale di guadagno rilevante ⁽⁷²⁾. Naturalmente le possibilità prospettabili sono innumerevoli.

Ci si chiede, così, se in questi casi debba applicarsi la nuova disciplina di cui all'articolo 2391 c.c., secondo la quale « L'amministratore deve dare notizia agli altri amministratori e al collegio sindacale di ogni interesse che, per conto

⁽⁶⁷⁾ Cfr. Trib. Bologna 10 luglio 2002, in *LG*, 2003, 860; Cass. 8 febbraio 1999 n. 1081, cit.

⁽⁶⁸⁾ Cfr. Trib. Milano 29 ottobre 2001, in *Giur. Milanese*, 2002, 331.

⁽⁶⁹⁾ Cfr. Trib. Cagliari 6 giugno 1991, in *Riv. giur. sarda*, 1991, 803, con nota di S. MAXIA, *Amministratore di società e lavoro subordinato*.

⁽⁷⁰⁾ Cfr. § 3.

⁽⁷¹⁾ Sul tema, per la dottrina giuscommerciale, cfr. P. MONTALENTI, *Il conflitto di interessi nella riforma del diritto societario*, Relazione svolta al Convegno di studi su *Le grandi opzioni della riforma del diritto e del processo societario*, Padova-Abano Terme, 5-7 giugno 2003, in *RDC*, 2004, fasc. 2, pt. 2, 243-255.

⁽⁷²⁾ Cfr. C. MACRÌ, *Interessi degli amministratori*, in G. SCOGNAMIGLIO (a cura di), *op. cit.*, 140.

proprio o di terzi, abbia in una determinata operazione della società, precisandone la natura, i termini, l'origine e la portata; se si tratta di amministratore delegato, deve altresì astenersi dal compiere l'operazione, investendo della stessa l'organo collegiale. Nei casi previsti dal precedente comma la deliberazione del consiglio di amministrazione deve adeguatamente motivare le ragioni e la convenienza per la società dell'operazione». La risposta pare essere positiva, e la questione si mostra in tutta la propria rilevanza ove si consideri che, nella pratica, le ipotesi di esternalizzazione non riguardano più soltanto quelle attività che, in un'impresa, vengono svolte da lavoratori con mansioni medio-basse, ma interessano, sempre più spesso, pure quelle esercitate da chi è incaricato di mansioni di alto livello. È poi importante notare che, se nella disciplina anteriore alla riforma era obbligatorio dichiarare solo gli interessi confliggenti, ora è necessario che l'amministratore denunci l'esistenza di un qualsiasi interesse nell'operazione sulla quale è tenuto a decidere: le nuove prescrizioni normative appaiono quindi in un certo qual modo più severe, posto che l'amministratore delegato, in particolare, vede una effettiva sospensione dei suoi poteri, senza che debba essere operata alcuna valutazione della eventuale conflittualità dei suoi interessi con quelli societari. Anzi: come è stato opportunamente rilevato, l'amministratore sarà tenuto a dichiarare il proprio interesse anche ove quest'ultimo sia neutro, o addirittura conforme a quello della società⁽⁷³⁾, il che potrebbe essere tutt'altro che raro, nel caso dell'amministratore-lavoratore.

Nonostante la previsione degli obblighi di comunicazione appena richiamati, il legislatore non ha però predisposto sanzioni sufficientemente gravi, per il caso del loro inadempimento. L'omissione in sé della comunicazione, infatti, non comporterà alcuna responsabilità personale dell'amministratore, a meno che non si verifichi un elemento ulteriore, ossia quello del danno attuale per la società. La questione che qui si pone porta così a chiedersi se la società possa, in qualità di datrice di lavoro dell'amministratore che svolge al suo interno anche un'attività di lavoro subordinato, imputare la mancata comunicazione dell'interesse in una data operazione a giusta causa di licenziamento (a prescindere da qualsiasi azione di responsabilità). Il problema non è del tutto irrilevante, soprattutto ove si consideri che, data la mancanza di una sanzione diretta per l'inadempimento dell'obbligo di comunicazione, molti amministratori, quanto meno per non intralciare il regolare e rapido andamento dell'attività, nei casi in cui l'interesse non è poi così evidente probabilmente si asterranno dalle dichiarazioni di loro competenza.

Andrebbero poi considerati con maggiore attenzione i problemi connessi alla figura dell'amministratore unico⁽⁷⁴⁾, posto che, almeno finora, a far data dalla Riforma delle società del 2003, in ben pochi casi ci si è « avventurati » verso il modello monistico o verso quello dualistico, e la scelta è stata per lo più orientata sul modello tradizionale, che prevede appunto tale figura. In propo-

(73) Cfr. ancora C. MACRÌ, *op. cit.*, 138.

(74) Cui si è fatto brevemente riferimento: cfr. § 3.1.

sito, ci si chiede cosa potrebbe accadere se un dipendente divenisse amministratore unico, non apparendo esaustive, sul punto, le elaborazioni fornite dalla dottrina giuscommercialista ⁽⁷⁵⁾. Probabilmente ci si dovrà limitare a valutare la circostanza che, in casi del genere, viene svolta, in concreto, un'attività di lavoro subordinato, con la conseguenza che il rapporto di fatto dovrà essere comunque preservato ⁽⁷⁶⁾.

Il rapporto di amministrazione nella riforma del diritto societario e del lavoro — Riassunto —
Posto che tra amministratore e società può sussistere sia un rapporto avente ad oggetto lo svolgimento di funzioni gestorie, sia un rapporto di lavoro, la figura dell'amministratore di società viene analizzata da due diverse prospettive: in primo luogo, nell'ambito del d.lgs. n. 6/2003, di riforma del diritto societario, al cui interno vengono individuati i profili di interesse lavoristico. Da un'altra ottica, invece, tenendo conto delle norme di cui al d.lgs. n. 276/2003. Il primo problema in concreto analizzato inerisce la natura giuridica del rapporto di amministrazione, in relazione al quale vengono prese in considerazione le diverse posizioni dottrinali avvicendatesi dalla metà del secolo scorso in avanti. Anche gli orientamenti della giurisprudenza vengono richiamati, in quanto, in materia, essi hanno assunto un ruolo di primo piano. Un ulteriore problema toccato è poi quello della cumulabilità della posizione di amministratore con quella di lavoratore della società, e anche su questo aspetto viene analizzata la casistica più ricorrente, dato il ruolo fondamentale assunto dall'elaborazione dei giudici di legittimità e di merito.

The relation between administrators and undertakings in the perspectives of company law reform and labour law reform (Article in Italian) — Summary —
Considering that the relation between an administrator and an undertaking implies a managerial function but also an employment relationship, this paper analyses the role of the company administrator in two different perspectives: on the one hand, in relation to Legislative Decree No. 6/2003, the company law reform, that deals with employment matters, and on the other hand, in relation to the provisions laid down by Legislative Decree No. 276/2003. The first problem analysed concerns the juridical nature of the relation between administrators and undertakings, with an examination of the various scholarly opinions put forward from the mid-twentieth century onwards. Reference is also made to case law, since it has played a fundamental role in this area. A further problem examined is how the role of administrator can be reconciled with that of company employee, and once again the most significant case law is discussed, given the fundamental role of the courts with regard to matters of law and of fact.

⁽⁷⁵⁾ Cfr. A. BAUDINO, *Gli amministratori di società per azioni e a responsabilità limitata*, cit., 15 ss.

⁽⁷⁶⁾ F. TESTA, *op. cit.*, 214.

La disciplina delle invenzioni nel nuovo « Codice della proprietà industriale »

Giuseppe Pellacani

Sommario: **1.** Premessa. — **2.** La disciplina delle invenzioni del dipendente. La conferma della tripartizione delle tipologie di invenzioni nell'articolo 64 del decreto legislativo n. 30/2005: invenzioni di servizio, invenzioni d'azienda e invenzioni occasionali. — **3.** La distinzione fra invenzioni di servizio e invenzioni d'azienda. — **4.** L'equo premio. — **5.** La determinazione dell'equo premio. — **6.** Le invenzioni dei ricercatori delle università e degli enti pubblici di ricerca. — **7.** Questioni processuali: la competenza in materia di invenzioni del dipendente. — **8.** L'arbitrato per la determinazione del premio, canone o prezzo.

1. Il decreto legislativo 10 febbraio 2005, n. 30 (Codice della proprietà industriale, d'ora innanzi per brevità *c.p.i.*), in vigore dal 19 marzo 2005 (con la sola eccezione di alcune disposizioni di carattere procedurale che entreranno in vigore solo dopo sei mesi — v. articolo 245), provvede al riassetto delle disposizioni in materia di proprietà industriale, con un intervento ampio (ben 246 articoli) ed articolato ⁽¹⁾, che interessa anche la disciplina delle invenzioni dei dipendenti — e ora, in base all'articolo 65 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, anche dei collaboratori a progetto ⁽²⁾ — nonché dei ricercatori universitari e degli enti pubblici di ricerca.

Per i predetti soggetti il contesto normativo di riferimento è dunque oggi rappresentato dagli articoli 64 e 65 del decreto legislativo n. 30/2005, che sostituiscono — peraltro sostanzialmente ricalcandone i contenuti, pur con alcune rilevanti novità — gli articoli 23 e seguenti del regio decreto 29 giugno 1939, n. 1127 (l. inv.), ora espressamente abrogati nonché l'articolo 34 del d.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3 (Testo unico sul pubblico impiego), peraltro applicabile, già dal 1993, ai soli dipendenti esclusi dalla privatizzazione (arti-

(*) Giuseppe Pellacani è professore straordinario di Diritto del lavoro presso l'Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia.

⁽¹⁾ V. L.C. UBERTAZZI, *Osservazioni preliminari sul codice della proprietà industriale*, in L.C. UBERTAZZI (a cura di), *Il codice della proprietà industriale*, Quaderni AIDA, n. 11, Giuffrè, Milano, 2004, 3 ss.

⁽²⁾ Anche in precedenza, pur in mancanza di un'espressa disposizione in tal senso, si riteneva per lo più che la disciplina sulle invenzioni potesse trovare applicazione nei confronti dei collaboratori coordinati e continuativi (in tal senso M.N. BETTINI, *Le invenzioni del lavoratore*, in G. AMOROSO, V. DI CERBO, A. MARESCA (a cura di), *Il diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2004, vol. I, 1359; in parte M. MARTONE, *Contratto di lavoro e « beni immateriali »*, Cedam, Padova, 2000, 87). Per l'applicazione ad un contratto di agenzia v. App. Bari 21 gennaio 2003, in *RDI*, 2004, II, 258.

colo 246, comma 1, lettera *a*) e lettera *g*), decreto legislativo n. 30/2005) con l'eccezione, oltretutto, dei ricercatori universitari per i quali già dal 2001 è stata introdotta una norma specifica, l'articolo 24-*bis*, l. inv.

Come si accennava, sotto il profilo della disciplina sostanziale le modifiche rispetto al passato non sono numerose, ma non per questo può dirsi che siano di scarso rilievo. Gli articoli 64 e 65 del decreto n. 30/2005 ricalcano infatti sostanzialmente gli abrogati articoli 23-26, l. inv., riproponendo la distinzione fra le tre tipologie di invenzioni (di servizio, d'azienda ed occasionali) ed i rispettivi regimi in ordine alla titolarità del brevetto e ai diritti del lavoratore. Gli interventi innovativi, peraltro, sono diversi e piuttosto rilevanti e si sostanziano nelle seguenti precisazioni e correzioni:

— completa ed espressa unificazione della disciplina per datori di lavoro privati e pubbliche amministrazioni, con la sola eccezione delle università e degli enti di ricerca;

— esplicita previsione della necessità del conseguimento del brevetto da parte del datore di lavoro quale presupposto di insorgenza del diritto all'equo premio in caso di invenzione d'azienda;

— conferma dell'irrilevanza della eventuale pronuncia di nullità del brevetto sui pagamenti effettuati *medio tempore* dal datore di lavoro a titolo di equo premio, canone o prezzo;

— ridefinizione dei criteri di determinazione dell'equo premio;

— esclusione dalla disciplina legale (attribuzione del brevetto al ricercatore inventore) per le invenzioni universitarie che siano il frutto di ricerche finanziate da soggetti esterni;

— qualificazione del diritto del datore di lavoro come diritto di opzione e non più di prelazione in caso di invenzione occasionale realizzata dal proprio dipendente.

Novità molto incisive — come si dirà — riguardano poi gli aspetti della tutela processuale e dell'arbitrato.

La disciplina in esame, si ricorda infine, si applica non solo alle invenzioni brevettabili ma anche ai modelli di utilità (per effetto del rinvio contenuto nell'articolo 86, comma 2, *c.p.i.*), alle topografie dei prodotti a semiconduttori (per effetto del rinvio contenuto nell'articolo 89, comma 2, *c.p.i.*), alle nuove varietà vegetali (per effetto del rinvio contenuto nell'articolo 111, comma 2, *c.p.i.*) ⁽³⁾.

Regole diverse valgono invece per:

— i disegni e modelli di prodotti o di parti di prodotto, industriale o artigianale anche complesso, ai sensi dell'articolo 31 *c.p.i.*, la cui registrazione — quando gli stessi siano opera di dipendenti, e l'opera rientri tra le loro mansioni —

⁽³⁾ Per le topografie dei prodotti a semiconduttori e per le nuove varietà vegetali i rispettivi articoli richiamano solo l'art. 64, dunque la disciplina generale delle invenzioni dei dipendenti, non anche quella speciale e derogatoria per i ricercatori delle università ed amministrazioni pubbliche. Le ragioni di siffatta esclusione non sono agevolmente comprensibili (C. GALLI, *Le invenzioni dei dipendenti nel progetto di codice della proprietà industriale*, in L.C. UBERTAZZI (a cura di), *op. cit.*, 3 ss.).

spetta al datore di lavoro, fermo restando il diritto del dipendente di essere riconosciuto come autore e di fare inserire il suo nome nell'attestato di registrazione (articolo 38, comma 3, *c.p.i.*);

— i disegni industriali rientranti nelle opere dell'ingegno tutelate dal diritto d'autore, i cui diritti esclusivi di utilizzazione economica, se si tratta di opere create dal lavoratore dipendente nell'esercizio delle sue mansioni, appartengono al datore di lavoro (articolo 12-*ter* della legge sul diritto d'autore, legge 22 aprile 1941, n. 633);

— il *software* e le banche dati, inquadrati nelle opere dell'ingegno e regolati dalla legge sul diritto d'autore (legge 22 aprile 1941, n. 633), la quale attribuisce al datore di lavoro il diritto esclusivo di utilizzazione economica del programma per elaboratore o della banca di dati creati dal lavoratore dipendente nell'esecuzione delle sue mansioni o su istruzioni impartite dallo stesso datore di lavoro (articolo 12-*bis* della legge).

2. L'articolo 64 *c.p.i.* — che sostituisce gli articoli 23, 24, 25 e 26, l. inv., e 34, d.P.R. n. 3/1957 — prevede una disciplina delle invenzioni del dipendente comune a tutti i datori di lavoro privati e pubblici. I termini in passato utilizzati (« azienda privata » e « amministrazione pubblica ») vengono sostituiti con la dizione « datore di lavoro » e, oltre agli articoli della legge invenzioni, viene altresì abrogato l'articolo 34, d.P.R. n. 3/1957 (articolo 246, comma 1, lettera *a*) e lettera *g*), decreto legislativo n. 30/2005).

Per il resto la disciplina non risulta innovata *funditus* e nel *c.p.i.* viene riproposta la tradizionale tripartizione delle invenzioni del dipendente — cui corrisponde un triplice regime di tutela — in:

a) invenzioni di servizio. Si tratta della figura dell'inventore-dipendente, ossia del lavoratore al quale sia affidato contrattualmente, fin dall'inizio o nel corso del rapporto, lo specifico compito di svolgere attività inventiva.

Qualora si ricada nella predetta situazione, ovvero — secondo la formula utilizzata dall'articolo 64, comma 1 — quando « l'attività inventiva » sia « prevista come oggetto del contratto o del rapporto e a tale scopo retribuita, i diritti derivanti dall'invenzione stessa appartengono al datore di lavoro », e al lavoratore non spetta nulla se non il riconoscimento del diritto morale di essere riconosciuto autore dell'invenzione (articolo 62 *c.p.i.*);

b) invenzioni d'azienda. Riprendendo in parte elementi testuali del comma precedente, con una formulazione che in più punti suona ridondante, il comma 2 dell'articolo 64 opera — o meglio, tenta di operare — una distinzione all'interno del *genus* costituito dalle invenzioni realizzate « nell'esecuzione o nell'adempimento di un contratto o di un rapporto di lavoro », riservando uno speciale trattamento a quelle, fra le predette invenzioni, che costituiscano il risultato di un'attività non dovuta o che, pur essendo state considerate quale esito programmato della prestazione lavorativa, non siano state fatte oggetto di apposito corrispettivo.

Dispone, in particolare, la norma richiamata che, « se non è prevista e stabilita una retribuzione, in compenso dell'attività inventiva, e l'invenzione è fatta nell'esecuzione o nell'adempimento di un contratto o di un rapporto di lavoro

o di impiego, i diritti derivanti dall'invenzione appartengono al datore di lavoro, ma all'inventore, salvo sempre il diritto di esserne riconosciuto autore, spetta un equo premio, per la determinazione del quale si terrà conto dell'importanza dell'invenzione »;

c) invenzioni occasionali. L'ipotesi, ora disciplinata dall'articolo 64, comma 3, *c.p.i.* — e che corrisponde a quella già prevista dall'articolo 24, l. inv. — ricorre quando l'invenzione sia realizzata al di fuori dell'orario di lavoro e riguardi aspetti del tutto estranei all'obbligazione lavorativa, pur se rientranti nella sfera di attività dell'azienda (4). Quanto alla disciplina, la legge prevede che l'invenzione appartenga al lavoratore, ma che il datore di lavoro possa esercitare un diritto — che oggi correttamente l'articolo 64 qualifica come *opzione*, e non più come diritto di prelazione — dietro versamento di un canone o del prezzo. Per questa figura le novità più rilevanti — oltre alla cennata riqualificazione del diritto del datore di lavoro come opzione — sono rappresentate: a) dalla parziale ridefinizione dei presupposti per l'insorgenza di tale diritto, oggi riferito alle invenzioni industriali rientranti nel campo di attività del datore di lavoro e non più dell'azienda cui è addetto l'inventore. Con ciò, dovrebbero essere del tutto superate le letture restrittive che ritenevano applicabile la norma solo alle invenzioni attinenti al ramo d'azienda cui era addetto il lavoratore (5); b) dalla riduzione, per il datore di lavoro, dei tempi di decisione per l'esercizio del diritto di opzione. Quest'ultimo dovrà infatti essere esercitato entro tre mesi dalla data di ricevimento della comunicazione dell'avvenuto deposito della domanda di brevetto, e non più dal suo conseguimento.

Nessuna modifica, infine, interessa l'abrogato articolo 26, ora trasposto nel comma 6 dell'articolo 64 *c.p.i.*, secondo cui « si considera fatta durante l'esecuzione del contratto o del rapporto di lavoro o d'impiego l'invenzione industriale per la quale sia chiesto il brevetto entro un anno da quando l'inventore ha lasciato l'azienda privata o l'amministrazione pubblica nel cui campo di attività l'invenzione rientra ».

3. L'aspetto più critico e sul quale fino ad oggi si è registrato il maggiore contenzioso è rappresentato dalla distinzione fra le prime due figure, ossia fra invenzioni di servizio e d'azienda. Solo quando ricorra quest'ultima situazione, infatti, al lavoratore spetta un equo premio, commisurato all'importanza dell'invenzione.

Su tale aspetto, peraltro, sorprendentemente, il *c.p.i.* non interviene lasciando aperta una *querelle* che si trascina da tempo e che solo recentemente, dopo un lungo e vivace dibattito dottrinale e giurisprudenziale, pare aver trovato un assetto abbastanza stabile.

Volendo ripercorrere brevemente l'anzidetto dibattito, può dirsi che le soluzioni finora proposte appaiono essenzialmente riconducibili a due orienta-

(4) V. Cass. 6 novembre 2000 n. 14439, in *MGL*, 2000, 1189, con nota di G. PELLACANI.

(5) V. A. VANZETTI, V. DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, Giuffrè, Milano, 2003, 378-379.

menti, ognuno dei quali caratterizzato, peraltro, da un significativo numero di variabili, sfumature e puntualizzazioni.

Secondo una *prima opinione*, condivisa dalla prevalente dottrina e — almeno fino alle più recenti decisioni del Supremo Collegio — da larga parte della giurisprudenza, il connotato distintivo fra invenzioni di servizio e invenzioni d'azienda sarebbe individuabile *esclusivamente* nell'oggetto dell'obbligazione del lavoratore.

Più precisamente, il comma 1 e il comma 2 dell'articolo 23, l. inv. (oggi tradotto pressoché testualmente nell'articolo 64, decreto legislativo n. 30/2005) disciplinerebbero due ipotesi che si differenziano sotto il profilo della prestazione dedotta in contratto. Quest'ultima solo nel primo caso — invenzione di servizio — ricomprenderebbe l'attività inventiva, mentre nel secondo — invenzione d'azienda — l'eventuale risultato inventivo si porrebbe in rapporto di mera occasionalità con il *facere* pattuito ⁽⁶⁾.

L'attenzione, in sede interpretativa, si concentra allora sull'elemento costituito dalla prestazione dovuta, per verificare se in contratto o successivamente sia stato pattuito un obbligo inventivo, mentre si nega qualsiasi rilievo alla previsione o meno di un'apposita retribuzione per tale obbligo.

Secondo tale orientamento, in altri termini, perché si rientri nell'ipotesi disciplinata dall'articolo 23, comma 1, occorre che la prestazione del dipendente consista in un'attività inventiva, ed in particolare nel perseguimento di risultati brevettabili, in vista dei quali il lavoratore è stato assunto (deve essere rinvenibile un'espressa previsione contrattuale, o un patto aggiunto, in base a cui l'attività inventiva risulti ricompresa tra le mansioni svolte dal lavoratore e sia stata dalle parti considerata come la ragione stessa del rapporto). Si ricade pertanto nel comma 1 (invenzione di servizio) quando le mansioni del lavoratore siano potenzialmente idonee a produrre invenzioni (il caso tipico è quello del responsabile del laboratorio di ricerca) o quando il lavoratore abbia ricevuto un espresso incarico inventivo e nel comma 2 (invenzione d'azienda) solo quando « l'invenzione è frutto di un'attività inventiva svolta occasionalmente » ⁽⁷⁾.

L'elemento distintivo, in conclusione, sarebbe quindi rappresentato in via pressoché esclusiva dall'oggetto dell'obbligazione del dipendente, mentre nessun rilievo viene accordato alla esistenza o meno di una retribuzione *ad hoc*.

Più esattamente, secondo questo indirizzo, la previsione o meno di un apposito corrispettivo non assumerebbe mai carattere determinante e potrebbe al limite

⁽⁶⁾ V. Cass. 5 dicembre 1985 n. 6117, in *GADI*, 1985, 1852, e in *NGCC*, 1986, I, 556; Cass. 16 gennaio 1979 n. 329, in *FI*, 1979, I, 1416.

⁽⁷⁾ A tale fine si debbono valutare il contratto di lavoro, le vicende successive del rapporto ed in particolare le eventuali modificazioni dell'originario patto lavorativo che siano intervenute. Cfr. Cass. 6 marzo 1992 n. 2732, in *DL*, 1993, II, 139, con nota di M.N. BETTINI; Cass. 23 aprile 1979 n. 2276, in *MGL*, 1981, 196; cfr. Cass. 2 aprile 1990 n. 2646, in *GADI*, 1990, 53 ss.; Cass. 5 dicembre 1985 n. 6117, cit.; v. anche Cass. 5 marzo 1993 n. 2711, in *RDI*, 1993, II, 314; Cass. 23 maggio 1991 n. 5803, in *MGL*, 1991, 419 ss.; Pret. Bergamo 4 gennaio 1991; Pret. Milano 10 novembre 1984, in *LP*, 1985, 159; Trib. Milano 30 ottobre 1982, in *OGI*, 1982, 235.

costituire esclusivamente uno degli indici — non esclusivo né prevalente — utilizzabili al fine della qualificazione della fattispecie, ben potendo siffatta previsione « essere speciale pur in assenza di un'attività inventiva siccome non dedotta nel contratto, e potendo altresì sussistere di fatto in misura non speciale pur in presenza di un'attività di ricerca dovuta per contratto » (8).

Le decisioni in esame sembrano quindi dare per scontato che qualora il risultato inventivo sia previsto quale oggetto del contratto — ovvero le mansioni siano inventive — la retribuzione prevista valga a coprirlo. Ma, proprio per tale ragione, si impone un particolare rigore in sede di individuazione dell'oggetto del contratto, potendosi ritenere che l'invenzione rientri nel *facere* pattuito solo qualora la stessa costituisca il risultato atteso dal datore di lavoro. Secondo un *diverso e più recente orientamento della Suprema Corte* ciò che rileva *non è invece solamente (o tanto) la previsione o meno di un'attività inventiva* intesa quale attività potenzialmente idonea a produrre invenzioni, bensì la considerazione o meno del risultato inventivo e la previsione *ex ante* di *un adeguato compenso* quale corrispettivo per l'acquisto dei diritti ad esso relativi da parte del datore di lavoro.

L'indagine dell'interprete non è più volta esclusivamente a verificare il tipo di attività prestata. Il grado di probabilità di realizzazione del risultato inventivo in relazione alle mansioni contrattuali perde significato; ciò che assurge ad elemento discretivo primario è la previsione di una specifica retribuzione (9). Anche lavoratori addetti a mansioni potenzialmente inventive (ad es. responsabili o membri di gruppi di ricerca) possono aspirare a conseguire l'equo premio, in caso di realizzazione di un'invenzione, se tale eventualità non è stata espressamente contemplata e retribuita in contratto.

Il cambio di orientamento è confermato da diverse recenti decisioni che rimarcano come l'articolo 23 intenda « contemperare due distinti interessi: quello del lavoratore che deve conseguire un concreto riconoscimento del proprio apporto e quello dell'imprenditore volto ad acquisire i risultati di impegni organizzativi e di investimenti economici anche di rilevante entità ». Perché un siffatto contemperamento si realizzi, « al diritto riconosciuto al datore di lavoro di trarre profitto dall'invenzione (articolo 1 del regio decreto n. 1127/1939) deve corrispondere un sicuro vantaggio per il lavoratore, che si esplica o con l'erogazione di una specifica retribuzione o con l'erogazione di un equo premio » (10).

Per quanto riguarda il secondo elemento, è difficile negare come dalla lettera della legge emerga con chiarezza il ruolo accordato dal legislatore alla previsione di uno specifico corrispettivo: « il primo comma dell'articolo 23 cit. richiede testualmente che per la ricorrenza della relativa ipotesi debbano

(8) V. Cass. 6 marzo 1992 n. 2732, cit.; Cass. 2 aprile 1990 n. 2646, cit.; Pret. Milano 11 settembre 1987, cit.

(9) Cfr. Cass. 5 novembre 1997 n. 10851, cit., 185; Cass. 21 luglio 1998 n. 7161; Trib. Milano 14 marzo 1998, in *OGI*, 1998, 331 ss., con nota di E. DALLARA.

(10) Cass. 6 novembre 2000 n. 14439, cit.; Cass. 27 febbraio 2001 n. 2849, in *DPL*, 2001, 1109, con nota di G. PELLACANI.

sussistere insieme ‘una prestazione di attività inventiva’ e ‘una retribuzione per detta attività’ ed il secondo comma rafforza anche testualmente l’esigenza della necessaria sussistenza di una ‘retribuzione’ quando, all’inizio, statuisce ‘se non è prevista una retribuzione in compenso dell’attività inventiva’ ».

Muovendo dal predetto duplice tipo di considerazioni, di ordine sia sistematico che letterale, la Corte giunge quindi ad affermare che « l’elemento distintivo tra le summenzionate ipotesi è costituito dalla previsione, o meno, di una specifica retribuzione che trovi la sua causa nell’obbligo del lavoratore a svolgere l’attività inventiva, dovendo la previsione contrattuale del risultato inventivo risultare pattiziamente correlata ad una specifica voce retributiva — volontà contrattuale da individuare come esistente non *ex post*, cioè quando l’invenzione sia stata già conseguita, perché con questo criterio sarebbe da considerarsi pattuita l’attività inventiva in tutti i casi in cui la prestazione lavorativa abbia dato luogo ad un’invenzione », bensì *ex ante*.

Solo quando sia stato pattuito uno specifico corrispettivo per i risultati inventivi realizzati nel corso del rapporto si ricadrà nel comma 1 dell’articolo 23, altrimenti ricorrerà la fattispecie prevista dal comma 2 « e in questo caso il vantaggio per il lavoratore » sarà « costituito, appunto, dall’equo premio » e non, come in passato ritenuto da alcune decisioni, dalle differenze retributive. La soluzione pare ora ricevere un’implicita conferma dall’articolo 64, comma 2, ultimo periodo, secondo cui per la determinazione del premio occorre tener conto anche della retribuzione percepita dall’inventore. La previsione ha infatti un senso se si ammette che l’equo premio spetti anche in caso di mansioni inventive, quando per l’eventuale realizzazione di invenzioni non sia stato previsto in contratto un apposito compenso.

Da sottolineare infine come la Suprema Corte proprio nelle decisioni più recenti mostri un particolare rigore nel richiedere la previsione di « un’espressa voce retributiva » ⁽¹¹⁾.

Di fronte all’intenso contenzioso di cui si è detto, sorprende che il *c.p.i.* non abbia preso posizione riformulando con maggiore chiarezza un testo normativo tanto risalente nel tempo e denso di ambiguità.

Vero infatti che ormai la Suprema Corte pare avere trovato un certo equilibrio ma ciò non è garanzia di una assoluta uniformità di letture né sincronica — specialmente nelle corti di merito — né, soprattutto, diacronica, dal momento che gli orientamenti possono mutare col tempo.

A tal proposito deve rimarcarsi come una (anche netta) inversione di lettura potrebbe determinarsi con il passaggio delle controversie in questione dal

(11) Ciò non significa peraltro che l’interprete possa sottrarsi dal valutare in concreto l’assetto contrattuale realizzato dalle parti, o che gli sia precluso di ritenere configurabile la fattispecie prevista dal comma 1 in presenza di situazioni in cui, pur in assenza di un’apposita voce in busta paga, risulti comunque che il lavoratore è stato assunto per realizzare invenzioni, che l’invenzione realizzata rappresenta l’esito programmato, previsto e voluto dalle parti, dell’attività dedotta in contratto e che per tale eventualità è previsto uno specifico compenso, aggiuntivo rispetto alla normale retribuzione. Per più ampi riferimenti v. G. PELLACANI, *La tutela delle creazioni intellettuali nel rapporto di lavoro*, Giappichelli, Torino, 1999, 176 ss.

Tribunale in funzione di giudice del lavoro alle Sezioni specializzate in materia di proprietà industriale ed intellettuale di cui all'articolo 16 della legge 12 dicembre 2002, n. 273, e al decreto legislativo 27 giugno 2003, n. 168, previsto dall'articolo 120, comma 4, e dall'articolo 134, comma 3.

4. Secondo l'orientamento dottrinale finora prevalente, il diritto all'equo premio sorge quando l'invenzione (brevettabile) sia realizzata o comunicata al datore di lavoro ⁽¹²⁾.

La legge — in passato come oggi — attribuisce infatti al datore di lavoro un diritto potestativo di sfruttamento dell'invenzione, che lo stesso è libero di esercitare o meno. A tale diritto corrisponde un onere (il pagamento del premio). Se, giunto a conoscenza dell'invenzione, il datore di lavoro decide di esercitare il suo diritto — a far propria l'invenzione — è tenuto a corrispondere il premio al dipendente inventore ⁽¹³⁾.

Presupposto per l'insorgenza del diritto, secondo un orientamento consolidato della giurisprudenza è invece l'avvenuta brevettazione ⁽¹⁴⁾.

Problemi evidentemente, si pongono peraltro quando il datore decida di non brevettare il trovato e di utilizzarlo in segreto, o comunque a prescindere da un brevetto (ciò che può accadere, ad esempio, quando l'impresa operi in una situazione di monopolio legale o di fatto).

Proprio (anche) in considerazione di tali problemi, e in assenza di una diversa esplicita previsione di segno contrario, sotto la vigenza della legge invenzioni si era suggerito che ai fini dell'insorgenza del diritto al premio fossero sufficienti la mera brevettabilità del trovato unitamente alla decisione del datore di lavoro di utilizzarlo, a prescindere dalle concrete modalità di sfruttamento ⁽¹⁵⁾.

Un ulteriore correttivo era poi rappresentato dalla possibilità, pressoché pacificamente riconosciuta al lavoratore da dottrina e giurisprudenza, di provve-

⁽¹²⁾ V. G. SENA, *I diritti sulle invenzioni e i modelli industriali*, in A. CICU, F. MESSINEO (già diretto da), L. MENGONI (continuato da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 1990, 209-211; C. GALLI, *Problemi in tema di invenzioni dei dipendenti*, in *RDI*, 1997, I, 30; M.N. BETTINI, *Le invenzioni del lavoratore*, cit., 1368; P. GRECO, P. VERCELLONE, *Le invenzioni e i modelli industriali*, in F. VASSALLI (diretto da), *Trattato di diritto civile italiano*, Utet, Torino, 1968, vol. XI, tomo II, 228 ss.; P. VERCELLONE, *Le invenzioni dei dipendenti*, Giuffrè, Milano, 1961, 137 ss.

⁽¹³⁾ V. G. PELLACANI, *La tutela delle creazioni intellettuali nel rapporto di lavoro*, cit., 202 ss.

⁽¹⁴⁾ Cfr. Cass. 19 luglio 2003 n. 11305, in *MGC*, 2003, fasc. 7-8, secondo cui « il diritto del lavoratore all'equo premio ed il correlativo obbligo del datore di lavoro di corrisponderlo sorgono solo con il conseguimento del brevetto, non essendo sufficiente che si tratti di innovazioni suscettibili di brevettazione ma non ancora brevettate ». Pertanto « è la brevettazione — in quanto costitutiva — che condiziona l'insorgere dei diritti del datore di lavoro e, quindi, si pone quale *conditio iuris* oltre che del diritto di utilizzazione del datore di lavoro, anche del diritto del prestatore al premio » (Cass. 6 dicembre 2002 n. 17398, in *RGL*, 2003, II, 259, con nota di M.M. MUTARELLI) *Contra*, talvolta, la giurisprudenza di merito (v. App. Bari 21 gennaio 2003, cit., che ritiene sufficiente la brevettabilità del trovato).

⁽¹⁵⁾ V. G. PELLACANI, *Maturazione del diritto del lavoratore al premio per invenzione d'azienda*, in *MGL*, 2001, 1192.

dere egli stesso ad effettuare la brevettazione in caso di inerzia del datore di lavoro e dopo avere invano diffidato quest'ultimo ad effettuarla ⁽¹⁶⁾.

Proprio sull'aspetto in esame si registra peraltro nel *c.p.i.* una importante novità. L'articolo 64, comma 2, prevede infatti espressamente che il diritto al premio spetta al dipendente « qualora il datore di lavoro ottenga il brevetto ». Da un'interpretazione letterale della disposizione pare pertanto che il legislatore abbia inteso confermare e fare propria la lettura della Suprema Corte che subordina l'insorgenza del premio al conseguimento del brevetto escludendo peraltro la possibilità per il lavoratore di richiedere il brevetto in caso di inerzia del datore di lavoro.

Se così è, non può non segnalarsi l'iniquità della soluzione accolta, che subordina l'equo premio ad una scelta discrezionale (e potenzialmente arbitraria) del datore di lavoro e che porterà ad una frustrazione del diritto del dipendente in tutti i casi in cui l'impresa possa permettersi — casomai in quanto monopolista — di sfruttare il trovato senza richiedere il brevetto.

Quanto alla relazione fra premio e brevetto, deve poi segnalarsi l'importante novità introdotta dall'articolo 77, comma 1, lettera *c*), *c.p.i.*, secondo cui « la declaratoria di nullità del brevetto ha effetto retroattivo, ma non pregiudica: ... *omissis* ... *c*) i pagamenti già effettuati ai sensi degli articoli 64 e 65, a titolo di equo premio, canone o prezzo ».

Se l'obiettivo è chiaro, e consiste nella conferma della irrilevanza della eventuale pronuncia di nullità del brevetto sui pagamenti effettuati *medio tempore* dal datore di lavoro a titolo di equo premio, canone o prezzo, gli esiti applicativi non paiono invece del tutto convincenti. Il principio appare infatti ragionevole ed agevolmente applicabile laddove il dipendente-inventore riceva un pagamento periodico (ad esempio un canone) ⁽¹⁷⁾, molto meno o per nulla quando invece si tratti di una somma da versarsi in unica soluzione o anche in più soluzioni, ma determinata in modo unitario. L'elemento discriminante, in tal caso, non può essere quello dell'avvenuto pagamento o meno. Piuttosto, sarebbe (stato) preferibile prevedere la possibilità di rideterminazione del premio o prezzo già concordati tra le parti o determinati in sede arbitrale o giudiziale in relazione alla sopravvenuta riduzione del periodo in cui il datore di lavoro si è avvalso della protezione brevettale (seppur poi caducata con effetto *ex tunc*).

5. Quello dei criteri di determinazione del premio è uno degli aspetti sui quali il decreto legislativo n. 30/2005 interviene innovando in modo più significativo — almeno sulla carta — la disciplina precedente. Mentre infatti l'articolo 23, comma 2, l. inv., si limitava a stabilire che per la determinazione del premio si

⁽¹⁶⁾ V. Cass. 6 dicembre 2002 n. 17398, cit.; in passato Cass. 27 giugno 1961 n. 1547, in *GI*, 1962, I, 146. In dottrina per tutti L.C. UBERTAZZI, *Profili soggettivi del brevetto*, Giuffrè, Milano, 1985, 31; A. DE MATTEIS, *Le invenzioni del lavoratore*, in *DPL*, 1992, inserto, XXVI; T. RAVÀ, *Diritto industriale*, II, Utet, Torino, 1988, 97.

⁽¹⁷⁾ Lo stesso principio vale infatti anche per il canone e il prezzo corrisposti in caso di invenzione occasionale *ex art.* 64, comma 3.

dovesse tener conto dell'*importanza dell'invenzione*, l'attuale disciplina (articolo 64, comma 2, *c.p.i.*) prevede invece che si debbano prendere in considerazione l'importanza della protezione conferita all'invenzione dal brevetto, le mansioni svolte e la retribuzione percepita dall'inventore, nonché il contributo che questi ha ricevuto dall'organizzazione del datore di lavoro.

In concreto peraltro, la situazione non dovrebbe cambiare di molto. La previsione proprio per la (criticabile) genericità dei parametri utilizzati, lascia un buon margine all'interprete (sia questo il collegio di arbitri o il giudice) e non pare impedisca a quest'ultimo di continuare ad utilizzare la *c.d. « formula tedesca »*, secondo l'indirizzo finora seguito dalla prevalente giurisprudenza ⁽¹⁸⁾.

Il primo passo del procedimento di determinazione equitativa del premio, in base alla richiamata formula, è rappresentato dalla quantificazione, in concreto, del valore dell'invenzione, « determinato con riferimento all'importanza, e non al prezzo, dell'invenzione » ⁽¹⁹⁾.

Stabilito il valore economico dell'invenzione, occorre quindi procedere alla individuazione della quota parte spettante al lavoratore, e quindi alla quantificazione del premio (in relazione al quale è del tutto irrilevante la quantità e qualità del lavoro prestato, non trattandosi di un compenso di natura retributiva).

A tal proposito tra i criteri individuati nella « *formula tedesca* » ⁽²⁰⁾ assumono particolare rilievo oltre al valore dell'invenzione, proprio gli altri parametri ora previsti dall'articolo 64, comma 2, ossia:

- le mansioni svolte dal dipendente;
- il suo apporto creativo.

In particolare, il premio viene calcolato attraverso l'applicazione della formula matematica $V = E \times A$, dove:

- il simbolo V rappresenta il premio;
- il simbolo E rappresenta il valore dell'invenzione;
- l'ultimo elemento A rappresenta il grado di iniziativa del lavoratore.

⁽¹⁸⁾ V. Cass. 6 novembre 2000 n. 14439, in *DPL*, 2001, 1109; Cass. 27 febbraio 2001 n. 2849, *ivi*, 1114; Trib. Milano 14 marzo 1998, in *OGI*, 1998, 331, in particolare in motivazione a 333; Trib. Milano 30 aprile 1996, in *RIDL*, 1997, II, 465. La determinazione del giudice, quale apprezzamento di fatto, quando sia immune da vizi logici e giuridici, nonché sorretta da adeguata motivazione, sarà esente da sindacato di legittimità (Cass. 6 novembre 2000 n. 14439, *cit.*; Cass. 13 aprile 1991 n. 3991, *cit.*).

⁽¹⁹⁾ Cfr. Cass. 13 aprile 1991 n. 3991, in *RDI*, 1993, II, 345 *ss.*; Pret. Milano 11 settembre 1987, *cit.* Secondo l'opinione maggioritaria, deve aversi riguardo alle possibilità di sfruttamento del trovato da parte del datore di lavoro, ossia tanto agli utili conseguiti quanto a quelli prevedibili in relazione al tipo di attività esercitata dall'impresa (v. Cass. 21 luglio 1998 n. 7161, *cit.*, in particolare a 12 della motivazione; Cass. 2 aprile 1990 n. 2646, *cit.*; Cass. 16 gennaio 1979 n. 329, *cit.*, 1427; Trib. Milano 30 aprile 1996, *cit.*). Specifico rilievo è inoltre riconosciuto alla durata dello sfruttamento economico del bene (cfr. Cass. 13 aprile 1991 n. 3991, *cit.*). Qualche cambiamento potrebbe ora intervenire per il fatto che il parametro di riferimento richiamato dall'art. 64 è rappresentato dall'*importanza della protezione* conferita all'invenzione dal brevetto.

⁽²⁰⁾ Cfr. Cass. 2 aprile 1990 n. 2646, *cit.*; Trib. Milano 14 marzo 1998, *cit.*; Pret. Ferrara 21 giugno 1986, *cit.*; Pret. Milano 10 novembre 1984, *cit.*; Pret. Milano 30 aprile 1981, in *GADI*, 1982, 236.

Quest'ultimo parametro (A) è una frazione centesimale il cui denominatore è ovviamente 100 e il numeratore è dato dalla somma di tre valori (a), (b) e (c): — il primo (a) rappresenta l'iniziativa del lavoratore, valutabile in una scala che va da 1 a 6 a seconda che il lavoratore sia stato incaricato della realizzazione dell'invenzione, sia stato o meno addetto a compiti inventivi, o al contrario abbia operato al di fuori di ogni indicazione;

— il secondo (b), anch'esso strutturato su una scala da 1 a 6, indica l'apporto creativo ed è tanto più basso quanto più l'inventore si sia avvalso dei mezzi, della struttura e delle conoscenze dell'organizzazione aziendale;

— il terzo (c), infine, dipende dalla posizione del dipendente nell'impresa, e parte da un minimo di 1 nel caso di ruoli di carattere spiccatamente inventivo — ad esempio direttore di laboratorio di ricerca — ad un massimo di 8 per lo svolgimento di mansioni lontane dall'attività di ricerca.

In formula: $A = (a+b+c)/100$.

Una novità, contenuta nel *c.p.i.*, è rappresentata dalla inclusione — quale parametro per la determinazione del premio — anche della retribuzione percepita dall'inventore. Di tale parametro, ovviamente, sarà possibile (e doveroso) tenere conto solo quando il lavoratore sia stato assunto per inventare ma in contratto non sia stato previsto uno specifico compenso corrispettivo per l'acquisto da parte del datore di lavoro dei diritti relativi agli eventuali trovati inventivi. In tal caso, o si adatta la formula tedesca con l'integrazione di un ulteriore valore (d) ⁽²¹⁾, rappresentato dall'entità della retribuzione, che potrà fare da contrappeso rispetto agli altri, o comunque, al termine del calcolo, si dovrà rimodulare il premio in considerazione della retribuzione. In ogni caso il premio sarà tanto più basso quanto più l'ammontare di quest'ultima risulterà elevato.

6. Regole particolari — come si accennava in premessa — sono riservate alle invenzioni dei ricercatori delle università e degli enti pubblici di ricerca.

La versione definitiva dell'articolo 65 *c.p.i.* — che non ripropone tutte le modifiche, ben più incisive, contenute nel progetto originario di codice della proprietà industriale ⁽²²⁾ — riproduce l'abrogato articolo 24-*bis*, l. inv., inserito dall'articolo 7 della legge 18 ottobre 2001, n. 383, aggiungendovi solo un comma 5.

La norma in questione, la cui applicazione è limitata alle università — pubbli-

⁽²¹⁾ In particolare la formula matematica potrebbe essere così modificata. Ai tre valori già noti (iniziativa del lavoratore, apporto creativo, posizione del dipendente nell'impresa), misurati in scala da 1 a 6, che compongono il numeratore dell'elemento A (grado di iniziativa del lavoratore), si aggiunge il quarto, l'entità della retribuzione, con conseguente riparametrazione di ciascuno degli altri (ad es. 4,5 iniziativa del lavoratore, 4,5 apporto creativo, 5,5 posizione del dipendente nell'impresa, 4,5 entità della retribuzione).

⁽²²⁾ Ad esempio, scompare la revisione della norma sulle invenzioni di gruppo, che attribuiva la titolarità in parti uguali ai ricercatori salvo che risultasse una diversa partecipazione, e della disciplina del mancato sfruttamento dell'invenzione (v. C. GALLI, *Le invenzioni dei dipendenti nel progetto di codice della proprietà industriale*, cit., 49-50).

che e libere — ed agli enti pubblici aventi tra i propri compiti istituzionali (anche non esclusivi o prevalenti) attività di ricerca, si riferisce alle invenzioni (con esclusione dunque dei trovati non brevettabili) realizzate dai ricercatori e professori universitari nonché dai tecnici e da altri soggetti (dottorandi o assegnisti di ricerca) che collaborino alla ricerca.

Quanto alla disciplina, l'articolo 65 *c.p.i.* — invertendo il principio dell'articolo 64 — assegna al ricercatore (e non al datore di lavoro) la titolarità esclusiva dei diritti derivanti dall'invenzione realizzata nell'esecuzione del rapporto di lavoro⁽²³⁾ e prosegue dettando un sistema di regole che — causa la formulazione non proprio felice del disposto normativo — non è chiaro se sia destinato ad operare a prescindere dal contesto giuridico e dal tipo di ricerca che conduce all'invenzione, o in modo differenziato a seconda che il trovato sia il frutto di ricerca libera o vincolata⁽²⁴⁾.

Se si opta per quest'ultima soluzione, l'assetto che può ricavarsi dall'articolo 65 è il seguente.

Il ricercatore — che consegua un risultato inventivo nell'ambito della *ricerca libera* — ossia di quella svolta dal ricercatore in modo autonomo e autodeterminato, utilizzando la struttura ed eventualmente i fondi a tal fine destinati, ma senza un vincolo di risultato o un obiettivo eterodeterminato — ne diventa titolare ma, una volta presentata la domanda di brevetto, è tenuto a darne comunicazione all'ente di appartenenza.

Il comma 4 dell'articolo 65 prende infatti in considerazione l'ipotesi in cui l'inventore non riesca, non voglia o non possa sfruttare adeguatamente il trovato⁽²⁵⁾, assegnando all'ente di cui l'inventore è o era dipendente al momento dell'invenzione i diritti di sfruttamento dell'invenzione e quelli patrimoniali ad essa connessi, qualora entro cinque anni dalla data di rilascio del brevetto, il lavoratore o i suoi aventi causa non ne abbiano iniziato lo sfruttamento industriale e sempre che ciò non sia avvenuto per cause indipendenti dalla loro volontà.

In caso di *ricerca vincolata* — ossia di ricerca condotta in base ad un contratto-convenzione, normalmente finanziata da soggetti esterni — l'invenzione appartiene all'università od ente di ricerca o, in tutto o in parte, in base a quanto previsto dal contratto-convenzione, al soggetto che ha commissionato e finanziato la ricerca. In tal caso la legge riconosce comunque all'inventore il diritto a ricevere una quota dei proventi — che spesso consistono nella somma versata dal finanziatore esterno — o del canone percepiti dall'amministrazione, in misura non inferiore al 50% (articolo 65, comma 2, *c.p.i.*).

(23) In caso di più autori, i diritti derivanti dall'invenzione appartengono a tutti in parti uguali, salvo diversa pattuizione.

(24) In arg. G. FLORIDIA, *Ricerca universitaria e invenzioni brevettabili*, in *Il Diritto Industriale*, 1996, 447 ss.; Id., *Le invenzioni universitarie*, ivi, 2001, 213 ss.

(25) Oltre al fatto che il ricercatore è estraneo alle strutture produttive (G. FLORIDIA, *Le invenzioni universitarie secondo il pacchetto Tremonti — Legge 18 ottobre 2001, n. 383 — Capo III*, in *Il Diritto Industriale*, 2002, 10), occorre ricordare che l'attività d'impresa è preclusa al ricercatore dipendente di una pubblica amministrazione.

A tale ultimo riguardo, si precisa che università ed amministrazioni hanno la possibilità di stabilire l'importo massimo del canone, relativo a licenze a terzi per l'uso dell'invenzione, alle stesse spettante, nonché dei proventi per l'utilizzo del trovato o per la sua cessione. Le stesse possono altresì stabilire l'importo del canone o la quota dei proventi spettanti ai finanziatori esterni. Se tali determinazioni mancano, università ed amministrazioni hanno il diritto a percepire solo il 30% dei proventi o del canone.

Università ed amministrazioni possono comunque regolamentare ulteriormente i rapporti con il ricercatore, sia per quanto concerne la ricerca libera che, soprattutto, per quella vincolata, prevedendo ad esempio obblighi di comunicazione preventiva della realizzazione di invenzioni, la necessità di una autorizzazione per la brevettazione, disciplinando gli aspetti relativi alla titolarità dei diritti sull'invenzione, o prevedendo un sistema di gestione concordata dal trovato ⁽²⁶⁾.

Della disciplina precedente — fino a questo punto ripresa dal *c.p.i.* — si criticava la scarsa chiarezza, soprattutto per quanto concerneva la possibilità di attribuzione della titolarità dei diritti esclusivi di sfruttamento dei risultati ai finanziatori, con conseguente disincentivo all'investimento nella ricerca ⁽²⁷⁾.

Per quanto — come si è visto — una lettura sistematica dell'articolo 24-*bis* conducesse già in tale direzione, di tali critiche si è fatto carico il *c.p.i.* il quale, al fine di chiarire ogni dubbio, al termine dell'articolo 65 aggiunge la previsione secondo cui « le disposizioni del presente articolo non si applicano nelle ipotesi di ricerche finanziate, in tutto o in parte, da soggetti privati ovvero realizzate nell'ambito di specifici progetti di ricerca finanziati da soggetti pubblici diversi dall'università, ente o amministrazione di appartenenza del ricercatore » (comma 5).

La novità, più che per la ricerca vincolata (nell'ambito della quale, pur in assenza di una esplicita previsione in tal senso, era giocoforza ritenere che una siffatta possibilità sussistesse anche in precedenza) sembra valere per quella libera alla quale — attesa l'ampia formulazione dell'articolo 65, comma 5 — sembra ora applicarsi una possibilità di deroga precedentemente esclusa o quantomeno assai dubbia.

In altri termini, in caso di ricerca vincolata finanziata da soggetti terzi in base a contratto-convenzione il *c.p.i.* conferma espressamente che le regole per l'attribuzione dei diritti continuano ad essere quelle generali dei contratti di ricerca, ovvero appartenenza dell'invenzione all'ente o al soggetto finanziatore, secondo la libera determinazione dei soggetti coinvolti.

In caso di ricerca libera, invece, sembra che ora sia necessario vedere se la stessa si inserisca o meno in specifici progetti di ricerca finanziati (o, come

⁽²⁶⁾ Su tali aspetti v. per tutti F. MASSA, *Commento sub art. 24-bis R.d. 29 giugno 1939, n. 1127*, in P.G. MARCHETTI, L.C. UBERTAZZI (a cura di), *Commentario breve al diritto della concorrenza*, Cedam, Padova, 2004, 796-797; M. LIBERTINI, *Appunti sulla nuova disciplina delle « invenzioni universitarie »*, in *FI*, 2002, I, 2170 ss.

⁽²⁷⁾ C. GALLI, *Le invenzioni dei dipendenti nel progetto di codice della proprietà industriale*, cit., 46 ss.

spesso avviene, co-finanziati) da soggetti esterni. In tal caso, la regola prevista dall'articolo 65, comma 1, non trova applicazione e le norme sull'appartenenza del trovato sono quelle (eventualmente) concordate con il finanziatore stesso. In mancanza di siffatta regolamentazione, peraltro, sembra esatto ritenere che l'invenzione, ai sensi del comma 1, spetti al ricercatore-inventore.

Precisa poi l'articolo 243 *c.p.i.* che la disciplina di cui all'articolo 65 si applica alle invenzioni conseguite successivamente alla data di entrata in vigore dell'articolo 24-*bis* del regio decreto 29 giugno 1939, n. 1127, introdotto con legge 18 ottobre 2001, n. 383, nonché a quelle conseguite successivamente alla data di entrata in vigore del presente codice, ancorché in dipendenza di ricerche cominciate anteriormente.

7. La novità senz'altro più significativa è rappresentata dalla sottrazione delle controversie in materia di invenzioni del dipendente alla competenza del giudice del lavoro — finora pacificamente ammessa dalla dottrina e dalla giurisprudenza prevalenti ⁽²⁸⁾ — ed alla assegnazione delle stesse alle Sezioni specializzate in materia di proprietà industriale ed intellettuale di cui all'articolo 16 della legge 12 dicembre 2002, n. 273, e al decreto legislativo 27 giugno 2003, n. 168, con applicazione — a regime — del rito in materia di diritto societario di cui al decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5 (articolo 134, comma 1). In tal senso dispone infatti la formula — assolutamente inequivoca — dell'articolo 134, comma 3, del decreto legislativo n. 30/2005 ⁽²⁹⁾.

La novità, oltre ad incidere negativamente sui costi (nonché, forse, sui tempi) dei giudizi in suddetta materia, non pare tenere in debita considerazione la particolare competenza tecnica del giudice del lavoro in ordine all'analisi di aspetti centrali quali la effettiva organizzazione del lavoro, le mansioni svolte, la presenza di una specifica retribuzione per l'attività inventiva.

Il cambiamento poi — deve segnalarsi fin d'ora — potrebbe portare a significativi mutamenti interpretativi, soprattutto sulla questione — centrale — della distinzione fra invenzioni di servizio e invenzioni d'azienda, relativamente alla quale, come si è visto, solo recentemente e non senza sforzi si era giunti a soluzioni stabili.

L'azione con cui si richiede il premio, il canone o il prezzo deve dunque oggi essere proposta con atto di citazione innanzi alla Sezione specializzata in materia di proprietà industriale ed intellettuale di cui all'articolo 16 della legge 12 dicembre 2002, n. 273, territorialmente competente ⁽³⁰⁾.

⁽²⁸⁾ V. S. SCIARRA, voce *Invenzioni industriali, II) Invenzioni del lavoratore*, in *EGT*, Roma, Aggiornamento, 1997, 4; G. SENA, *op. cit.*, 223; A. DE MATTEIS, *op. cit.*, XXX. In giurisprudenza Cass. 17 aprile 1989 n. 1827, in *MGC*, 1989, 89; Cass. 5 dicembre 1985 n. 6117, *cit.*; Cass. 24 gennaio 1980 n. 595, in *RDI*, 1980, II, 103; Cass. 13 febbraio 1980 n. 1034, in *GADI*, 1980, 13.

⁽²⁹⁾ Ai sensi dell'art. 245, comma 1, « Le norme dei capi I e IV del titolo II quelle del titolo III e le norme degli articoli 35 e 36 del titolo V del decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, si applicano ai procedimenti giudiziari ed agli arbitrati che siano iniziati con atto notificato oppure con deposito del ricorso sei mesi dopo l'entrata in vigore del codice ».

⁽³⁰⁾ Sezioni specializzate sono istituite presso i tribunali e le Corti d'Appello di Bari, Bologna,

Un'altra novità, rispetto al passato, è rappresentata dalla eliminazione dell'intervento obbligatorio del pubblico ministero nell'ipotesi, frequente in caso di controversie sull'equo premio, in cui venga proposta domanda ⁽³¹⁾ diretta ad ottenere la dichiarazione di decadenza o di nullità del brevetto (articolo 122, comma 1, *c.p.i.*).

Deve infine segnalarsi, a tal riguardo, che, ai sensi dell'articolo 245, comma 2, del decreto n. 30/2005 « Sono devolute alla cognizione delle sezioni specializzate di cui all'articolo 134, comma 3, le controversie in grado d'appello iniziate dopo l'entrata in vigore del codice anche se il giudizio di primo grado o il giudizio arbitrale sono iniziati e si sono svolti secondo le norme precedentemente in vigore ».

8. Novità riguardano anche la procedura arbitrale, originariamente prevista dall'articolo 25, l. inv., il quale prevedeva originariamente un arbitrato obbligatorio, disponendo che le controversie in ordine alla determinazione del premio, canone o del prezzo e alle rispettive modalità fossero demandate ad un collegio di « amichevoli compositori » (comma 1) o, nel caso di dipendenti di amministrazioni statali, ad una deliberazione insindacabile del Ministro preposto (comma 2).

Nonostante la formula utilizzata, la Suprema Corte si era costantemente espressa nel senso della configurabilità della fattispecie in esame quale arbitrato rituale, in quanto operante in una situazione che sorge immediatamente con i caratteri della controversia, e non quale arbitraggio, il cui tratto caratterizzante è rappresentato dalla finalizzazione alla determinazione di un elemento costitutivo di una fattispecie negoziale ⁽³²⁾, e aveva ritenuto rientrante nella competenza degli arbitri la determinazione sia dell'*an* che del *quantum* del premio.

Sull'assetto così delineato era peraltro intervenuta la Corte Costituzionale che, con sentenza 14 luglio 1977, n. 177 ⁽³³⁾, aveva dichiarato la illegittimità dell'articolo 25, comma 1 — per contrasto con gli articoli 24, comma 1, e 102, comma 1, Cost. — nella parte in cui non riconosceva all'inventore o al datore di lavoro la facoltà di adire l'autorità giudiziaria ⁽³⁴⁾.

Catania, Firenze, Genova, Milano, Napoli, Palermo, Roma, Torino, Trieste e Venezia (art. 1, d.lgs. n. 168/2003). Per la competenza territoriale v. l'art. 4 del d.lgs. n. 168/2003. In arg. V. L.C. UBERTAZZI, *Commento a Decreto legislativo 27 giugno 2003, n. 168*, in P.G. MARCHETTI, L.C. UBERTAZZI (a cura di), *op. cit.*, 152 ss., spec. 161-162.

⁽³¹⁾ Quando oggetto del contendere sia la spettanza dell'equo premio, canone o prezzo, si tratta di norma di riconvenzionale proposta dal datore di lavoro convenuto.

⁽³²⁾ Cfr. *ex plurimis* Cass. 30 agosto 1991 n. 9256, in *GADI*, 1991, 2606; Cass. 23 aprile 1979 n. 2276, *cit.*; Cass. 28 settembre 1973 n. 2439, in *GC*, 1973, I, 1829; Cass. 5 dicembre 1972 n. 3509, in *FI*, 1973, I, 2928; Trib. Milano 8 febbraio 1978, in *RDI*, 1980, II, 563.

⁽³³⁾ In *DL*, 1977, II, 439.

⁽³⁴⁾ Quanto al comma 2 dell'art. 25, la Corte aveva precisato come la decisione del Ministero dovesse intendersi riferita solo al *quantum* e come la stessa — in quanto atto amministrativo — fosse senz'altro impugnabile a norma dell'art. 113 Cost.

L'arbitrato, secondo la Corte, postula infatti una libera e concorde scelta delle parti, e la legge può soltanto predisporlo ma non già disporlo ⁽³⁵⁾.

Ora l'articolo 64, comma 4, prevede che, « ferma la competenza del giudice ordinario relativa all'accertamento della sussistenza del diritto all'equo premio, al canone o al prezzo, se non si raggiunga l'accordo circa l'ammontare degli stessi, anche se l'inventore è un dipendente di amministrazione statale, alla determinazione dell'ammontare provvede un collegio di arbitratori, composto di tre membri, nominati uno da ciascuna delle parti ed il terzo nominato dai primi due, o, in caso di disaccordo, dal Presidente della sezione specializzata del Tribunale competente dove il prestatore d'opera esercita abitualmente le sue mansioni ». Il collegio decide con equo apprezzamento, ai sensi dell'articolo 1349 c.c., ma trovano applicazione, in quanto compatibili, le norme degli articoli 806 e ss. c.p.c.

Il successivo comma 5 prevede poi che « Il collegio degli arbitratori può essere adito anche in pendenza del giudizio di accertamento della sussistenza del diritto all'equo premio, al canone o al prezzo, ma, in tal caso, l'esecutività della sua decisione è subordinata a quella della sentenza sull'accertamento del diritto ».

Parrebbe dunque trattarsi — almeno a prima vista — di un arbitraggio, limitato al *quantum debeatur*, con parziale applicazione delle norme in tema di arbitrato rituale.

Peraltro, deve innanzitutto rilevarsi come il meccanismo non sia del tutto chiaro ⁽³⁶⁾.

Da una lettura combinata dei commi 4 e 5 pare evincersi che il primo di essi si riferisca a situazioni in cui il conflitto non è ancora insorto, e le parti siano d'accordo in ordine alla spettanza del diritto.

In tal caso, datore di lavoro e lavoratore, prima di instaurare una controversia, possono rivolgersi al collegio per la determinazione dell'ammontare del premio, canone o prezzo. Nel caso, invece, di controversia sull'*an*, la via giudiziale è obbligatoria. Di fatto, dunque, il datore di lavoro sarebbe in ogni caso ed in ogni momento libero di evitare l'arbitrato (negando il premio), ma per contro potrebbe di fatto sempre imporlo al lavoratore riconoscendo la sussistenza del diritto e proponendo un importo esiguo. A meno che il lavoratore non abbia già proposto azione in giudizio, azione nella quale potranno essere richiesti non solo l'accertamento della sussistenza del diritto ma anche la sua determinazione.

Ai sensi del comma 5, infatti, nel corso del giudizio già instaurato ciascuna delle parti potrà adire il collegio.

L'arbitrato — a parere di chi scrive — resta dunque facoltativo e il giudice in mancanza di attivazione delle parti per la soluzione arbitrale potrà decidere sia sull'*an* che sul *quantum*. Peraltro, una volta richiesto da uno dei contraenti,

⁽³⁵⁾ In questi termini, recentemente, anche C. Cost. 22 febbraio 1994 n. 49, in *GI*, 1994, I, 219.

⁽³⁶⁾ V. M. BARBUTO, *Invenzioni dei dipendenti. Questioni processuali*, in L.C. UBERTAZZI (a cura di), *op. cit.*, 60-61.

l'arbitrato pare diventare obbligatorio per l'altro con conseguente sottrazione all'autorità giudiziaria della decisione di una parte della controversia. Ovviamente, la determinazione del collegio sul *quantum* è condizionata a quella del giudice sull'*an*.

L'assetto complessivo e la lettura della figura delineata dal legislatore come arbitraggio, peraltro, proprio non convincono. È infatti evidente che si tratta pur sempre di una vicenda che nasce con i caratteri della controversia, finalizzata a risolvere un conflitto e che, a prescindere dalla previsione per cui gli arbitri debbono decidere con equo apprezzamento — ciò che può avvenire anche per l'arbitrato, sempre che, ai sensi dell'articolo 808 c.p.c., non si tratti di controversie di lavoro ⁽³⁷⁾ — si svolge con la procedura degli articoli 806 e ss. c.p.c. ed ha tutte le caratteristiche di un giudizio ⁽³⁸⁾.

Le somiglianze con l'altra ipotesi di arbitrato prevista nel *c.p.i.*, relativa alla determinazione della misura e delle modalità di pagamento del compenso per la licenza di diritto che il richiedente o titolare del brevetto abbia offerto al pubblico (articolo 80 *c.p.i.*) — applicabile anche alla determinazione della misura e le modalità di pagamento del compenso per la licenza obbligatoria, in caso di opposizione da parte del titolare del brevetto o dei suoi aventi causa alla determinazione effettuata nel decreto di concessione (articolo 72 *c.p.i.*) — sono meno marcate di quanto possa apparire a prima vista ⁽³⁹⁾. La procedura dell'articolo 80 non si svolge infatti secondo le regole degli articoli 806 e ss. c.p.c. e, soprattutto, è facoltativa: « se una delle parti rifiuta di nominare il proprio arbitratore, la determinazione è fatta dal giudice » (articolo 80, comma 3, ultimo periodo).

Non è dunque difficile leggere nella fattispecie dell'articolo 65 un arbitrato rituale « mascherato » da arbitraggio. Resta pertanto da vedere se l'anzidetto *escamotage* lessicale — il ricorso al termine *arbitratori* — unito a quello di circoscrivere la competenza degli arbitri al *quantum*, varrà a salvare la previsione da una censura della Corte Costituzionale.

Certo, se dovesse trovare conferma l'inquadramento come arbitrato rituale, è giocoforza ritenere che lo stesso abbia natura facoltativa, e che ciascuno degli interessati sia sempre libero di adire l'autorità giudiziaria, pena l'illegittimità costituzionale della norma.

La disciplina delle invenzioni nel nuovo « Codice della proprietà industriale » — Riassunto —
L'A. ricostruisce la disciplina delle invenzioni del lavoratore introdotta dal nuovo Codice della proprietà industriale (c.p.i.), in vigore dal 19 marzo 2005). L'A., in particolare, sottolinea che il nuovo codice, agli artt. 64 e 65, ha confermato la tradizionale tripartizione delle invenzioni del

⁽³⁷⁾ Già si è visto come secondo la nuova disciplina le controversie in tema di invenzioni del dipendente non siano più riconducibili all'art. 409 c.p.c.

⁽³⁸⁾ Sulla distinzione fra arbitraggio ed arbitrato, libero o rituale, nonché fra questi ultimi due v. C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, Giappichelli, Torino, 2003, vol. III, 343 ss., e ivi ulteriori riferimenti.

⁽³⁹⁾ Richiama tali situazioni C. GALLI, *Le invenzioni dei dipendenti nel progetto di codice della proprietà industriale*, cit., 41.

dependente — di servizio, d'azienda ed occasionali — disciplinando altresì i rispettivi regimi in ordine alla titolarità del brevetto e ai diritti del lavoratore. Con riferimento al dibattito avente ad oggetto la distinzione tra invenzioni di servizio e d'azienda, l'A. aggiunge che il nuovo codice non ha in realtà preso una posizione netta confermando, implicitamente, l'orientamento secondo cui l'elemento distintivo tra i due tipi di invenzioni sia costituito dalla previsione o meno di una specifica retribuzione. L'A. evidenzia, poi, le importanti novità in materia di equo premio: la ridefinizione dei criteri di determinazione dello stesso e, nel caso di invenzioni d'azienda, la subordinazione al conseguimento del brevetto da parte del datore di lavoro, con la precisazione che la pronuncia di nullità del brevetto, pur avendo efficacia retroattiva, non pregiudica i pagamenti già effettuati a titolo di canone, equo premio o prezzo. Regole particolari sono riservate alle invenzioni dei ricercatori delle università e degli enti pubblici di ricerca, l'art. 65 c.p.i. assegna al ricercatore la titolarità esclusiva dei diritti derivanti dall'invenzione realizzata nell'esecuzione del rapporto di lavoro e prosegue dettando un sistema di regole differenti a seconda che il trovato sia il frutto di ricerca libera o vincolata. Infine l'A. tratta delle questioni processuali, la competenza in materia di invenzioni del dipendente e l'arbitrato per la determinazione del premio, canone o prezzo.

The regulation of inventions by employees under the terms of the new Industrial Property Code (Article in Italian) — Summary — *This paper examines the regulation of inventions by employees under the terms of the new Industrial Property Code that came into force on 19 March 2005. In particular, the paper highlights the fact that Articles 64 and 65 the new code confirm the traditional three categories of inventions by employees — service, company and occasional inventions — while laying down regulations concerning ownership of the patent and the rights of the employee. With reference to the debate concerning the distinction between service and company inventions, it is argued that the new code does not take a clear position on this matter, thus implicitly confirming the interpretation according to which the distinguishing feature between the two types of invention consists of whether specific remuneration is provided or not. The paper also casts light on the important innovations concerning fair bonuses for inventions, the redefinition of the criteria for calculating such remuneration and, in the case of a company invention, the provision that the patent should be taken out by the employer, while at the same time laying down that in the event that the patent is annulled, even with a retroactive effect, this does not have any effect on payments already made in the form of rental payments, fair bonus payments or prices. Particular regulations are provided for inventions made by researchers in universities and public research institutes, and Article 65 of the Code grants the researcher sole ownership of any royalties arising from the invention made during the employment relationship. In addition it lays down a system of rules that differ according to whether the discovery is the outcome of research that is free or binding. In conclusion the paper deals with procedural matters, competence in relation to the inventions of employees, and arbitration procedures for determining bonuses, rental payments or prices.*

Sistema delle Relazioni Industriali e gestione del personale alla Indesit Company

Angelo Stango

Sommario: **1.** Premessa. — **2.** Presentazione. — **3.** Risorse Umane e politiche di gestione. — **4.** Sistema delle Relazioni Industriali. — **4.1.** Sistema informativo. — **4.2.** Sistema partecipativo. — **4.3.** Sistema premiante. — **4.4.** Comitato Aziendale Europeo. — **4.5.** Codice di Condotta. — **5.** Conclusioni.

1. La Indesit Company è un'azienda che pur avendo una dimensione internazionale è strettamente radicata al territorio ove opera ed ha saputo preservare i valori del suo fondatore, Aristide Merloni: « In ogni iniziativa industriale non c'è valore del successo economico se non c'è anche l'impegno nel progresso sociale ».

2. La Indesit Company è oggi fra i primi tre produttori in Europa di elettrodomestici con una quota di mercato pari al 16%, e con cinque linee di prodotto: cucine, frigoriferi, lavabiancheria, lavastoviglie e asciugatrici.

Commercializza con due marchi principali: Ariston e Indesit e tre marchi regionali: Scholtès, Stinol e Hotpoint.

Produce e distribuisce annualmente oltre 13 milioni di elettrodomestici e possiede 19 stabilimenti, sia in Italia — 2 a Fabriano (Ancona); Comunanza (Ascoli Piceno); None (Torino); Carinaro e Teverola (Caserta); Brembate (Bergamo); Refrontolo (Treviso) —, che all'estero — Thionville (Francia); Setubal (Portogallo); Manisa (Turchia); 2 a Lodz (Polonia); 2 a Lipetzk (Russia); Peterborough, Blythe Bridge, Kinmel Park, Yates (Inghilterra).

È presente nel mondo con 21 consociate.

Conta circa 20.000 lavoratori ed ha un fatturato di circa 3 miliardi di euro.

La *mission* della Indesit Company è quella di essere leader europeo che produce soluzioni innovative per creare ogni giorno la qualità del tempo.

A questa missione si affiancano i seguenti valori guida:

- Innovazione nei prodotti, nei servizi, nella vita del consumatore.
- Approccio semplice, giovane ed agile con le persone (poche regole definite, chiare responsabilità, poca burocrazia e costante monitoraggio dei risultati).
- Competitività nel raggiungere gli obiettivi.
- Anticipazione dei bisogni del mercato.

(*) *Angelo Stango è il responsabile delle Relazioni Industriali di Indesit Company.*

- Rispetto dell'ambiente.
- Comunicazione trasparente e puntuale.

3. Le risorse umane sono un fattore strategico del successo dell'azienda. Le persone collaborano in maniera integrata in gruppi di lavoro per raggiungere gli obiettivi aziendali. I *team* sono internazionali e coinvolgono aree aziendali diverse, realizzando un'effettiva interfunzionalità.

L'internazionalità dell'azienda è evidente anche nella formazione del *management*. Nei mercati europei la maggior parte dei manager vengono scelti localmente.

La giovane età e la crescente competitività del mercato richiedono una diffusa preparazione manageriale, infatti l'azienda dà fiducia ai giovani ed affida loro incarichi di responsabilità crescente.

Ciò che la società richiede alle persone si può sintetizzare nei seguenti punti: — *Dinamicità e velocità di decisione*. Ossia essere dinamici e veloci, curiosi e desiderosi di sperimentare nuove soluzioni. Da questa capacità propositiva nascono le innovazioni, caratteristica fondamentale della società. Dinamicità e velocità nelle decisioni devono andare di pari passo con la flessibilità e la capacità di adattarsi ai cambiamenti; la *job rotation* è molto frequente in azienda, anche uno o al massimo due anni per posizione.

— *Responsabilità delle proprie decisioni*. Grazie ad un'organizzazione piatta, con pochi livelli gerarchici, ognuno è da subito responsabile di decisioni e di attività. In alcune aree, ad esempio nella logistica, dopo sei mesi di *training* si può arrivare a gestire la programmazione della produzione di un intero stabilimento.

— *Spirito imprenditoriale e spirito di squadra*. Ricerca di persone propositive, animate da spirito imprenditoriale, capaci di inventare soluzioni, crederci e perseguirle con determinazione, sempre nella logica di squadra. L'atteggiamento individualista non premia: chi opera con imprenditorialità ha un reale desiderio di conoscenza dei collaboratori e capacità di condivisione di idee, progetti e sfide.

Per avvallare la grande attenzione alla gestione delle risorse umane è stato istituito un Comitato Risorse Umane che ha l'obiettivo di monitorarne le attività attraverso incontri con esperti della funzione e con i manager di linea. Questo comitato è composto dai membri del Consiglio di Amministrazione a cui si aggiungono alcuni membri esterni.

L'intero processo di sviluppo di Indesit Company è sintetizzato nel seguente schema circolare: *Strategic recruiting* — *Succession Plan* — *Reward & Recognition* — *Development Need* — *Performance evaluation* — *Training Plant*.

I sistemi di valutazione del personale poggiano prevalentemente su tre pilastri, che scandiscono anche temporalmente il processo di gestione del personale in azienda:

- *Salary plan*. Sistema di valutazione di tutte le posizioni aziendali a cui si aggancia la definizione delle politiche retributive collegate alla parte fissa della retribuzione.
- *Valutazione delle prestazioni*. Per i dirigenti, i quadri e i giovani laureati è

previsto che essa avvenga attraverso una scheda che viene compilata nel primo trimestre di ogni anno.

— *Valutazione del potenziale.* A cura della direzione del personale attraverso interviste ai manager di linea, da cui discende la definizione dei sentieri di carriera e del piano di sviluppo delle risorse.

Inoltre tra gli strumenti prevalenti per il sostegno dello sviluppo individuale vengono utilizzate prevalentemente la formazione e la *job rotation*.

Infine, un'attenta politica nella formazione del personale consente di formare internamente i dirigenti per le posizioni di vertice, mentre i livelli intermedi di *management* spesso provengono dal mercato (in questo modo la società acquisisce l'esperienza di persone formate in altre aziende).

Comunque lo strumento principale che sostiene l'intero processo di sviluppo è la *job rotation*, da cui passano i piani di carriera individuali, spesso caratterizzati da incarichi internazionali.

Tutti i percorsi di carriera sono personalizzati e attentamente pianificati caso per caso. Non esistono sentieri standard. Ciò consente una grande personalizzazione, anche se ha dei limiti collegati alla necessità di ripensare continuamente le diverse traiettorie di sviluppo.

A partire dal 2002, a seguito delle sollecitazioni collegate alle nuove e recenti acquisizioni, si è avvertita la necessità di introdurre sistemi di sviluppo e di carriera strutturati e specifici per le risorse di maggior valore. Tale processo è iniziato cercando prima di tutto di mappare e individuare queste risorse che definiamo *talent & young promise*.

In particolare, tale progetto si inserisce in una generale revisione delle politiche di gestione delle risorse umane i cui obiettivi sono:

- mappare l'organizzazione con l'intento di identificare i talenti;
- identificare le aree di forza dell'organizzazione e quelle in cui è invece richiesto un intervento di sostegno;
- identificare i manager (*senior e junior*) ad alto potenziale e assicurare loro congrue opportunità di sviluppo;
- identificare i punti di forza e le aree di miglioramento per quei manager che possono migliorare il loro contributo all'organizzazione attraverso la progettazione di percorsi di sviluppo personalizzati.

Il cambiamento è scaturito dall'esigenza di adeguare i sistemi alla nuova realtà strategico-organizzativa ed è finalizzato alla definizione di una comune visione sui sistemi e sulle politiche di gestione del personale nel gruppo e alla individuazione di una metodologia e di un approccio condiviso per progettare il ripensamento.

Le fasi del processo sono state le seguenti:

- definizione degli obiettivi e della metodologia;
- introduzione di una matrice di valutazione con l'obiettivo di classificare le persone sulla base del loro potenziale e delle loro *performances*;
- attività formativa a tutta la prima linea manageriale e dei loro primi riporti diretti, finalizzata a una migliore comprensione del progetto e all'attività di valutazione.

A seguito dell'implementazione di tale processo è stato deciso di adottare una matrice di valutazione del personale che consentisse di valutare congiuntamente il potenziale di ciascun lavoratore combinato al suo livello di *performance*.

Il processo di valutazione è a cura dei manager di linea e si attua attraverso delle interviste semi-strutturate ad opera della direzione del personale, che hanno l'obiettivo di omogeneizzare i criteri di valutazione e di ridurre le distorsioni percettive dei singoli valutatori.

Nello specifico il processo consente di classificare ciascun lavoratore in una delle cinque categorie identificate, ossia:

- *Eagle* (*performance*: standard o sopra la media; potenziale: sopra la media);
- *Solid* (*performance*: standard o sopra la media; potenziale: standard);
- *Backbone* (*performance*: standard o sopra la media; potenziale: al di sotto della media);
- *Better Use* (*performance*: sotto la media; potenziale: standard o sopra la media);
- *Not for Merloni* (*performance*: sotto la media; potenziale: sotto la media).

Lo scopo di tale classificazione è ovviamente quello di orientare i piani di sviluppo e la gestione delle persone in modo da sostenere tutti coloro che hanno rispettivamente *performance* e potenziale da media a sopra la media e da ridurre invece le altre zone.

Sicuramente tale progetto:

- induce maggiore attenzione in tutta l'organizzazione al processo di valutazione e ne amplia i contenuti;
- permette di legare gli obiettivi di *business* alla strategia di gestione delle risorse umane;
- consente una piena conoscenza delle persone e delle loro attività;
- stimola e crea occasioni per una discussione aperta e non condizionata su temi di rilevanza organizzativa;
- induce una maggiore attenzione alla gestione dei talenti.

A fronte di questi punti di forza occorre evidenziare anche delle criticità, ossia:

- richiede investimenti e attività di formazione sulle modalità di valutazione delle persone;
- i manager sono spesso gelosi delle loro risorse di maggior talento;
- non tutti i manager hanno una buona conoscenza delle persone che lavorano con loro e questo rende difficoltoso il processo di valutazione;
- richiede una schedulazione dei tempi del processo di valutazione e di sviluppo molto stringente e impegnativa;
- la comunicazione relativa al progetto è molto critica e ancora non è chiaro come procedere in merito rispetto ai diretti interessati.

Per concludere, la Indesit Company è orientata verso una definizione dei sistemi di carriera personalizzati, con incarichi e posizioni internazionali che passano attraverso strumenti di *job rotation* continui e spinti per le persone di maggior valore per l'azienda.

4. Il sistema delle Relazioni Industriali rispecchia i valori della Indesit Company e quindi: coinvolgimento, condivisione, pragmatismo, partecipazione, il tutto racchiuso in un motto: « per litigare c'è sempre tempo ». Questo fa in modo che il confronto/negoziazione sviluppi tutte le sue potenzialità per rendere l'azienda sempre più competitiva in un contesto di una sempre più crescente globalizzazione dei mercati.

In Indesit Company la partecipazione è considerata fondamentale, al fine di superare quel clima di sfiducia che da sempre aleggia nei rapporti tra sindacati e imprenditori, avendo ben presente che la forza delle Relazioni Industriali sta nella propria credibilità. La sfiducia, invece, rappresenta il presupposto principale per non capirsi, per non essere credibili, anzi fa sì che si finga di dialogare, ma in pratica si va avanti per monologhi, col risultato che eventuali intese si basano su equilibri scaturiti dai rapporti di forza.

La credibilità nelle Relazioni Industriali fa sì che il ricorso a soluzioni esterne (vedasi ricorso alla magistratura) rappresenti l'eccezione, in quanto si è in grado di trovare soluzioni accettate e di inventare scenari negoziali atti a garantire i risultati attesi, salvaguardando le esigenze dell'azienda, del sindacato e dei lavoratori.

Su tali basi, si è sempre cercato di disegnare un modello di negoziazione che consentisse di perseguire obiettivi comuni attraverso la condivisione degli obiettivi stessi, i quali a loro volta rappresentano la base per concordare gli strumenti atti al loro raggiungimento, nella consapevolezza che la ricchezza prima va creata e poi suddivisa.

Presupposto per una corretta partecipazione è la trasparenza e il dialogo continuo, attraverso un'informazione capillare a tutto tondo. Senza informazione non vi può essere dialogo.

Su tale assunto si cerca sempre di andare oltre l'accordo specifico del tema contingente, sforzandoci affinché in qualsiasi intesa vi siano i presupposti per la soluzione di future problematiche. Ogni accordo deve essere un investimento per il futuro.

Naturalmente questo vuol dire mettersi in gioco, scommettere sul futuro, passare dalla conquista delle proprie certezze alla sfida, che se vinta soddisfa le esigenze di entrambi. Se a fare quanto sopra si è in due si superano pregiudizi e diffidenze, che tanti danni procurano alle aziende e ai lavoratori, nella consapevolezza che non è possibile parlare di partecipazione senza individuare e privilegiare l'interesse comune.

In Indesit Company abbiamo cercato di concretizzare quanto sopra descritto attraverso la contrattazione di 2° livello.

Prima di tutto è stato sottoscritto in premessa che le parti « confermano di adottare il metodo partecipativo quale strumento efficace per trovare soluzioni coerenti con gli obiettivi condivisi, a tutela delle condizioni dei lavoratori e della competitività dell'Azienda ».

Pertanto il modello di Relazioni Industriali adottato ha tenuto conto, prima di tutto, della complessa articolazione organizzativa del sindacato, non privilegiando nessun livello (nazionale, territoriale, aziendale), ma dando ad essi un ruolo ben delineato.

Esso è così articolato:

- sistema informativo;
- sistema partecipativo;
- sistema premiante.

4.1. Il sistema informativo si estrinseca in tre parti e precisamente:

Materie di pertinenza del Comitato Aziendale Europeo:

- materie economiche, industriali e sociali che per il loro carattere globale si è ritenuto utile che siano affrontate a tale livello;
- attuazione ed andamento dell'accordo sul Codice di Condotta.

Materie di pertinenza del livello nazionale:

- scenario macroeconomico del settore;
- andamento mercati;
- prospettive del gruppo;
- investimenti per linee di prodotto e di processo;
- andamento occupazionale;
- andamento del premio di risultato;
- investimenti relativi alla formazione, alla sicurezza ed all'ambiente di lavoro;
- volumi produttivi attesi e realizzati;
- fattori di competitività.

Materie di pertinenza del livello territoriale/stabilimento:

- prospettive;
- investimenti di prodotto, di processo, formazione, ambiente e sicurezza;
- andamento occupazionale;
- dinamiche professionali;
- processi di esternalizzazione;
- dinamiche di orari, flessibilità e innovazioni nell'organizzazione del lavoro;
- andamento del premio di risultato;
- volumi produttivi.

4.2. Il sistema partecipativo si basa sull'istituzione di organismi partecipativi a composizione mista con compiti informativi/propositivi, fra cui i principali sono:

A livello nazionale:

- la commissione paritetica nazionale, che affronta i temi relativi all'andamento ed alle prospettive dell'azienda, con particolare riguardo: alle scelte strategiche del gruppo, all'evoluzione del mercato, al funzionamento del sistema partecipativo e alla verifica sull'andamento del sistema premiante;
- la commissione per la formazione, ove si discute del piano formativo aziendale e si propongono programmi formativi per i delegati sindacali e per i componenti delle commissioni aziendali;
- un coordinamento ristretto delle RSU e territoriali, al fine di snellire il processo decisionale.

A livello territoriale:

— è stata istituita una commissione territoriale per il contenzioso attinente il premio di risultato che interviene nei casi in cui non si riesca a trovare soluzioni a livello di stabilimento.

A livello di singola unità produttiva:

— vi è una commissione paritetica che concorda gli strumenti atti al raggiungimento degli obiettivi di qualità e produttività già prefissati nell'integrativo aziendale e ne monitorizza l'andamento. A tal fine analizza le esigenze formative dei lavoratori e della loro crescita professionale, le problematiche della produzione e gli eventuali effetti sulla produttività, i macroinvestimenti in macchinari direttamente sostitutivi dell'impiego della manodopera.

Fatto importante ai fini della trasparenza è che tutti i verbali delle commissioni paritetiche di ogni unità produttiva vengono inviati al responsabile delle relazioni industriali, alle strutture territoriali ed alle strutture nazionali, in modo che tutti siano al corrente di come viene gestito tale modello.

Come si vede tutto si basa sulla trasparenza, sulla fiducia, sulla condivisione degli obiettivi, sulle sfide e nel tener sempre presente quali sono i fabbisogni delle parti. Il che vuol dire che qualsiasi confronto non può non partire dall'analisi proprio di detti fabbisogni, con la finalità di poter soddisfare il proprio attraverso la soddisfazione di quello dell'altra parte.

Tali fabbisogni, per macrotemi si possono così sintetizzare:

Per l'azienda:

- essere competitiva;
- dare risposte immediate ai mercati;
- avere la certezza dei costi;
- avere un buon clima aziendale.

Per il sindacato:

- incrementare la retribuzione per i lavoratori;
- migliorare le condizioni di lavoro per gli stessi;
- incrementare l'occupazione;
- allargare il consenso.

A tal proposito ed a titolo di esempio vorrei descrivere brevemente come è stata gestita, utilizzando gli strumenti sopra citati, una problematica molto difficile, qual è quella legata alla flessibilità/precarietà.

Partendo dal presupposto che in un mercato molto competitivo, qual è quello dell'elettrodomestico, e con quote dello stesso non consolidate, in particolar modo nei Paesi dell'Est, se da una parte non è pensabile di gravarsi di personale stabile nei momenti di massima produzione e ricorrere alla cassa integrazione guadagni o peggio alla mobilità nei momenti di crisi (tali strumenti se, da una parte, consentono di gestire le problematiche legate agli esuberanti di personale, dall'altra creano un clima di sfiducia e di non collaborazione con pesanti ripercussioni sulla produzione e principalmente sulla qualità), dall'altra non si può gestire con la precarietà occupazionale, per cui si è cercato col sindacato una risposta che conciliasse le opposte esigenze. La soluzione condivisa è stata da una parte quella di utilizzare i contratti a termine in base alle effettive esigenze aziendali e dall'altra di effettuare annualmente, in ogni singolo sito produttivo, delle verifiche occupazionali con lo scopo di consoli-

dare l'occupazione a fronte di un consolidamento dei volumi produttivi (la sfida si fonda sul presupposto che una risposta veloce al mercato crea competitività e quindi consolidamento dei volumi, di conseguenza più occupazione stabile). Ed ancora si è tentato di uscire concettualmente dal termine precarietà prevedendo per ogni unità produttiva un bacino dove far confluire tutti coloro che anche per un solo giorno hanno lavorato con contratto a termine o come interinali nell'azienda. Tale bacino funge da serbatoio per attingere, col criterio dell'anzianità aziendale, a eventuali assunzioni, con qualsiasi tipologia contrattuale.

4.3. Il sistema premiante si fonda sulla « consapevolezza che, il miglioramento della qualità, della produttività e della competitività dell'azienda, nonché il miglioramento delle condizioni di lavoro sono obiettivi irrinunciabili e conseguibili con la reciproca collaborazione ».

Su tali basi si è costruito il premio di risultato correlato ad un meccanismo di variabilità crescente all'andamento reddituale della Società ed al raggiungimento degli obiettivi di qualità e di produttività dei singoli stabilimenti.

4.4. In tale scenario partecipativo, nel 1996 fu istituito il Comitato Aziendale Europeo (CAE).

Il progetto si basava sulla considerazione che avevamo stabilimenti dislocati in diversi Paesi, con culture e politiche specifiche e che se volevamo integrare le varie esperienze e far sì che pur salvaguardando le varie specificità ci fosse un substrato che accomunasse tutti anche dal punto di vista sindacale, occorreva uno strumento atto allo scopo. Inoltre, in un contesto ove le aziende devono confrontarsi in uno scenario sempre più internazionale, ove avvengono scambi dal punto di vista ingegneristico, logistico, di marketing, di persone, perché mai non vi dovevano essere scambi e confronti anche dal punto di vista sindacale? Il CAE è stato realizzato senza imporre il modello italiano e senza snaturare le esperienze dei diversi Paesi, nella convinzione che ogni Paese si è dotato di un proprio modello di Relazioni Industriali atto ad affrontare i conflitti, in base alla cultura, alle specificità e agli equilibri propri di quel Paese. Quindi si è partiti dalle esperienze dei singoli Paesi puntando, attraverso il dialogo ed il confronto, a far risaltare i punti comuni, pur salvaguardando le varie specificità, al fine di favorire la multiculturalità. Ad oggi il CAE vede coinvolti anche Paesi non della Comunità Europea, quali la Russia e la Turchia.

4.5. Tale impostazione ci portò nel 2001 a sottoscrivere il « Codice di Condotta », nella comune convinzione che esso: poteva porsi come un terreno fertile per un ulteriore sviluppo delle Relazioni Industriali a livello transnazionale, forniva la possibilità di andare oltre la mera capacità produttiva e ci dava l'occasione di prendere impegni verso la società in un quadro accettato e condiviso. Nella considerazione che la responsabilità sociale è un elemento di qualità di cui si deve tener conto nel processo vitale di un'azienda, sviluppando una cultura che vada oltre i semplici obblighi di carattere legale.

Per quanto concerne i contenuti di tale « Codice di Condotta », essi vanno inquadrati nel concetto che le imprese, nel garantire un profitto ai loro investitori, devono accompagnare tale obiettivo con l'incremento del benessere delle comunità nelle quali l'impresa opera e che i requisiti minimi per soddisfare questa responsabilità sono la salvaguardia dell'ambiente ed il rispetto degli standard fondamentali in materia di lavoro sanciti dall'Organizzazione Internazionale del Lavoro. Il tutto in un'ottica non prescrittiva ma tendente a modificare nel tempo l'approccio a tali temi.

In tale contesto ci si è impegnati al rispetto delle seguenti convenzioni dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro, e precisamente:

— n. 29 — È proibito l'utilizzo del lavoro forzato o eseguito in condizioni di schiavitù o fornito da reclusi.

— n. 138 — La non ammissione al lavoro dei bambini inferiori a 15 anni o più giovani dell'età dell'obbligo scolastico in vigore nei Paesi interessati.

— n. 182 — Sulle forme peggiori del lavoro minorile.

— n. 87 — Sul riconoscimento del diritto dei lavoratori a costituire dei sindacati e di aderire al sindacato.

— n. 98 — I lavoratori ed i datori di lavoro possono trattare liberamente ed in modo indipendente negoziando accordi a durata determinata e indeterminata.

— n. 111 — I lavoratori non possono essere discriminati in base alla razza, alla religione, alle opinioni politiche, alle origini sociali.

— n. 100 — Non vi possono essere discriminazioni salariali tra uomini e donne a parità di inquadramento professionale.

— n. 135 — I rappresentanti dei lavoratori non devono subire nocimento alcuno dipendente dalla loro attività di rappresentanza.

Inoltre, al fine di rendere operativo quanto sopra, anche presso i fornitori diretti operanti nei diversi contesti nazionali ove opera il gruppo Indesit Company, ci si è impegnati a:

— promuovere azioni positive per sostenere i principi di libertà sindacale, di organizzazione dei lavoratori e di contrattazione collettiva;

— intervenire tempestivamente per rimuovere eventuali situazioni di non conformità relative all'eliminazione dello sfruttamento del lavoro minorile e del lavoro forzato;

— disporre sanzioni nei confronti di quei fornitori diretti che ledano i principi contenuti nelle convenzioni n. 29-138 (divieto dell'utilizzo del lavoro forzato e eliminazione dello sfruttamento del lavoro minorile), fino a giungere, nel caso di reiterate violazioni, alla risoluzione del contratto.

Ultimamente siamo impegnati in un confronto col sindacato sul come poter ampliare l'ambito di applicazione del decreto legislativo n. 231/2001 — Codice di comportamento.

5. Per concludere, in Indesit Company, siamo fermamente convinti che il dialogo ed il confronto pagano, sia in termini di consenso che di una maggiore competitività, in quanto contribuiscono a sviluppare una cultura tendente alla sfida, al fare e quindi a guardare al futuro.

Sistema delle Relazioni Industriali e gestione del personale alla Indesit Company — Riassunto —
L'A. descrive la gestione del personale e il sistema delle relazioni industriali alla Indesit Company, azienda dalle dimensioni internazionali, ma fortemente radicata al territorio nazionale. Le risorse umane rappresentano un fattore strategico del successo dell'azienda: per questo è stato istituito un Comitato Risorse Umane con l'obiettivo di monitorarne le attività attraverso incontri con esperti della funzione e con i manager di linea. L'A. illustra l'intero processo di valutazione e di sviluppo del personale della Indesit Company il cui principale strumento è rappresentato dalla job rotation, attraverso cui passano i piani di carriera individuali, personalizzati e attentamente pianificati per le persone di maggior valore per l'azienda. Anche il sistema delle Relazioni Industriali rispecchia i valori della Azienda e quindi: coinvolgimento, condivisione, pragmatismo e partecipazione; valori che la Indesit Company ha scelto di concretizzare attraverso la contrattazione di 2° livello. Pertanto il modello di Relazioni Industriali adottato ha tenuto conto, prima di tutto, della complessa articolazione organizzativa del sindacato, non privilegiando nessun livello (nazionale, territoriale, aziendale), ma dando ad essi un ruolo ben delineato. Il modello delle Relazioni Industriali si articola in tre sistemi: informativo, partecipativo e premiante; ognuno di essi viene accuratamente descritto dall'autore. Inoltre, in questo scenario partecipativo, nel 1996 è stato istituito il Comitato Aziendale Europeo (CAE) con lo scopo di favorire, a livello sindacale, lo scambio e il confronto tra i vari stabilimenti della Indesit Company dislocati in diversi Paesi. Per un ulteriore sviluppo delle Relazioni Industriali a livello internazionale, i singoli Paesi hanno sottoscritto nel 2001 il « Codice di Condotta », il cui obiettivo è incrementare il benessere della comunità in cui opera l'impresa, nonché la salvaguardia dell'ambiente e il rispetto degli standard fondamentali in materia di lavoro, sanciti dall'Organizzazione Internazionale del Lavoro.

Personnel management and the system of industrial relations at Indesit (Article in Italian) — Summary —
This paper describes the personnel management and system of industrial relations at Indesit, a company with an international dimension, but with a strong Italian identity. Human resources are a strategic factor for the success of the company: for this reason a Human Resources Committee has been set up with a view to monitoring progress by means of meetings with human resources experts and line managers. The author illustrates the entire process of evaluation and development of personnel at Indesit, the main instrument being that of job rotation, an essential feature of carefully planned individual and personalised career plans adopted for most of the company employees. The system of Industrial Relations at Indesit reflects company values, such as involvement, sharing, pragmatism and participation, values that Indesit has chosen to promote by means of second-level collective bargaining. As a result the industrial relations model adopted takes account, first of all, of the complex organisational structure of the trade union, without giving priority to any of the levels (national, regional, company) but giving them a clearly defined role. The industrial relations model consists of three systems: information, participation and incentives, each of which is carefully described by the author. Moreover, in this participatory scenario, in 1996 a European Works Council (EWC) was set up with a view to promoting, at a trade union level, an exchange of views and experience between the various Indesit production plants located in various countries. For the further development of industrial relations at an international level, in 2001 the various countries adopted a Code of Practice, aimed at improving the wellbeing of the communities in which the company operates, as well as safeguarding the environment and complying with the fundamental labour standards adopted by the International Labour Organisation.

OSSERVATORIO DI GIURISPRUDENZA ITALIANA

Associazione in partecipazione

- *indici di sussistenza (1.1.)*

Condotta antisindacale

- *ambito di applicazione (lavoro in cooperativa) (2.4.)*
- *trattamenti migliorativi individuali (2.1.)*
- *licenziamento dirigente sindacale (2.2.)*
- *condotte datoriali non tipizzate e in astratto lecite (2.3.)*
- *diniego dei locali del committente per l'esercizio del diritto di assemblea dei dipendenti dell'appaltatore (2.5.)*

Infortunio sul lavoro

- *infortunio in itinere (3.1.)*

Lavoro subordinato

- *indici di sussistenza (4.1.)*

Licenziamento

- *ordine di reintegrazione a seguito di procedimento cautelare (5.1.)*
- *licenziamento del dirigente (5.2. – 5.4.)*

- *procedimento disciplinare (5.5.)*

- *giusta causa (5.6. – 5.7.)*

Obbligo di fedeltà

- *obbligo di non concorrenza (6.1.)*
- *obbligo di riservatezza (6.2.)*

Parità

- *discriminazioni di genere (7.1.)*

Previdenza

- *pensione di invalidità (8.1.)*
- *prestazioni previdenziali (8.2.)*
- *contribuzione obbligatoria (omissione) (8.3.)*
- *lavori socialmente utili (8.4.)*

Pubblico impiego

- *concorso (9.1.)*

Regioni (competenza delle)

- *formazione (10.1.)*

Trasferimento d'azienda

- *successione in appalto di servizi (11.1.)*

Nota per la lettura dell'Osservatorio di giurisprudenza ()*

I documenti indicati con il simbolo  sono pubblicati sul sito internet del Centro Studi Internazionali e Comparati « Marco Biagi » all'indirizzo www.csmb.unimo.it

Si segnala che le considerazioni contenute negli interventi dei funzionari e dirigenti della Pubblica Amministrazione sono frutto esclusivo del pensiero dei rispettivi Autori e non hanno carattere in alcun modo impegnativo per l'Amministrazione alla quale essi appartengono.

(*) L'Osservatorio di giurisprudenza è realizzato in collaborazione con ADAPT - Associazione per gli Studi Internazionali e Comparati sul Diritto Lavoro e sulle Relazioni Industriali e l'Associazione Industriale Bresciana, l'Associazione Industriali della Provincia di Vicenza, l'Unione degli Industriali di Bergamo, l'Assindustria di Genova, l'Unione degli Industriali della Provincia di Pordenone, l'Unione Industriale Torino, l'Unione degli Industriali della Provincia di Treviso, l'Unione degli Industriali della Provincia di Varese.

1. Associazione in partecipazione

1.1. Cass. 14 febbraio 2005 n. 2932 (in  *Boll. Adapt*, 2005, n. 24).

Associazione in partecipazione - Indici di sussistenza - Elementi determinanti - Indici complementari e sussidiari.

Nel rapporto di associazione in partecipazione con apporto di attività lavorativa da parte dell'associato, costituiscono elementi determinanti per la genuinità del contratto sia l'assenza di deviazioni dal modello associativo, sia l'assenza di subordinazione in capo all'associato, intesa quale vincolo personale che assoggetta il prestatore al potere direttivo del datore di lavoro con conseguente limitazione della sua autonomia, dovendo peraltro l'entità delle direttive e del connesso potere di controllo del datore di lavoro essere correlata sia alla natura delle prestazioni — assumendo rilievo sotto tale profilo la natura intellettuale e professionale delle stesse — sia al ruolo dei prestatori nell'ambito dell'impresa ed ai loro rapporti con l'imprenditore sul piano della capacità e della fiducia; solo quando tale ultimo carattere distintivo non sia agevolmente apprezzabile a causa del concreto atteggiarsi del rapporto occorre far riferimento ad altri criteri, complementari e sussidiari — come l'osservanza di un orario di lavoro predeterminato, il versamento a scadenze fisse di una retribuzione prestabilita, l'assenza in capo al lavoratore di una sia pur minima struttura imprenditoriale — i quali, benché privi di valore decisivo se individualmente considerati, ben possono esser valutati globalmente come indizi. Ne consegue ulteriormente che, con particolare riguardo all'attività di insegnamento in favore di istituti di carattere privato, qualora le modalità e caratteristiche concretamente assunte dalla prestazione consentano di ricondurre la stessa nell'ambito della subordinazione lavorativa resta irrilevante il diverso nomen juris dato dalle parti al rapporto all'atto della sua stipulazione, non potendo la necessaria indagine sulla loro volontà negoziale andar disgiunta da una verifica del concreto svolgersi della prestazione, in eventuale contrasto con la qualificazione datane dalle parti.

La Cassazione si pronuncia nuovamente sui criteri di distinzione fra associazione in partecipazione e lavoro subordinato

Sommario: **1.** Caratteristiche del rapporto di associazione in partecipazione e problemi qualificatori. — **2.** L'assenza di subordinazione come elemento essenziale dell'a.p. — **3.** Indici negativi dell'a.p. — **4.** ... ed indici sussidiari di subordinazione. — **5.** Conclusioni.

1. La Suprema Corte conferma la ben nota rischiosità (per l'imprenditore) del contratto di associazione in partecipazione (a.p.) con apporto di attività lavorativa da parte dell'associato.

Sopravvissuto fino ad oggi inalterato all'interno del codice civile (art. 2549 e ss. c.c.), il contratto di a.p. prevede l'attribuzione all'associato di una partecipazione agli utili dell'impresa o affare in cambio di un determinato apporto, che può essere rappresentato — per certi versi in contrasto con uno dei principi fondanti dell'OIL: *work is not a commodity* — da una prestazione di attività personale economicamente rilevante, senza vincolo di subordinazione.

Da ultimo, anche la riforma Biagi, che ha incidentalmente toccato il contratto in oggetto, all'art. 86, comma 2, d.lgs. n. 276/2003, ha lasciato inalterata la struttura del rapporto — strada peraltro obbligata (si veda G. PELLACANI, *L'associazione in partecipazione nel decreto attuativo delle deleghe in materia di occupazione e di mercato del lavoro*, in *LG*, 2003, 909, che ipotizza una possibile incostituzionalità della norma per sostanziale eccesso di delega), non essendovi alcun riferimento alla modifica di detto tipo contrattuale nell'ambito della l. n. 30/2003 —, prevedendo tuttavia la parificazione

dei diritti dell'associato a quelli di un lavoratore subordinato nel caso di partecipazione non effettiva e sostanzialmente elusiva delle norme a tutela del lavoro dipendente (con ciò recependo un ormai consolidato orientamento giurisprudenziale: cfr. *ex plurimis* Cass. 19 dicembre 2003 n. 19475, in *MFI*, 2004).

Ed infatti, se è pur vero che, in molti casi, l'attività prestata dall'associato (quale unico apporto o come parte dello stesso) presenta i tratti caratteristici dell'attività autonoma nell'ambito di una effettiva relazione associativa, senza che pertanto si pongano problemi in merito alla genuinità dell'a.p. (che, come detto, esclude ed è esclusa dalla sussistenza di subordinazione), in altri casi la modalità e le circostanze dell'attività prestata o persino la stessa natura di questa (pur essendo noto che, in linea di principio, una stessa attività umana economicamente rilevante può essere resa sia nelle forme della subordinazione che in quelle del lavoro autonomo; da ultimo, Cass. 11 febbraio 2004 n. 2622, in *MFI*, 2004), rendono necessaria una qualificazione finalizzata ad evitare l'utilizzo fraudolento o elusivo dello schema contrattuale associativo: i criteri distintivi tra lavoro subordinato e lavoro dell'effettivo associato hanno costituito, infatti, da tempo, oggetto di numerose pronunce, di merito e di legittimità.

Se infatti, a titolo di esempio, ricorrendo elementi tipici della subordinazione, quali la retribuzione preventivamente determinata (con conseguente tipica assenza di rischio in capo all'associato), è agevolmente superabile il *nomen iuris* conferito *ex ante* dalle parti al rapporto, in forza della concreta attuazione — da cui emerge la conforme successiva diversa volontà in tal senso — del diverso tipo contrattuale subordinato, resta invece talora complesso, per altro verso, discernere il lavoro dell'a.p. da quello del dipendente con retribuzione commisurata al rischio d'impresa (da ultimo, Cass. 19 dicembre 2003 n. 19475, in *LG*, 2004, 597, che individua l'elemento differenziale tra le due fattispecie nella partecipazione al rischio da parte dell'associato, il quale, pertanto, in caso di gestione negativa è tenuto a subire le conseguenze della stessa, perdendo o vedendo ridotto il compenso spettante).

2. La sentenza annotata aderisce all'ormai costante orientamento che individua la linea di demarcazione tra le due fattispecie nella presenza o meno, nel concreto atteggiarsi del rapporto, del vincolo di subordinazione, consistente nell'assoggettamento al potere gerarchico, direttivo e disciplinare dell'imprenditore, in tutta l'ampiezza individuata dalle combinate previsioni di cui agli artt. 2094 c.c., 2104 c.c. e 2105 c.c., con la conseguente costituzione di un vincolo personale di maggiore intensità rispetto a quello derivante dal generico potere dell'associante di impartire direttive ed istruzioni all'associato (in tal senso, Cass. 5 settembre 2003 n. 13013, in *RIDL*, 2004, 562, con nota di G. DEL BORRELLO, *La distinzione dell'associazione in partecipazione con apporto d'opera dal lavoro subordinato con partecipazione agli utili, tra vecchio e nuovo ordinamento*) e dell'inserimento funzionale del prestatore nell'organizzazione aziendale.

Il ricorso ad altri elementi distintivi, di natura complementare e sussidiaria, è soltanto eventuale e limitato ai casi in cui i caratteri della subordinazione non siano chiaramente riscontrabili, come spesso avviene in occasione di (ipotetico) conferimento di prestazioni di natura intellettuale o professionale (come nella vicenda concreta, in cui si tratta di docenti in istituto scolastico) o quando comunque l'individuazione del confine tra presenza di direttive ed istruzioni generiche (pienamente rientranti tra le prerogative dell'associante, cui spetta la gestione dell'affare o dell'impresa, *ex art.* 2552, comma 2, c.c.) ed effettivo esercizio del potere direttivo e disciplinare, caratteristico della subordinazione, ha contorni relativamente sfumati; o ancora quando, in ragione del margine di autonomia di cui fruiscono le figure dei lavoratori intellettuali o professionali, detti poteri sono più difficilmente individuabili, almeno in senso tradizionale.

In effetti, pur ritenendosi in linea di principio ammissibile il conferimento in a.p. di attività intellettuale (si veda, *inter alias*, M. DE ACUTIS, *L'associazione in partecipazione*, Cedam, Padova, 1999, 158 ss., sebbene in precedenza la Suprema Corte avesse dichiarato illegittimo il conferimento di attività professionale « protetta »: Cass. 12 marzo 1987 n. 2555, in *RDCComm*, 1988, 2, 18, con nota di A. STAGNO D'ALCONTRES, *Professioni intellettuali « protette » ed associazione in partecipazione*), la stessa non può *a fortiori* avere carattere subordinato, nel più ampio senso applicabile, data la difficoltà di intervento degli usuali incisivi e penetranti poteri datoriali nel materiale svolgimento del cuore della prestazione (sia consentito rinviare a L. RUGGIERO, *Criteri distintivi tra il lavoro dell'associato in partecipazione ed il lavoro subordinato*, in *DL*, 2001, II, 441). Diviene allora indispensabile l'esame di tutti gli altri eventuali indici rivelatori della natura subordinata del rapporto (Cass., sez. un., 30 giugno 1999 n. 379, in *LG*, 2000, 90; si veda anche E. MANGANIello, *Alla ricerca della subordinazione: appunti per la qualificazione del rapporto di lavoro subordinato*, in *RGL*, 2003, I, 539), tramite una valutazione complessiva del peso, più che del numero, degli stessi, in misura tale che possa emergere una prevalenza dei profili tipici del rapporto dipendente rispetto al vincolo associativo formalmente dichiarato e la conseguente deviazione dalla struttura tipica di questo (v., seppur sul diverso argomento del lavoro del socio di cooperativa, Cass. 13 luglio 2000 n. 9294, in *GC*, 2001, 2759, con nota di L. FERLUGA, *Socio di società cooperativa di produzione e lavoro o lavoratore subordinato?*).

3. Se è vero che il ricorso a tali criteri distintivi, di elaborazione per lo più giurisprudenziale (E. GHERA, *Diritto del lavoro*, Cacucci, Bari, 1996, 57), può risultare inconcludente qualora gli stessi vengano singolarmente considerati, è altresì vero che gli indici utilizzati possono avere un peso indiziario diverso tra loro, tanto più quando l'analisi avvenga nell'ambito di un possibile rapporto di a.p., in cui la ricorrenza di modalità concrete di inserimento e controllo del lavoratore sono astrattamente compatibili sia con la natura subordinata che con quella associativa (in *positio debilis*). In realtà, il rilievo indiziario maggiore viene attribuito dalla Corte territoriale ad un elemento negativo quale la sostanziale esclusione del lavoratore dalla vita attiva dell'associazione, desunta dall'assenza del periodico rendiconto, che costituisce irrinunciabile (e minimale) potere di controllo dell'associato, in assenza di più intensi diritti conferiti dal contratto.

Non si comprende, tuttavia, perché il giudice di merito abbia ritenuto, nel caso concreto, che « la messa a disposizione di detto rendiconto per chiunque volesse prenderne visione » (e, quindi, non soltanto per gli associati) potesse costituire conferma dell'assenza di partecipazione dei lavoratori all'a.p.

Sembrirebbe, all'opposto, preferibile ritenere che il mancato rendiconto assuma rilievo soltanto quale lesione dell'esercizio del potere di controllo del lavoratore nel caso in cui intenda effettivamente esercitare il relativo diritto, con la conseguenza che l'assenza di rendiconto dovrebbe ritenersi determinante soltanto qualora l'associato lo abbia espressamente richiesto.

Altro elemento negativo della sussistenza di genuina a.p., è stato rinvenuto nella violazione dell'art. 2550 c.c., che vieta l'attribuzione di partecipazioni ad altre persone, per la stessa impresa, senza il consenso dei precedenti associati: tuttavia, è prevista la possibilità di pattuizione contraria di talché l'esercizio di detta facoltà, ove prevista, non costituisce necessariamente deviazione dal modello associativo.

In ogni caso, il fatto che l'assenza di effettiva partecipazione alla vita attiva dell'associazione, comunque dedotta e configurata, costituisca elemento decisivo, anche isolatamente considerato, è confermato dall'art. 86, d.lgs. n. 276/2003, che sanziona tale

eventualità con la parificazione della prestazione al lavoro subordinato, perfino in assenza dei relativi indici.

Al limite tra l'assenza di effettiva partecipazione e la ricorrenza di elementi di subordinazione è l'indipendenza dei compensi al lavoratore rispetto agli utili (o alle perdite) realizzate nella gestione dell'impresa.

Come noto, l'art. 2553 c.c. prevede, salvo patto contrario, la partecipazione dell'associato alle perdite nella stessa misura in cui partecipa agli utili, limitatamente (per quanto riguarda eventuali perdite) al valore del conferimento.

L'assenza di vincolo associativo è in genere dedotta dall'assenza di rischio in capo al lavoratore, che costituisce anche elemento tipico della subordinazione.

Due aspetti, in particolare, sono generalmente considerati incompatibili con il carattere aleatorio dell'a.p.: la presenza di un compenso minimo fisso ed indipendente dall'esistenza di perdite di gestione e l'assenza di effettiva compartecipazione agli utili eventualmente realizzati.

Il primo caso, in realtà, presenta soltanto vantaggi per il lavoratore e sembra inoltre compatibile con le richiamate previsioni di cui all'art. 2553 c.c., che fanno a tal proposito salvo il patto contrario.

Nel secondo caso, invece, emerge con chiarezza l'inesistenza di effettivo vincolo di partecipazione associativa e l'utilizzo dello schema contrattuale per finalità elusive.

4. Gli indici della subordinazione sono collocati all'interno di un'ampia zona grigia, avente numerosi punti di contatto con situazioni tipiche anche di una genuina a.p.

Si consideri, ad esempio, la presenza di un orario di lavoro, non estraneo in linea astratta neppure al lavoro autonomo, e perciò non determinante di per sé ai fini del riconoscimento della subordinazione.

Il giudice di merito ha concretamente ritenuto rilevante, in concorso con gli altri criteri, l'organizzazione dell'attività di insegnamento secondo un orario stabilito dalla segreteria d'istituto anche nel rispetto degli interessi rappresentati dai lavoratori, e la necessità di comunicazione di eventuali richieste di modifica dell'orario stesso, assoggettate al parere positivo del gestore.

In realtà, tale impostazione suscita qualche perplessità dal momento che il coordinamento delle ore di lezione dei vari professori costituisce strada obbligata, nella quale non si estrinseca una vera e propria scelta dell'associante, dal momento che — per il fattore determinante della necessaria presenza degli alunni in un orario limitato e l'impossibilità di tenere più di una lezione nello stesso lasso di tempo — la questione non riguarda opzioni imprenditoriali ma, semmai, criteri di scelta prioritaria da parte dei docenti circa le ore di lezione e la necessità organizzativa di far combaciare il più possibile le esigenze dei vari insegnanti.

Anche la ritenuta concreta autonomia dell'associante nelle decisioni relative alla sostituzione degli insegnanti assenti, non pare decisiva, essendo l'unica strada percorribile nell'ambito di una corretta gestione dell'impresa, che dovrebbe rientrare tra le prerogative dell'imprenditore.

Lo stesso è a dirsi per la « obbligata giustificazione delle assenze per malattia o per altra causa » che costituisce necessaria salvaguardia per il corretto funzionamento di ogni meccanismo complesso in cui interagiscono diversi soggetti, indipendentemente dal carattere subordinato della prestazione.

Ed, infine, l'obbligo di partecipazione alle riunioni tra docenti e con i genitori degli alunni, costituisce prestazione necessariamente complementare a quella tipica dell'insegnante e non potrebbe rilevante per escludere la sussistenza di un'effettiva a.p.

5. Il problema della distinzione tra genuino rapporto associativo e lavoro dipendente potrebbe risolversi considerando determinante non soltanto la subordinazione di

natura funzionale nell'ambito dell'organizzazione imprenditoriale, in cui deve ritrovarsi inserito il lavoratore (in maniera non dissimile da quanto avviene per l'associato), ma anche quella di natura economica.

Da ciò dovrebbe trarsi la conseguenza che qualora la remunerazione dell'apporto lavorativo non solo sia effettivamente proporzionale agli utili o alle perdite ma, per il caso di utili, ecceda in misura evidente i minimi garantiti dalla contrattazione collettiva per le comparabili mansioni prestate in regime di subordinazione, non dovrebbero porsi ulteriori dubbi in merito alla configurazione del rapporto, dal momento che la consapevolezza e la libertà della scelta in capo all'associato, idonee ad apportare (almeno astrattamente) vantaggi tipici del capitale di rischio, non debbono essere stravolte *a posteriori*, in caso di esito negativo dell'impresa, sol per cercare di cogliere fior da fiore. Al contrario, quando ricorra una subordinazione non solo di tipo funzionale ma anche di tipo economico, non dovrebbero esservi ostacoli al riconoscimento dell'effettivo lavoro svolto ed alla conseguente estensione delle tutele del rapporto, tanto più in presenza degli indici di cui *supra*.


Altro dato determinante potrebbe essere la valutazione del lucro residuo dell'associante: se lo stesso non risulta in linea con le pattuizioni, sarebbe più facilmente individuabile il carattere fittizio dell'associazione.

Gli ultimi interventi legislativi, tendenti alla parificazione del costo e delle tutele del lavoro, in qualunque forma prestato, costituiscono il migliore meccanismo di dissuasione dall'uso elusivo di strumenti contrattuali paralavorativi e di fuga dal lavoro subordinato.

Decisiva, in tal senso, si è rivelata l'estensione dell'obbligo contributivo previdenziale per gli associati in partecipazione con apporto di attività lavorativa, previsto dall'art. 43, d.l. n. 269/2003, con istituzione di apposita gestione presso l'Inps, attualmente confluita (a seguito della l. n. 311/2004) nella gestione separata di cui alla l. n. 335/1995.

Luca Ruggiero
Professore a contratto
Università degli Studi di Genova

2. Condotta antisindacale

2.1. Cass. 11 marzo 2005 n. 5343 (in  *Boll. Adapt*, 2005, n. 23).

Condotta antisindacale - Concessione di aumenti retributivi per decisione unilaterale del datore di lavoro - Esclusione.

Deve escludersi che il riconoscimento da parte del datore di lavoro di aumenti retributivi ad una percentuale elevata di dipendenti, ancorché riassorbibili in quelli futuri derivanti dalla stipulazione di contratti collettivi, possa rivestire carattere antisindacale, perché non previamente contrattata con le organizzazioni sindacali.

Trattamenti migliorativi *ad personam* e condotta antisindacale

Sommario: 1. Premessa. — 2. La possibile legittimità di accordi individuali tra datore e singoli lavoratori. — 3. Riassorbimento di aumenti *ad personam* e condotta antisindacale. — 4. Discriminazione e antisindacalità.

1. Con la sentenza in commento la Corte di Cassazione interviene, ancora una volta, sul delicato tema della repressione della condotta antisindacale, esaminando una fattispe-

cie concreta che, già a prima vista, lascia trasparire la difficoltà dell'interprete di riempire una formula aperta come quella dell'art. 28 Stat. lav., soprattutto nei casi, frequentemente venuti alla ribalta nelle recenti dinamiche sindacali, in cui la presunta antisindacalità della condotta datoriale è sempre più velata e strisciante.

La fattispecie all'esame della Corte riguarda il riconoscimento, disposto in via unilaterale, da parte dell'azienda, di trattamenti economici migliorativi a vaste fasce di lavoratori assorbibili negli aumenti retributivi derivanti da futuri contratti collettivi nazionali e/o aziendali. Con ricorso *ex art. 28* della l. n. 300/1970, la Fiom-Cgil chiede al Tribunale di Milano che venga dichiarato antisindacale il comportamento posto in essere dalla IBM Italia, in quanto diretto a pregiudicare la funzione contrattuale del sindacato. Il Giudice del Lavoro con decreto respinge il ricorso, come pure la successiva opposizione proposta avverso il suddetto decreto. Al medesimo risultato perviene anche la Corte di Appello di Milano, che rigetta il gravame proposto dal sindacato, escludendo che la concessione di aumenti, ancorché riassorbibili, da parte dell'IBM ad un certo numero di dipendenti, possa esercitare alcuna influenza tanto sulla contrattazione collettiva nazionale, quanto su quella aziendale.

Contro tale decisione la Fiom-Cgil propone ricorso per Cassazione, deducendo diversi motivi di impugnazione della sentenza emessa dalla Corte territoriale. In particolare, si lamenta che la Corte di merito avrebbe omesso di considerare globalmente i comportamenti datoriali e, quindi, la loro idoneità lesiva dell'attività sindacale e di contrattazione: l'elevata percentuale dei lavoratori coinvolti, le modalità di concessione di tali aumenti, che ricalcano quelle previste dal Ccnl, nonché la separazione dei dipendenti dell'azienda dai risultati dell'attività sindacale, con una consequenziale limitazione del ruolo e dei possibili esiti della stessa, sono, ad avviso del sindacato, segni tangibili del carattere antisindacale della condotta datoriale.

Con la sentenza in commento la Corte di Cassazione conferma integralmente le conclusioni cui è pervenuto il Giudice d'Appello escludendo che il comportamento posto in essere dal datore di lavoro integri gli estremi di una condotta antisindacale. Partendo dalla natura « teleologica » della nozione di condotta antisindacale — tale da ricomprendere ogni comportamento del datore di lavoro, anche al di là delle ipotesi previste dai titoli II e III dello Statuto, diretto oggettivamente ad ostacolare l'attività sindacale — la Suprema Corte giunge ad escludere, con riferimento al caso di specie, che la concessione da parte del datore di lavoro di aumenti retributivi ad una percentuale, pur elevata, di lavoratori dell'azienda possa presentare carattere di antisindacalità.

In primo luogo, il solo fatto che tale concessione non sia stata oggetto di un preventivo accordo con le organizzazioni sindacali, ma il frutto di un'autonoma ed unilaterale iniziativa del datore di lavoro non rappresenta, secondo la Corte, un elemento sufficiente ad integrare un'ipotesi di condotta antisindacale.

Tale conclusione non è smentita dalla circostanza secondo la quale tali aumenti siano stati qualificati dal datore come riassorbibili in quelli futuri derivanti dalla stipulazione di contratti collettivi. Il meccanismo del riassorbimento non è, infatti, ritenuto idoneo a determinare alcuna limitazione del ruolo del sindacato nella contrattazione dei minimi retributivi inderogabili.

Solo la presenza di finalità discriminatorie, esclusa nel caso di specie, viene considerata dalla Corte un elemento capace di far assumere al comportamento datoriale, di per sé legittimo, carattere antisindacale.

2. La motivazione della Cassazione appare scandita su tre passaggi fondamentali:

a) legittimità dell'iniziativa unilaterale del datore di lavoro, a prescindere da preventive negoziazioni con la controparte sindacale;

- b) influenza, ai fini del giudizio di antisindacalità, del riassorbimento degli aumenti retributivi nei futuri trattamenti corrisposti dalla contrattazione collettiva;
- c) collegamento, nel caso di specie, del carattere antisindacale alla sussistenza di finalità discriminatorie.

La decisione della Corte si rivela nel complesso sostanzialmente condivisibile, anche se non mancano nell'ambito della breve motivazione alcuni elementi di perplessità.

Partendo dalla prima delle tre affermazioni, sembra indubitabile — al pari di quanto dichiarato in motivazione — la legittimità della scelta datoriale di corrispondere unilateralmente trattamenti *ad personam*.

In linea generale, rientra senz'altro nelle prerogative datoriali il potere di corrispondere, di propria iniziativa, senza alcun previo negoziato con le organizzazioni sindacali, trattamenti economici migliorativi ai singoli lavoratori (in generale sulle tecniche di retribuzione v., per tutti, L. ZOPPOLI, *La corrispettività nel contratto di lavoro*, Esi, Napoli, 1991). In mancanza di specifiche attribuzioni in via esclusiva alla contrattazione e più in generale di particolari obblighi di confronto e di coinvolgimento delle rappresentanze sindacali, non può di regola essere precluso al datore di lavoro di negoziare direttamente con i singoli lavoratori trattamenti economici ulteriori a quelli previsti dalla contrattazione collettiva. Né una simile condotta potrebbe essere di per sé esclusa invocando le norme di sostegno all'attività sindacale, prima fra tutte l'art. 28 Stat. lav. (sul punto v. T. TREU, *Condotta antisindacale e atti discriminatori*, F. Angeli, Milano, 1974).

Da tempo dottrina e giurisprudenza convengono che la l. n. 300/1970, nel promuovere e sostenere l'attività sindacale, non è andata al di là del riconoscimento del diritto a svolgere specifiche attività strumentali all'interno dell'impresa (al riguardo, v. per tutti C. ZOLI, *Gli obblighi a trattare nel sistema dei rapporti collettivi*, Cedam, Padova, 1992, spec. 94 ss.). Né la norma dell'art. 28 va senz'altro considerata come strumento funzionale a proteggere l'attività contrattuale in genere: essa mira a tutelare l'attività di autotutela dei lavoratori dal potere privato dell'imprenditore, senza però giungere al suo disconoscimento. Di qui l'imposizione al datore di un obbligo meramente negativo: quello di rispettare, nell'esercizio del suo potere, l'attività del sindacato e gli strumenti che la legge gli riconosce a supporto (M.G. GAROFALO, *Interessi collettivi e comportamento antisindacale dell'imprenditore*, Jovene, Napoli, 1979, 102).

Seguendo questa impostazione (ampiamente consolidata e condivisa) deve escludersi che il riconoscimento in via unilaterale di aumenti retributivi a favore di un numero, anche ampio, di lavoratori possa rappresentare, di per sé, una compressione dell'attività sindacale, nella misura in cui sottrae terreno all'autonomia collettiva ed al confronto sindacale (in questo senso v. già Cass. 24 aprile 1981 n. 2481, in *MGL*, 1981, 729). E ciò non solo e non tanto perché nel caso di specie si tratta di trattamenti senz'altro migliorativi per i lavoratori destinatari, ma soprattutto perché l'intervento unilaterale del datore di lavoro attiene ad un profilo della disciplina del rapporto di lavoro certamente circoscritto, che non intacca in modo consistente i temi tradizionalmente oggetto della dialettica sindacale. Del resto, pur riconoscendo la centralità che assumono le tematiche retributive nell'attività di contrattazione, non può nemmeno trascurarsi che il contratto collettivo investe ben più ampie materie ed interessi.

Il riconoscimento di generalizzate riserve di competenza a favore della contrattazione collettiva, oltre ad essere privo di alcun riscontro o fondamento normativo, produrrebbe l'effetto perverso di negare in radice qualsiasi concorso dell'autonomia individuale nella disciplina del rapporto di lavoro. Il tutto, tra l'altro, in controtendenza rispetto alle recenti aperture che il legislatore ha attuato a favore della volontà individuale nella disciplina di alcuni aspetti del rapporto di lavoro.

D'altra parte tale conclusione non è in alcun modo sconfessata da quella giurisprudenza della stessa Corte di Cassazione che, in alcuni casi, ha ritenuto antisindacale l'iniziativa del datore di lavoro di intraprendere trattative, in occasione dei rinnovi contrattuali, direttamente con i singoli lavoratori.

In una prima decisione (Cass. 15 aprile 1976 n. 1366, in *FI*, 1976, I, c. 1132) la Suprema Corte si era espressa nel senso della sussistenza per il datore di lavoro del dovere di riconoscere come proprio antagonista la rappresentanza sindacale nella determinazione delle condizioni di lavoro, senza che gli fosse consentito addurre la sua libertà di negoziare, o il diritto a rivolgersi ai singoli lavoratori per scavalcare la rappresentanza aziendale, dando luogo, così, ad una negoziazione diretta con i lavoratori stessi. Nella medesima direzione, in una successiva sentenza (Cass. 9 aprile 1992 n. 4319, in *FI*, 1993, I, c. 2318, con nota di P. BELLOCCHI) la Cassazione ha ribadito l'antisindacalità della condotta del datore di lavoro che, durante una vertenza gestita dalle rappresentanze aziendali, aveva distribuito una sua proposta di rinnovo ai singoli lavoratori, ignorando così gli organismi collettivi.

In questi casi, però, l'elemento principale in cui i giudici rinvennero il carattere antisindacale non è rappresentato tanto dalla circostanza che il datore di lavoro abbia intrapreso trattative individuali con i singoli lavoratori, quanto dal fatto che ciò sia avvenuto in pendenza o a ridosso di rinnovi contrattuali, specie se aziendali, su temi ancora oggetto del confronto sindacale (sul punto v. già Cass. 10 febbraio 1992 n. 1504, in *MGL*, 1992, 145). Di qui l'*attuale pericolo* che l'appropriazione di materie su cui ancora pendono trattative collettive si concreti in un'opposizione alla dialettica sindacale determinando, per tale via, una *concreta lesione* dei valori protetti dall'art. 28 Stat. lav. In un simile contesto non sorprende l'affermazione — compiuta dalla Corte nelle sentenze citate — che « la libertà dei lavoratori di organizzarsi in gruppo non tollera interferenze dell'imprenditore derivanti da interventi diretti sui singoli lavoratori ». Pertanto il datore di lavoro non può ignorare il gruppo e trattare direttamente con i singoli lavoratori se non a costo di interferire, scardinandola, nella formazione della volontà collettiva. Affermazione, questa, che solo in apparenza risulta poco sintonica con quella contenuta nella pronuncia in commento, dove si esclude l'antisindacalità della condotta datoriale « per il solo fatto che la concessione degli aumenti sia frutto di una decisione (...) non previamente contrattata con le organizzazioni sindacali ».

Stando alla descrizione dei fatti, sembrerebbe che l'iniziativa del datore di lavoro non si pone a ridosso di rinnovi di accordi o vertenze aziendali relative ad aumenti retributivi ed a questioni connesse ai trattamenti riconosciuti dal datore stesso ai singoli lavoratori; sicché non vi sarebbe alcun scavalco della controparte sindacale con il conseguente pericolo di interferenza negativa della scelta datoriale sulle concrete dinamiche sindacali.

D'altro canto, è appena il caso di sottolineare che proprio l'assenza di alcun riferimento all'eventuale pendenza o prossimità di scadenze contrattuali denota la scarsa consapevolezza che, in questa occasione, possiede la Corte in ordine alla rilevanza di tale aspetto ai fini dell'accertamento del carattere antisindacale della condotta datoriale. Tanto è vero che il principale argomento che la Cassazione adduce a sostegno della legittimità della condotta datoriale si fonda sull'oggettività dei criteri adottati dall'imprenditore nel riconoscimento dei trattamenti migliorativi, tale da escludere ogni spazio ad eventuali dubbi circa l'esistenza di una volontà discriminatoria del datore di lavoro. D'altronde lo stesso sindacato ricorrente implicitamente esclude tale eventualità, nella misura in cui lamenta che gli aumenti erogati dalla società sono parametrati in funzione del livello di inquadramento contrattuale, secondo criteri che riproducono quelli previsti dalla contrattazione collettiva.

3. Se con riguardo a tale profilo le argomentazioni dei giudici di legittimità, ancorché sintetiche, appaiono convincenti ed esaustive, qualche perplessità desta il ragionamento della Corte in ordine alla questione del riassorbimento degli aumenti individuali, in quelli futuri derivanti dalla stipulazione di contratti collettivi e sui possibili effetti che ne potrebbero derivare sull'attività sindacale.

In proposito la Cassazione sostiene, in modo quasi lapidario, che il meccanismo del riassorbimento non provoca alcuna limitazione del ruolo del sindacato nella contrattazione dei minimi retributivi inderogabili.

A ben vedere, tale affermazione, soprattutto per il carattere assertivo che presenta, lascia qualche residuo dubbio e incertezza. E ciò non tanto per la conclusione (alla fine condivisibile) che, nel caso di specie, sostiene la Corte, quanto soprattutto per il modo generalizzato e aprioristico con cui la stessa esclude alcuna possibile relazione positiva tra riassorbimento e antisindacalità.

Al riguardo, non pare possa negarsi che il meccanismo del riassorbimento degli aumenti individuali nei futuri (ed eventuali) aumenti derivanti dalla contrattazione collettiva nazionale e/o aziendale sia di per sé idoneo a creare una certa interazione (se non sovrapposizione) tra condotta datoriale e attività sindacale.

Come si è già avuto modo di osservare l'attribuzione di trattamenti migliorativi *ad personam* è riconducibile, in linea generale, all'esercizio di un legittimo potere contrattuale del datore di lavoro. Pur riconoscendo che la materia retributiva rientra nella tradizionale competenza della contrattazione collettiva, deve al contempo escludersi che, su tale terreno, il concorso tra autonomia collettiva e autonomia individuale sia lesivo dei beni protetti dall'art. 28 Stat. lav.

Se, dunque, la legittimità del trattamento *ad personam* può ritenersi tendenzialmente scontata, qualche dubbio, invece, affiora circa l'inidoneità del meccanismo di riassorbimento a creare una qualche interferenza, sia pure potenziale, con l'attività sindacale. Il datore di lavoro, da un lato, negozia legittimamente, con i singoli lavoratori, su di una materia tradizionalmente oggetto di negoziazione sindacale e, dall'altro, grazie al meccanismo del riassorbimento (che espressamente richiama), imputa i risultati della sua attività negozial-individuale alla stessa autonomia collettiva, ipotecandone in qualche modo ed almeno parzialmente il possibile esito. Il tutto con l'intuibile, quanto probabile, conseguenza di rendere i lavoratori già beneficiari del trattamento individuale meno interessati e partecipi al futuro possibile intervento della contrattazione sindacale ed alle relative azioni collettive.

È facile intuire che tale interferenza, da meramente potenziale, potrebbe acquisire una maggiore concretezza e spessore in presenza di alcuni specifici presupposti fattuali: primo fra tutti, anche se non decisivo, il numero dei lavoratori destinatari dei trattamenti in parola. Maggiore sarà la percentuale dei lavoratori coinvolti e più grande sarà la difficoltà del sindacato di imporsi all'imprenditore come controparte negoziale, in quanto meno larga sarà la base disposta a partecipare ad un'azione di lotta collettiva per la realizzazione di un risultato in tutto o in parte già riconosciuto singolarmente a larghe schiere di lavoratori.

Ed è altrettanto chiaro che la potenziale interferenza di una simile condotta con la (futura) attività sindacale sarà in grado di assumere una valenza ancor più concreta ed evidente soprattutto in relazione alla contrattazione aziendale: è qui che la condotta datoriale potrebbe effettivamente alterare i rapporti di forza tra le parti del conflitto, depotenziando la capacità di mobilitazione delle rappresentanze sindacali. Diversamente, se dal livello decentrato ci si sposta su quello nazionale, va da sé che

l'interferenza dell'iniziativa datoriale è destinata a perdere incidenza atteso che, rispetto ad una vertenza condotta sul piano nazionale, i rapporti di forza non risultano in gran modo variati o falsati dal « disinteresse » di diversi lavoratori di un'azienda. Sarebbe allora lecito domandarsi se il meccanismo del riassorbimento dei trattamenti *ad personam*, inserito in un contesto caratterizzato dalle specifiche condizioni fattuali sopra accennate, possa rappresentare una normale espressione del conflitto industriale o, piuttosto, un tentativo, strisciante e velato, diretto a drenare vigore e forza al conflitto stesso, nei limiti in cui ne mina alla radice i presupposti della sua stessa utilità: con ciò determinando, peraltro, un indiretto e potenziale indebolimento dell'azione sindacale, sia pure limitatamente alla contrattazione di migliori trattamenti economici (in questo senso v. Trib. Milano 16 novembre 1985, in *OGI*, 1986, n. 2, 345). Per dirla con parole autorevoli, riprendendo una classica dicotomia, non può tanto facilmente escludersi, che una simile condotta datoriale, combinata alla presenza di particolari condizioni, anziché integrare una lecita « opposizione che si muova nel conflitto », costituisca una possibile « opposizione al conflitto » (M.G. GAROFALO, *op. cit.*, 102).

4. Pur convenendo che nel caso di specie non sembrano sussistere le condizioni innanzi descritte, necessarie a conferire concretezza ed attualità alla potenziale interferenza tra aumenti *ad personam* e attività sindacale, vale la pena comunque di sottolineare che sarebbe opportuna l'adozione della massima cautela nell'escludere che comportamenti datoriali, sebbene invasi nella prassi negoziale, celino azioni dirette, anche se in maniera mediata, a limitare e indebolire l'azione sindacale.

A questo specifico riguardo non va sottaciuta la considerazione che lo stesso parallelismo compiuto dalla Corte tra intento discriminatorio e antisindacalità potrebbe destare qualche dubbio.

È vero che il carattere discriminatorio di una condotta datoriale rappresenta un sicuro indice di antisindacalità della stessa, ma è altrettanto chiaro che tale relazione non vale necessariamente al contrario.

Ancorare il giudizio di antisindacalità all'esistenza di finalità discriminatorie appare se non altro riduttivo dell'ambito di applicazione dell'art. 28: e ciò anche in considerazione delle inevitabili difficoltà probatorie dell'intento discriminatorio. D'altro canto, condotte prive di elementi reali o potenziali di discriminazione sindacale non possono di per sé ritenersi esenti dall'indagine circa la loro idoneità lesiva dei beni protetti dall'art. 28 Stat. lav.

Mario Quaranta
Assegnista di ricerca
Università degli Studi del Sannio

2.2. Trib. Bergamo 11 dicembre 2004 (in  *Boll. Adapt*, 2005, n. 12).

Condotta antisindacale - Licenziamento del dirigente sindacale in una procedura di riduzione del personale - Conseguente oggettivo indebolimento del sindacato - Sussistenza.

L'intimazione ad un dirigente sindacale di un licenziamento nell'ambito di una procedura di riduzione di personale, costituisce condotta antisindacale quando detto comportamento abbia provocato un oggettivo indebolimento del sindacato all'interno dell'azienda, realizzando una limitazione della libertà di azione dello stesso, scoraggiandone il ruolo e ponendo in essere una forma di intimidazione dei lavoratori, iscritti e non.

2.3. Trib. Bergamo 11 dicembre 2004 (in  *Boll. Adapt*, 2005, n. 12).

Condotta antisindacale - Condotte datoriali non tipizzate e in astratto lecite - Intenzionalità della condotta - Irrilevanza - Obiettiva idoneità della condotta a ledere la libertà e l'attività sindacale e il diritto di sciopero - Rilevanza.

Anche in caso di condotte datoriali non tipizzate ed in astratto lecite, per integrare gli estremi del comportamento antisindacale non è necessario — e neppure sufficiente — uno specifico intento lesivo da parte del datore di lavoro, sicché ciò che il giudice deve accertare è l'obiettiva idoneità della condotta denunciata a determinare la lesione della libertà sindacale, dell'attività sindacale e del diritto di sciopero.

(2.2. - 2.3.) Il provvedimento in epigrafe costituisce un'applicazione di principi giurisprudenziali consolidati in tema di antisindacalità dei comportamenti datoriali rivolti contro i membri delle rappresentanze aziendali. La vicenda concerne il licenziamento di un dipendente, dirigente sindacale e membro della RSU aziendale, nell'ambito di una procedura di riduzione di personale ex l. n. 223/1991. Secondo il ricorrente, le modalità di intimazione del licenziamento ed una serie di episodi precedenti dimostrerebbero come il provvedimento datoriale sia stato in realtà strumentalmente rivolto a colpire il lavoratore nel suo ruolo di rappresentante sindacale, frustrando le prerogative e l'immagine del sindacato cui questo apparteneva.

Classico esempio di condotta datoriale astrattamente lecita dalla quale derivano effetti limitativi della libertà e dell'attività sindacale, il licenziamento del dirigente di RSA/RSU è stato analizzato dai giudici principalmente in casi di recesso individuale (tanto nella veste del licenziamento c.d. « per rappresaglia », fondato sulla censura disciplinare delle critiche formulate dal sindacalista: cfr. Cass. 5 luglio 2002 n. 9743, in *FI*, 2002, I, 2625; Trib. Roma 10 gennaio 2003, in *RGL*, 2003, II, 808; Trib. Milano 27 settembre 2001, in *RCDL*, 2002, 78; Pret. Milano 26 gennaio 1999, in *RCDL*, 1999, 298, quanto in quella della pretestuosa allegazione di motivi aziendali che nasconde la volontà di indebolire, mediante l'allontanamento del dipendente, il sindacato in azienda: cfr. Cass. 18 agosto 2004 n. 16163, in *MGC*, 2004, fasc. 7-8), e tuttavia non mancano precedenti in cui, analogamente al caso di specie, il ricorso ex art. 28 concerne il coinvolgimento di esponenti sindacali nei licenziamenti collettivi (cfr. Cass. 24 maggio 1991 n. 5907, in *MGC*, 1991, fasc. 5; Cass. 22 dicembre 1987 n. 9534, in *MGC*, 1987, fasc. 12).

Secondo la costante giurisprudenza, le condotte datoriali attinenti alla dialettica sindacale — che comprendono le azioni rivolte nei confronti delle rappresentanze sindacali così come le attività correlate alla negoziazione ed alla gestione dei contratti collettivi — costituiscono una violazione dell'art. 28 Stat. lav. quando per loro tramite il datore consegua il risultato di ostacolare l'azione del sindacato, o comunque di screditarlo agli occhi dei lavoratori (cfr. Trib. Vicenza 11 aprile 2001, in *LG*, 2001, 965; Pret. Firenze 2 dicembre 1997, in *Toscana giurisprudenza*, 1998, 81; Trib. Milano 24 febbraio 1996, in *OGL*, 1996, 22; Pret. Brescia 27 luglio 1993, in *RGL*, 1994, II, 947; Tar Piemonte, sez. II, 24 gennaio 1997, in *FA*, 1997, 2049. In dottrina cfr. C. ASSANTI, *Condotta antisindacale nei rapporti di lavoro privati*, in *Enc dir.*, 2000, agg. IV; G. GIUGNI (diretto da), *Lo Statuto dei lavoratori*, Giuffrè, Milano, 1979). Facendo applicazione di tale principio nel caso di specie, il Tribunale ha rilevato che il licenziamento, emanato nel contesto di una procedura di mobilità tormentata, caratterizzata da gravi attriti tra la parte datoriale e i sindacati, aveva sortito esattamente quell'effetto. Il Giudice fonda la propria argo-

mentazione su rilievi di fatto quali: la mancata inclusione, da parte del datore, della tipologia di impiegato cui apparteneva il ricorrente tra quelle in esubero; il mancato rispetto dell'accordo secondo cui la dismissione dei lavoratori sarebbe dovuta avvenire gradualmente e con termini dilazionati; l'emissione di un provvedimento di trasferimento, poi non eseguito, nei confronti di un altro membro della RSU; l'intimazione del licenziamento al sindacalista secondo modalità diverse da quelle tenute nei riguardi degli altri lavoratori e in un momento nel quale questi si trovava in azienda al di fuori del turno di lavoro, per motivi attinenti al suo ruolo di rappresentante sindacale; la non corretta applicazione dei criteri di scelta. Detti elementi, complessivamente considerati, dimostrano secondo il Tribunale che il provvedimento datoriale era in realtà rivolto a privare di credibilità il sindacato, al fine di replicare ad un comportamento di quest'ultimo ritenuto dal datore non collaborativo a causa dell'aspra opposizione manifestata riguardo all'intenzione imprenditoriale di ridurre il personale.

Il Giudice precisa che il comportamento dell'imprenditore deve essere valutato in termini di effettività, ovvero rispetto al risultato concretamente ottenuto — l'indebolimento del sindacato e l'intimidazione dei lavoratori —, indipendentemente dalla sussistenza dell'intenzionalità del perseguimento di tale fine. Si presta così adesione all'orientamento che nega rigorosamente, in ogni caso, la necessità di uno specifico intento lesivo da parte del datore di lavoro (Cass., sez. un., 12 giugno 1997 n. 5295, in *FI*, 1997, I, e in *GC*, 1997, I, 2083; Cass. 22 aprile 2004 n. 7706, in *MGC*, 2004, fasc. 4; Cass. 5 febbraio 2003 n. 1684, in *LG*, 2003, 958; Cass. 22 giugno 1998 n. 6193, in *MGL*, 1998, 570; Trib. Milano 25 gennaio 2002, in *RCDL*, 2002, 335), contrariamente all'indirizzo che, ferma restando l'irrilevanza dell'elemento soggettivo in caso di condotte tipizzate, ne richiede la valutazione quando il comportamento del datore non si pone in diretto contrasto con norme imperative finalizzate alla tutela della libertà e dell'attività sindacale (cfr. Cass. 22 febbraio 2003 n. 2770, in *MGL*, 2003, 409; Cass. 7 marzo 2001 n. 3298, in *NGL*, 2001, 422; Trib. Modena 24 aprile 2003, in *MGL*, 2003, 721).

2.4. Trib. Bergamo 8 ottobre 2004 (in  *Boll. Adapt*, 2005, n. 10).

Condotta antisindacale - Lavoro in cooperativa - Attività lavorativa dei soci compresa tra quelle previste dai patti sociali e diretta al perseguimento del fine dell'ente - Applicabilità dell'art. 28 Stat. lav. - Esclusione.

Anche dopo l'emanazione della l. n. 142/2001, l'art. 28 Stat. lav. non è applicabile al lavoro in cooperativa qualora l'attività lavorativa consista in prestazioni comprese tra quelle previste dai patti sociali e dirette al perseguimento dei fini istituzionali dell'ente e non sia stato stipulato un ulteriore rapporto di lavoro subordinato tra l'ente e il socio.

2.5. Trib. Bergamo 8 ottobre 2004 (in  *Boll. Adapt*, 2005, n. 10).

Condotta antisindacale - Dipendenti dell'appaltatore/soci di una società cooperativa incaricata dell'esecuzione dell'appalto - Diniego da parte dell'appaltatore e del committente di svolgere l'assemblea nei locali del committente - Esclusione.

Non costituisce condotta antisindacale il diniego, da parte dell'appaltatore e del committente, dello svolgimento di un'assemblea da parte dei dipendenti dell'appaltatore nei locali del committente, poiché non sussiste in capo a quest'ultimo un obbligo legale di consentire al personale dell'appaltatore di tenere assemblee sindacali presso le proprie strutture.

(2.4. - 2.5.) Il provvedimento in epigrafe, adottando un'impostazione cauta circa l'applicabilità della procedura *ex art. 28 Stat. lav.* alle cooperative di produzione e lavoro, conferma l'orientamento maggioritario formatosi successivamente all'emanazione della l. n. 142/2001 (e della successiva modifica apportata dalla l. n. 30/2003), e contribuisce al superamento della giurisprudenza di merito dominante nel precedente quadro normativo, peraltro sistematicamente contrastata dalla Cassazione.

Il caso di specie riguarda il rifiuto, da parte di una cooperativa, di consentire ai soci-lavoratori addetti ad un appalto lo svolgimento di un'assemblea nei locali del committente. Secondo il Tribunale di Bergamo, che ha negato l'operatività della procedura statutaria, le recenti riforme (in particolare l'art. 2, l. n. 142/2001) hanno chiarito che i diritti sindacali spettano ai soci-lavoratori della cooperativa solo qualora questi abbiano stipulato un « ulteriore » (e non più « distinto », in seguito all'emanazione dell'art. 9, l. n. 30/2003) rapporto di lavoro subordinato. Pertanto l'adesione, da parte del legislatore, alla teoria della « duplicità dei rapporti » associativo-mutualistico e di lavoro (proposta da M. BIAGI, *Cooperative e rapporti di lavoro*, F. Angeli, Milano, 1983; F. GALGANO, *Mutualità e scambio nelle società cooperative*, in *Rassegna di Diritto Civile*, 1985, 1051; C. ZOLI, *Cooperative di lavoro e tutela del socio*, in *LG*, 1994, 105) non ha implicato l'avallo dell'indirizzo interpretativo di merito che, basandosi sul rilievo di una sostanziale similitudine tra le figure del socio-lavoratore e del prestatore di lavoro subordinato, comprovata dalla presenza di interessi antagonistici all'interno della cooperativa, dichiarava la piena applicabilità dei Titoli II e III dello Statuto anche in relazione al primo (cfr. Trib. Siena 18 giugno 1999, in *Toscana giurisprudenza*, 1999, 415; Trib. Bari 22 ottobre 2000, in *RIDL*, 2001, II, 635; App. Milano 30 marzo 2001, in *RIDL*, 2002, II, 724; Trib. Cuneo 5 gennaio 2002, in *RCDL*, 2002, 71; Trib. Vigevano 11 febbraio 2002, *ivi*).

Ad essere confermato è piuttosto l'orientamento maggioritario dei Giudici di legittimità, che muovendo dalla *ratio* dello Statuto, applicabile unicamente ai lavoratori subordinati, statuiva l'inapplicabilità dell'art. 28 allorché la prestazione lavorativa dei soci fosse riconducibile al rapporto societario e non già ad un ulteriore rapporto di lavoro subordinato (cfr. Cass. 18 luglio 2001 n. 9722, in *FI*, 2001, I, 3093; Cass. 27 agosto 2002 n. 12584, in *RIDL*, 2003, II, 482; Cass. 27 settembre 2002 n. 14040, in *FI*, 2003, I, 149. Anche alcune sentenze di merito hanno aderito a questo orientamento: cfr. Pret. Milano 1° aprile 1996, in *RCDL*, 1996, 624; Trib. Milano 22 novembre 2000, in *OGL*, 2000, 918. In dottrina il medesimo indirizzo è stato espresso da L. DE ANGELIS, *Il lavoro nelle cooperative dopo la l. n. 142/2001: riflessioni a caldo su alcuni aspetti processuali*, in *LG*, 2001, 818. Per ulteriori riferimenti al nuovo quadro normativo cfr. L. MONTUSCHI, P. TULLINI (a cura di), *Lavoro e cooperazione tra mutualità e mercato: commento alla Legge 3 aprile 2001, n. 142*, Giappichelli, Torino, 2002; L. MONTUSCHI, P. TULLINI (a cura di), *Le cooperative ed il socio lavoratore: la nuova disciplina (Legge 14 febbraio 2003, n. 30 e D. lgs. 10 settembre 2003, n. 276)*, Giappichelli, Torino, 2004).

A prescindere dalle considerazioni sull'inapplicabilità dell'art. 28, il Tribunale chiarisce che nella vicenda *de qua* la condotta contestata alla cooperativa non appare connotata da antisindacalità. Nonostante il diniego del diritto di cui all'art. 20 Stat. lav. costituisca una fattispecie tipizzata di condotta antisindacale (cfr. recentemente Cass. 5 febbraio 2003 n. 1684, in *LG*, 2003, 958; Trib. Milano 28 febbraio 2002, in *RCDL*, 2002, 600), secondo il Giudice il rifiuto di permettere lo svolgimento dell'assemblea nei locali del committente non è idoneo a ledere gli interessi collettivi tutelati dall'art. 28, avendo la cooperativa offerto in più occasioni i propri locali allo stesso fine. Neppure il diniego formulato dal committente è soggetto a censura, non avendo questi alcun obbligo di

concedere il godimento del diritto ai dipendenti dell'appaltatore. Siffatto obbligo non è desumibile dal comma 1 dell'art. 24, d.lgs. n. 276/2003, che nello stabilire l'applicabilità ai lavoratori degli appalti dei diritti sanciti dallo Statuto fa espressamente salve le disposizioni specifiche per il lavoro in cooperativa; né tantomeno lo è dal comma 2, che attribuisce al prestatore la possibilità di esercitare presso l'utilizzatore il diritto di assemblea e si riferisce esclusivamente alla somministrazione, non potendo essere applicato analogicamente alle ipotesi di appalto stante la profonda diversità fra le due fattispecie, oggi sancita dall'art. 29, d.lgs. n. 276/2003 (in tema cfr. P. ALLEVA, *La nuova disciplina degli appalti di lavoro*, in G. GHEZZI (a cura di), *Il lavoro tra progresso e mercificazione*, Ediesse, Roma, 2004, 177; P. ICHINO, *Somministrazione di lavoro e appalto*, in AA.VV., *Il nuovo mercato del lavoro: commento al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Zanichelli, Bologna, 2004).

3. Infortunio sul lavoro

3.1. C. Cost. 11 gennaio 2005 ordinanza n. 1 (in  *Boll. Adapt*, 2005, n. 1).

Omissis. Infortunio in itinere - Interruzioni o deviazioni non dipendenti dal lavoro o non necessitate - Esclusione della tutela assicurativa - Ritenuta equiparazione tra breve sosta e interruzione - Asserita ingiustificata discriminazione tra lavoratori infortunati, lesione della garanzia previdenziale, violazione del criterio direttivo contenuto nella legge di delegazione - Presupposto interpretativo erroneo - Manifesta infondatezza della questione - Omissis. (In GU, 19 gennaio 2005, n. 3).

È manifestamente infondata, in riferimento agli artt. 3, primo comma, 38, secondo comma, e 76 della Costituzione, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2, terzo comma, del d.P.R. 30 giugno 1965, n. 1124, aggiunto dall'art. 12 del decreto legislativo 23 febbraio 2000, n. 38, nella parte in cui esclude dall'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali gli infortuni in itinere in ogni caso di interruzione non necessitata del normale percorso di andata e ritorno dal luogo di abitazione a quello di lavoro e non solo quando l'interruzione determini l'insorgenza di una situazione di rischio diversa da quella occasionata dallo svolgimento delle mansioni lavorative, così da comportare il venir meno dell'occasione di lavoro prevista dall'art. 2, primo comma, del citato d.P.R. n. 1124 del 1965. Premesso che tra i criteri direttivi della delega di cui all'art. 55, comma 1, lettera u), della legge 17 maggio 1999, n. 144, vi era il recepimento dei principi giurisprudenziali consolidati in materia di indennizzabilità dell'infortunio in itinere, tra i quali quello secondo cui una breve sosta, che non alteri le condizioni di rischio per l'assicurato, non integra l'ipotesi dell'« interruzione », la questione risulta sollevata sulla base dell'erroneo presupposto interpretativo dell'assoluta equiparazione tra breve sosta e interruzione, equiparazione che deve invece essere esclusa alla luce di un'interpretazione adeguatrice che tenga conto del suindicato criterio direttivo e della tendenziale generalità della regola dell'indennizzabilità dell'infortunio in occasione di lavoro.

L'ordinanza n. 1/2005 dichiara manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2, comma 3, d.P.R. n. 1124/1965 (Testo Unico delle disposizioni per l'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali), aggiunto dall'art. 12, d.lgs. n. 38/2000. Su questa disposizione, in dottrina, vedi F. ALVARO, *L'infortunio in itinere dopo il d. lg. n. 38/2000*, in *ISL*, 2001, 242 ss.; G. CORSALINI, *Infortunio in itinere. Questioni applicative dell'art. 12 del d. lg. 38/2000*, Intervento alle Giornate di studio su *Il decreto legislativo 38/2000. Riflessioni e prospet-*

tive di una riforma in atto, Jesi, 7-8 giugno 2000, in *RIMP*, 2000, I, 27 ss.; A. GASPARI, *L'infortunio in itinere ovvero il riconoscimento legislativo della creativa attività giurisprudenziale. Luci e ombre*, in *LPO*, 2001, 1111 ss. V. M. MARINELLI, *La cristallizzazione dell'orientamento giurisprudenziale nell'attuazione della delega legislativa in tema di infortunio in itinere*, in *ADL*, 2001, 1009 ss.

Riteneva il giudice *a quo* che tale disposizione violasse gli artt. 3, 38, comma 2, e 76 Cost., dal momento che, in contrasto con la giurisprudenza precedente la modifica normativa, escludeva la risarcibilità dell'infortunio *in itinere* ogniqualvolta vi fosse una interruzione non necessitata del tragitto dal luogo di lavoro all'abitazione del lavoratore. Peraltro, precisava il Tribunale di Trento, la questione si profilava rilevante in quanto nel processo principale veniva richiesto il risarcimento per un incidente mortale subito da un lavoratore dopo una breve sosta in un luogo di ristoro posto lungo il tragitto, senza pertanto quella interruzione del rischio dalla quale la giurisprudenza precedente faceva dipendere l'assenza di risarcibilità.

Il giudice delle leggi risolve la questione attraverso il consueto utilizzo della interpretazione adeguatrice (per la quale si veda, ad esempio, la decisione n. 3/2004 in *GCost.*, 2004, f. 1.). La questione viene infatti dichiarata manifestamente infondata sul presupposto che l'intervento normativo del 2000 vada comunque inteso nel senso di escludere la risarcibilità soltanto dove ci sia una interruzione del tragitto, concetto da interpretarsi, peraltro, secondo la giurisprudenza pregressa, di modo che una breve sosta non escluderebbe il diritto al risarcimento in quanto non configurerebbe neppure una interruzione. Così interpretata, in modo restrittivo rispetto alla portata innovativa dell'intervento legislativo del 2000, la norma non appare contraria a Costituzione e può quindi essere applicata secondo la giurisprudenza costante.

Per alcune più recenti decisioni rilevanti in materia di infortunio *in itinere* si vedano Cass. 9 giugno 2003 n. 9211, in *RIDL*, 2004, II, 191 ss., con nota di O. BONARDI, *L'occasione di lavoro si ferma alle porte del condominio*, e in *FI*, 2003, I, 2630 ss., con nota di V. FERRARI, *Infortunio in itinere: forza espansiva della norma e interpretazione restrittiva del giudice*, e Cass. 11 dicembre 2001 n. 15617, in *RGL*, 2002, II, 630 ss., con nota di D. FODALE, *Infortunio in itinere tra giurisprudenza e successivi interventi normativi*. Nella giurisprudenza della Corte, per alcuni precedenti giudizi aventi ad oggetto l'art. 2, d.P.R. n. 1124/1965 si vedano le sentenze C. Cost. 12 gennaio 1977 n. 9, in www.cortecostituzionale.it, C. Cost. 27 luglio 1989 n. 462, in *MGC*, 1989, 435, e C. Cost. 3 ottobre 1990 n. 429, in *FI*, 1991, I, 25.

4. Lavoro subordinato

4.1. Trib. Bergamo 26 aprile 2004 (in  *Boll. Adapt*, 2005, n. 10).

Lavoro subordinato - Indici di sussistenza - Attività lavorativa organizzata, diretta e retribuita dall'appaltatore - Preselezione del lavoratore da parte del committente - Irrilevanza.


Nel caso in cui un appaltatore assuma un lavoratore per inviarlo ad eseguire la propria prestazione presso un committente, il fatto che quest'ultimo avesse preventivamente segnalato all'appaltatore il nominativo del lavoratore non basta a dimostrare l'instaurazione diretta di un rapporto di lavoro subordinato tra il lavoratore e il committente, qualora si provi che la prestazione lavorativa sia stata organizzata, diretta e retribuita dall'appaltatore.

La formulazione del ricorso introduttivo di parte consente al Tribunale di Bergamo di

aggiurare nella sentenza in epigrafe la complessa questione dei labili confini tra appalto lecito e interposizione vietata. Infatti, nel caso di specie una lavoratrice, inviata da una cooperativa a svolgere la sua prestazione presso un'impresa committente e successivamente allontanata da parte di quest'ultima, ha richiesto al Giudice l'accertamento dell'instaurazione diretta di un rapporto di lavoro subordinato con la committente, senza addurre una interposizione illecita di manodopera tra essa e la cooperativa. Il Tribunale, conformandosi all'orientamento consolidato, ha così agevolmente rigettato la domanda, avendo verificato la mancanza tanto dell'essenziale indice della eterodirezione, quanto degli indici sussidiari — tra i quali oggetto di esame nel caso *de quo* sono stati la corresponsione della retribuzione e l'inserimento nel ciclo produttivo, inteso come stretto coordinamento con l'assetto organizzativo dell'imprenditore —, la cui presenza, alla stregua del c.d. metodo tipologico, determina la qualificazione del rapporto di lavoro come di tipo subordinato (cfr. Cass. 29 marzo 2004 n. 6224, in *MFI*, 2004; Cass. 18 marzo 2004 n. 5508, in *MFI*, 2004; Cass. 13 giugno 2003 n. 9492, in *MFI*, 2003; Trib. Trento 11 marzo 1999, in *GM*, 2000, 583. In dottrina cfr. L. SPAGNUOLO VIGORITA, *Subordinazione e diritto del lavoro*, Morano, Napoli, 1967; per un'ampia panoramica delle posizioni giurisprudenziali e dottrinali sul punto cfr. P. ICHINO, *Il contratto di lavoro. I*, in A. CICU, F. MESSINEO (diretto da), L. MENGONI (continuato da), *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, Giuffrè, Milano, 2000), ma che nel caso di specie non sono stati dimostrati, essendo viceversa emerso che le direttive venivano impartite da parte di personale della cooperativa, che quest'ultima provvedeva ad erogare la retribuzione e che le mansioni della ricorrente erano limitate all'attività di facchinaggio oggetto dell'appalto e pertanto non si combinavano con quelle strettamente inerenti all'attività produttiva dell'impresa committente.

Peraltro il Giudice precisa che, anche nel caso in cui fosse stata ipotizzata una illecita intermediazione di manodopera, se ne sarebbe dovuta dichiarare l'insussistenza, dal momento che l'attività appaltata veniva diretta ed organizzata direttamente dalla cooperativa, munita all'uopo di una propria autonoma struttura operante per l'esecuzione di diversi appalti, senza alcun inserimento nella struttura organizzativa e nel ciclo produttivo del committente. Anche a questo proposito il Giudice accede all'orientamento consolidato, a mente del quale l'autonomia gestionale dell'appaltatore e la gestione economica a suo rischio, che rappresentano gli indici di genuinità dell'appalto, sono compatibili con lo svolgimento dell'attività nel contesto di pertinenza del committente e con una limitata ingerenza da parte di quest'ultimo, qualora essa sia necessaria in ragione della natura dell'appalto e purché non privi di ogni utilità l'apporto dell'appaltatore riducendolo alla mera gestione amministrativa dei rapporti di lavoro (cfr. Cass. 27 gennaio 2005 n. 1676, in *RFI*, voce *Lavoro (Rapporto)*, 2005, n. 30, 3890; Cass. 30 dicembre 2003 n. 19860, in *MFI*, 2003; Cass. 19 dicembre 2002 n. 18098, in *MFI*, 2001; Cass. 30 ottobre 2002 n. 15337, in *FI*, 2003, I, 815; Cass. 5 ottobre 2002 n. 14302, in *RIDL*, 2003, II, 254; Trib. Firenze 17 ottobre 2002, in *Foro toscano*, 2003, 78. In dottrina cfr. O. BONARDI, *L'utilizzazione indiretta dei lavoratori*, F. Angeli, Milano, 2001; M.T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui: interposizione, comando, lavoro temporaneo, lavoro negli appalti*, Giuffrè, Milano, 2000). In relazione al caso di specie valgono a dimostrare la genuinità dell'appalto, da un lato, la presenza di un rappresentante della cooperativa con funzioni di raccordo tra il committente e il personale addetto all'appalto, cui il primo impartiva le direttive sulla base delle indicazioni ricevute dal committente (ma *contra* cfr. Trib. Monza 2 dicembre 2000, in *RCDL*, 2001, 117); dall'altro, l'adibizione del personale assunto dalla cooperativa a mansioni di puro facchinaggio, estranee all'ordinario ciclo produttivo del committente.

5. Licenziamento

5.1. Cass. 25 gennaio 2005 n. 1431 (in  *Boll. Adapt*, 2005, n. 17).

Licenziamento - Intervenuta reintegrazione a seguito di provvedimento cautelare - Opzione per l'indennità sostitutiva ex art. 18, comma 5, Stat. lav. - Inammissibilità.

Le diversità non solo strutturali ma anche funzionali dell'ordine di reintegrazione emesso ai sensi dell'art. 18 della l. n. 300/1970, rispetto al provvedimento che ordina il ripristino del rapporto ex art. 700 c.p.c., escludono che il provvedimento di urgenza consenta l'opzione per la indennità sostitutiva in luogo della reintegrazione nel posto di lavoro.

Natura ed effetti dell'ordine di reintegrazione in via di urgenza nella giurisprudenza della Suprema Corte

Sommario: **1.** Il caso di specie. — **2.** Le diversità strutturali e sostanziali dell'ordine di reintegrazione emesso in via d'urgenza e con sentenza di merito. — **2.1.** Inestensibilità dell'art. 18 ai provvedimenti cautelari. — **2.2.** Non necessarietà dell'invito a riprendere il servizio. — **2.3.** Il termine per la ripresa del servizio.

1. La Cassazione torna ad interrogarsi su natura ed effetti dell'ordine di reintegrazione emesso ai sensi dell'art. 700 c.p.c.

In particolare, discussa, nel caso di specie, è la facoltà per il lavoratore licenziato che abbia ottenuto la reintegrazione in via d'urgenza di chiedere, in sostituzione della ripresa del servizio, l'indennità di quindici mensilità, così come previsto dall'art. 18, comma 5, Stat. lav. per l'ipotesi di reintegrazione ordinata con sentenza di merito.

Occasione per approfondire la questione è la vicenda di una lavoratrice che, licenziata ed ottenuta in via cautelare la reintegrazione nel posto di lavoro, comunica al datore di optare per la corresponsione dell'indennità sostitutiva, e viene nuovamente licenziata per non essersi presentata al lavoro.

La Corte di Appello conferma la validità del secondo licenziamento, escludendo che il provvedimento cautelare di reintegrazione possa considerarsi presupposto per l'esercizio dell'opzione prevista dall'art. 18, comma 5, Stat. lav.

Il giudice di legittimità ribadisce l'esistenza di molteplici profili di distinzione fra la reintegrazione in via cautelare ed il provvedimento, da ritenersi dunque solo apparentemente analogo, di reintegrazione impartito dal giudice ai sensi dell'art. 18, comma 1, Stat. lav.; profili tali da non consentire di conseguire « in base ad esso — il provvedimento di urgenza — l'indennità in luogo della reintegra ».

Deve condividersi la conclusione cui giunge la Cassazione, ma non altrettanto può dirsi per le considerazioni da cui la stessa muove. Ritenendo che « il fondamento logico dell'art. 18 Stat. lav. e quello che connota l'ordine di reintegrazione emesso in via cautelare (di definire e dare conclusione stabile alla situazione giuridica conseguente all'ordine di reintegrazione emesso dal giudice a seguito dell'accertata illegittimità od inefficacia del licenziamento ovvero per ragioni di urgenza dovute alla minaccia di un pregiudizio imminente od irreparabile temuto dal lavoratore) sia logicamente il medesimo in entrambi i casi », il giudice di legittimità afferma che la disposizione di cui all'art. 18 deve ritenersi analogicamente estesa ai provvedimenti cautelari che dispongano la reintegrazione, non rilevando in senso contrario la circostanza che ad essi non sia seguito il giudizio di merito.

Sulla base di tali premesse, ci si sarebbe probabilmente dovuti attendere che la Corte avallasse l'opzione per l'indennità sostitutiva effettuata dalla ricorrente; al contrario, la Cassazione, come già detto, opta per la sua inammissibilità.

2. Ai fini di un corretto inquadramento della questione, deve essere evidenziata la sostanziale diversità strutturale e sostanziale che connota la reintegrazione in via cautelare rispetto a quella ordinata dalla sentenza di merito che annulla il licenziamento.

Non bisogna lasciarsi ingannare dal fatto che il giudice, quando indica la data entro la quale il lavoratore dovrebbe riprendere servizio sulla base di un provvedimento cautelare, utilizzi l'espressione « reintegrazione ».

Sulla base dell'art. 700 c.p.c., il giudice pronuncia provvedimenti atipici, destinati ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione di merito (C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, Giappichelli, Torino, 2004, tomo IV, 275 ss.), strutturati con la tecnica dell'anticipazione (cfr. sul punto L. MONTESANO, *I provvedimenti d'urgenza nel processo civile*, Jovene, Napoli, 1955, 139), che possono assumere contenuto vario, avuto riguardo alle specifiche e sempre mutevoli esigenze delle situazioni concrete cui si devono adattare. Il limite generale entro cui può essere emesso il provvedimento cautelare di reintegrazione coincide con quello proprio di ogni azione cautelare, il *fumus boni iuris* ed il *periculum in mora*.

Per quanto ora ci interessa, al momento della richiesta di reintegrazione in via cautelare, il licenziamento è di norma recente, ed il giudice con l'ordine di reintegrazione mira ad assicurare al lavoratore, nell'immediato, quei mezzi di sussistenza che generalmente sono rappresentati dalla retribuzione. Il presupposto del pregiudizio irreparabile nelle more del giudizio ordinario, richiesto per la concessione di un provvedimento di urgenza, consiste dunque in tal caso nella lesione dell'interesse del lavoratore, strettamente correlato al diritto alla retribuzione, a garantire a sé e alla propria famiglia una esistenza libera e dignitosa, lesione che non risulta reintegrabile per equivalente ed in via risarcitoria a seguito dell'ordinario giudizio di merito (il danno economico costituito dalla perdita della retribuzione non concretizza di per sé il requisito del *periculum in mora* necessario per ottenere in via d'urgenza la reintegrazione nel posto di lavoro, secondo i giudici spetta al lavoratore licenziato provare « la sussistenza di effetti pregiudizievoli ulteriori ed aggiuntivi ..., tali da incidere e compromettere beni di rilevanza costituzionali », così Trib. Bari 14 giugno 2004, in *Giurisprudenza locale-Bari*, 2004; Trib. Roma 19 giugno 2003, in *Il Nuovo Diritto*, 2003, 763; Pret. Cagliari 20 luglio 1990, in *Riv. giur. sarda*, 1991, 456; Pret. Cagliari 6 febbraio 1987, *ivi*, 1989, 437).

L'ordinanza ex art. 700 non contiene dunque né l'accertamento dell'illegittimità del licenziamento o dei crediti vantati dal lavoratore (riservato al giudice di merito, come afferma Cass. 9 luglio 2004 n. 12767, in *MGC*, 2004, fasc. 7, secondo cui « il provvedimento assicura in via provvisoria la ripresa del lavoro e della relativa retribuzione, ma non vale ad accertare l'obbligo datoriale del pagamento della retribuzione maturata nel periodo intermedio, onde deve ritenersi che il suddetto provvedimento sia inidoneo a fondare la domanda di tali retribuzioni azionate dal lavoratore in sede monitoria »), né un'anticipazione della sentenza conclusiva del giudizio in corso, rappresentando soltanto quel provvedimento che appare, secondo le circostanze, più idoneo ad assicurare provvisoriamente al lavoratore il godimento di diritti costituzionalmente tutelati (Cass. 20 gennaio 1997 n. 551, in *MGL*, 1997, 272).

La reintegrazione a seguito di sentenza di merito ha invece più che altro effetto restitutorio, dovendosi intendere l'azione del lavoratore, volta a far valere l'infondatezza del licenziamento, quale azione di responsabilità per inadempimento del datore.

Sia il provvedimento cautelare, sia la sentenza di merito che dispone la reintegrazione hanno efficacia immediata, ma la seconda *ex tunc*, mentre l'ordinanza cautelare è destinata ad esaurire la propria efficacia nell'ambito temporale del processo, salvo il suo eventuale assorbimento nelle statuizioni contenute nella emananda sentenza di merito.

2.1. Dall'analisi fin qui condotta risulta discutibile l'affermazione, da cui prende le mosse il giudice del caso di specie, secondo cui la natura e la funzione della reintegrazione ordinata in via d'urgenza sarebbero identiche; viene viceversa convalidata la tesi opposta, secondo cui si devono tenere distinte le due fattispecie, « non solo dal punto di vista dogmatico-ricostruttivo, ma anche pratico-fattuale » (così sul punto, L. SGARBI, *L'opzione sostitutiva della reintegrazione dopo il provvedimento d'urgenza*, in *LG*, 1998, 850).

La disciplina di cui all'art. 18 Stat. lav. non può dunque trovare estensione in via analogica ogniqualvolta viene disposta una reintegrazione in via cautelare; anche perché l'applicazione analogica della norma presupporrebbe un vuoto normativo che non è dato riscontrare, giacché il giudice interviene con il provvedimento di urgenza sulla base di poteri conferitigli e disciplinati già dal codice di procedura civile.

Deve pertanto negarsi la praticabilità dell'opzione indennitaria in caso di reintegrazione in via di urgenza.

La questione pone invero due ordini di problemi.

Negare l'operatività dell'opzione indennitaria significa, in primo luogo, escludere, come nel caso di specie, la facoltà in capo al lavoratore di optare per l'indennità di quindici mensilità in luogo della reintegrazione. Seppure muovendo da considerazioni affatto condivisibili, per i motivi già esposti, è innegabile la validità della conclusione appoggiata dalla Suprema Corte, cui si intende aderire.

In secondo luogo, si deve escludere che la ripresa del servizio conseguente al provvedimento cautelare precluda in alcun modo la facoltà di chiedere, a seguito di successiva sentenza di merito che accerti l'illegittimità del licenziamento, l'indennità sostitutiva *ex art. 18*.

Orientamento maggioritario è infatti quello secondo cui la facoltà di scelta per l'indennità sostitutiva non può ritenersi consumata né per effetto della richiesta del provvedimento cautelare di reintegrazione, né per effetto della ripresa del lavoro conseguente al provvedimento stesso, né per il protrarsi delle prestazioni anche dopo l'emanazione della sentenza di reintegrazione nel posto di lavoro (Cass. 16 giugno 1998 n. 6005, in *MGL*, 1998, 655), in quanto il diritto di opzione deve ritenersi possibile sino alla scadenza del termine di trenta giorni sancito *ex art. 18*, comma 5, Stat. lav.

In altre parole, il diritto riconosciuto al lavoratore, il cui licenziamento sia stato dichiarato illegittimo, di optare per l'indennità sostitutiva della reintegrazione nel posto di lavoro può essere esercitato anche quando la funzionalità del rapporto sia già stata ripristinata a seguito del provvedimento d'urgenza, atteso che la reintegrazione disposta in sede cautelare non è assimilabile all'ordine di reintegrazione disposto con la sentenza che decide sul licenziamento. Ciò non solo per le ragioni già esposte, ma anche perché la misura cautelare non costituisce statuizione, neppure implicita, sull'interesse del lavoratore alla stabilità del rapporto, bensì solo tutela interinale della continuità del reddito e del patrimonio professionale (così Cass. 11 febbraio 2002 n. 1925, in *RIDL*, 2002, II, 626; la prestazione resa non può ritenersi manifestazione di alcun atto di volontà né da parte del datore di lavoro, né del lavoratore secondo Cass. 11 febbraio 2002 n. 1925, cit.; Trib. Milano 22 dicembre 1993, in *NGL*, 1994, 387).

2.2. La diversità strutturale delle due fattispecie induce a negare fondatezza anche a quell'orientamento secondo cui (cfr. Cass. 28 gennaio 2003 n. 1254, in *MGL*, 2003, 353)

il datore di lavoro sarebbe tenuto, pure a fronte della reintegrazione in via cautelare, a formulare l'invito alla ripresa del servizio.

Non si può mancare di ricordare come la reintegrazione disposta ai sensi dell'art. 18 presupponga la volontà, non coercibile, del datore di lavoro (cfr. Trib. Latina 5 dicembre 1997, in *FI*, 1999, I, c. 2117) di consentire la ripresa del servizio, sicché questi deve appunto formulare previamente un invito alla controparte, mentre il provvedimento cautelare espone il datore ad una mera soggezione all'ordine dell'autorità giudiziaria (le osservazioni testè svolte convergono nel senso di escludere che la reintegrazione in via cautelare costituisca dunque fatto volontario *ex latere creditoris* o *ex latere debitoris*).

Neppure l'esigenza di definire la situazione giuridica conseguente all'ordine giudiziale ovvero a definire le sorti del rapporto originario nel senso del suo ripristino o della sua risoluzione motiverebbero la necessità dell'invito (così anche N. DE MARINIS, *Mancata esecuzione del provvedimento cautelare di reintegra ed ammissibilità dell'opzione per l'indennità sostitutiva*, in *MGL*, 2003, 355).

Come già spiegato, il provvedimento cautelare è connotato da una intrinseca provvisorietà, destinata alla automatica caducazione, con conseguente riviviscenza della preesistente situazione giuridica e così dell'effetto risolutivo connesso all'intimato licenziamento. Ciò fa sì che il problema della definizione della situazione giuridica conseguente all'emanazione del provvedimento cautelare di reintegrazione si risolva in sé, senza la necessità di alcuna attivazione da parte del datore di lavoro neppure nel senso della formulazione dell'invito alla ripresa del servizio.

2.3. Lo spostamento dell'attenzione dal momento soggettivo della manifestazione di disponibilità da parte del datore a consentire la ripresa del servizio, a quello oggettivo dell'esecuzione dell'ordine del giudice, determina la conseguente centralità dell'indicazione, nel provvedimento che dispone la misura cautelare, di un termine per la sua attuazione.

Solo la mancanza di un termine per la reintegrazione (cfr. sulla questione Cass. 20 gennaio 1997 n. 551, in *MGL*, 1997, 272) potrebbe forse legittimare l'utilizzo del termine di trenta giorni disposto dall'art. 18 Stat. lav. (così Cass. 28 gennaio 2003 n. 1254, cit.) come limite estremo per l'esecuzione della misura cautelare.

A ben guardare però anche in tal caso l'applicazione della disciplina dell'art. 18 Stat. lav. continuerebbe ad apparire incoerente con la funzione del provvedimento emesso in via di urgenza.

Il termine di trenta giorni, infatti, a prescindere dalle sue origini in stretta connessione funzionale con l'esercizio della opzione indennitaria (il termine è previsto per garantire al lavoratore uno *spatium deliberandi* che gli consenta di valutare quelle modificazioni sul piano soggettivo ed oggettivo — sopraggiunta maggiore gravosità per ragioni fisiche o famigliari o psicologiche a riprendere il lavoro, reperimento *medio tempore* di altra, più conveniente occupazione, peggioramento delle condizioni dell'impresa — che si determinano di regola durante il corso del processo e che sottostanno al riconoscimento legislativo della facoltà di scelta per l'indennità integrativa anziché la ripresa del servizio), finisce per risultare ingiustificatamente gravoso per il datore di lavoro soccombente a fronte di un'istanza cautelare, in caso di successiva sentenza a sé favorevole. Per quei trenta giorni, infatti, se valesse veramente la pretesa simmetria del provvedimento cautelare con la sentenza di merito, dovrebbe essere corrisposta la retribuzione, pur in assenza di controprestazioni.

Fabrizia Santini
Dottoranda di ricerca in Diritto del lavoro e relazioni industriali
Università degli Studi di Pavia

5.2. Cass. 17 gennaio 2005 n. 775 (in  *Boll. Adapt*, 2005, n. 6).

Licenziamento - Licenziamento del dirigente - Giusta causa - Giustificatezza - Differenza.

La nozione di « giustificatezza » del licenziamento, che rileva ai fini del riconoscimento del diritto all'indennità supplementare, spettante in base alla contrattazione collettiva al dirigente, non coincide con quella di « giusta causa » o « giustificato motivo » del licenziamento del lavoratore subordinato, ma è molto più ampia, e si estende sino a comprendere qualsiasi motivo di recesso, che ne escluda l'arbitrarietà, con i limiti del rispetto dei principi di correttezza e buona fede nell'esecuzione del contratto, e del divieto del licenziamento discriminatorio.

5.3. Cass. 17 gennaio 2005 n. 775 (in  *Boll. Adapt*, 2005, n. 6).

Licenziamento - Licenziamento del dirigente - Giustificatezza - Diritto all'indennità supplementare - Insussistenza.

Fatti o condotte che con riguardo al rapporto di lavoro in generale non integrano giusta causa possono giustificare il licenziamento del dirigente con conseguente disconoscimento dell'indennità supplementare prevista dalla contrattazione collettiva.

5.4. Cass. 17 gennaio 2005 n. 775 (in  *Boll. Adapt*, 2005, n. 6).

Licenziamento - Licenziamento del dirigente - Giustificatezza - Fatti a sostegno - Analisi complessiva dell'operato del lavoratore.

La giustificazione del recesso del rapporto di lavoro con il dirigente può essere tratta dalla analisi complessiva del suo operato e non solo dai fatti immediatamente precedenti il licenziamento.

(5.2. - 5.4.) Licenziamento del dirigente: interpretatio prevalente in tema di recesso nell'area di libera recedibilità

Sommario: **1.** Premessa. — **2.** Il recesso per giusta causa. — **3.** Il licenziamento assistito da « giustificatezza » e conseguente disconoscimento dell'indennità supplementare. — **4.** Inapplicabilità del principio di immediatezza della contestazione degli addebiti, ove la decisione relativa al recesso si fondi necessariamente sulla valutazione complessiva di tutto il progresso della vita lavorativa del dirigente.

1. La pronuncia del Supremo Collegio conferma inoppugnabilmente l'*interpretatio* prevalente in tema di licenziamento del dirigente, che pone, ancora una volta, la categoria dei dirigenti nella peculiare fattispecie dell'area esclusa dalla stabilità reale del posto di lavoro, tutelata dalle norme di legge sui licenziamenti individuali (in successione, l. n. 604/1966, art. 18 della l. n. 300/1970 — Stat. lav. — nonché l. n. 108/1990), per apprestare solo una tutela risarcitoria sancita dall'art. 2118 c.c. e dalle norme della contrattazione collettiva sul criterio di « giustificatezza ».

Propriamente nel termine e nella sostanza del criterio *de quo*, il Supremo Collegio, a conferma del pensiero espresso dalla consolidata giurisprudenza della Corte stessa, ha

rinvenuto la *ratio* della « giustificatezza » nell'intrinseco e peculiare rapporto fiduciario, che esiste tra l'*alter ego* dell'imprenditore e il datore di lavoro stesso. Come ha sottolineato, infatti, la Corte Suprema in una precedente decisione, « la giustificatezza contrattuale è criterio di valutazione più ampio di quello legale, perché si misura esclusivamente sul piano fiduciario e, quindi, per un verso, oltre l'ambito dell'inadempimento degli obblighi contrattuali, per altro verso, oltre la fiducia ordinaria propria degli altri rapporti di lavoro » (Cass. 6 ottobre 1998 n. 9896, in G. PERDONÀ, *Il licenziamento del dirigente pubblico e privato*, Cedam, Padova, 2004).

2. Ci sia consentito, per meglio motivare i summenzionati assunti, di entrare, appena, nel caso concreto e, quindi, nello svolgimento del processo, al fine di poter meglio interpretare il pensiero della Cassazione, così vigorosamente ribadito nella pronuncia *de qua* su temi di importanza dogmatica e storica quali l'istituto della giusta causa, del giustificato motivo e il novello criterio di « giustificatezza », di fonte contrattuale collettiva, che trova, oggi, applicazione solo nel licenziamento del dirigente.

Questi i principi toccati con maestria dalla Suprema Corte nell'intenzione di voler, ancora una volta, ribadire la suddetta ed importante distinzione tra ciò che s'intenderebbe per giusta causa, per giustificato motivo e, nella peculiare fattispecie del dirigente, per giustificatezza.

Propriamente, nella fattispecie il Giudice del gravame, nello svolgimento del processo, aveva ritenuto illegittimo il licenziamento per giusta causa intimato ad un dirigente dell'Associazione Industriale Bresciana, sul presupposto dell'inesistenza, in capo al medesimo, di una responsabilità soggettiva talmente grave da compromettere irrimediabilmente l'elemento fiduciario del rapporto.

Il Giudice del merito « aveva concluso per l'inesistenza di una giusta causa di licenziamento », ribadendo nuovamente i principi che sorreggono il licenziamento per giusta causa, nella fattispecie, del dirigente; giusta causa che troverebbe la sola ed unica legittimazione nello *status* di impossibilità, anche soltanto provvisoria, come sancito dall'art. 2119, comma 1, c.c., della prosecuzione del rapporto di lavoro, per la rilevanza della gravità dell'inadempimento desunta dal comportamento del lavoratore subordinato.

Orbene, tale gravità di inadempimento, come ribadito dalla Corte di gravame, non è stata né desunta e nemmeno provata durante lo svolgimento del processo.

Ravvisa, infatti, detta Corte un'assenza di responsabilità del dirigente in una situazione che è soltanto di contrasto, sia pur marcato, tra il medesimo ed i vertici dell'impresa, contrasto, invero, molto risalente nel tempo (come qui minuziosamente coglie la Corte) e, del resto, sempre tollerato dall'azienda stessa.

Inoltre gli addebiti formulati al dirigente dall'Associazione Industriale Bresciana risultavano comunque addebiti generici e, quindi, non atti ad inficiare, per la loro gravità, il rapporto di lavoro, come « l'ingiuria o la diffamazione », comportamenti illeciti rilevanti anche sul piano penalistico, e quindi tali, da legittimare, nel caso concreto, un recesso immediato per giusta causa.

La Suprema Corte, accogliendo le affermazioni del Giudice del gravame, ha inteso ribadire fermamente, attraverso la disamina del caso concreto, il principio legislativo della giusta causa, in quanto principio da applicarsi nei confronti di tutti coloro che sono titolari dello *status* di lavoratori subordinati e, quindi, stante la disposizione dell'art. 2095 c.c., anche nei confronti dei dipendenti di grado più elevato, ovverosia i dirigenti, pur nell'ambito della diversità delle conseguenze del licenziamento a seconda che si versi nell'area di stabilità del posto di lavoro o, invece, nell'area di libera recedibilità. Diversa, rileva il Supremo Collegio, è la nozione di « giustificatezza », che trova la sua

ratio nell'ampiezza ed intensità del rapporto fiduciario, ampiezza ed intensità che postulano una visione di assoluta condivisione delle politiche aziendali e gestionali.

3. Ci si permetta, quindi, di dedurre, che la fattispecie del licenziamento assistito da « giustificata » trovi il proprio fondamento nella volontà dei contraenti collettivi di fornire un criterio che consenta al vertice aziendale di estromettere un dirigente quando, pur non essendosi reso responsabile di specifici, notevoli inadempimenti, eserciti il suo potere organizzativo e direttivo in contrasto o in modo difforme dalle politiche aziendali e dalle direttive dei supremi vertici.

Mere contraddizioni di vedute lontane di gestione aziendale devono poter permettere al datore di lavoro, trovandosi in forte disaccordo con il proprio *alter ego*, di poter recedere dal contratto, attraverso lo strumento giuridico-contrattuale del licenziamento assistito da giustificata, legittimandone, quindi, il licenziamento con la sola motivazione (nei limiti dell'arbitrarietà, della correttezza e buona fede e del licenziamento discriminatorio) di non poter portare avanti un rapporto che inficia la fiducia, ove alla base vi sia, in capo al dirigente, una lungimiranza di vedute così distanti, da quelle che l'azienda intende portare avanti.

Proprio chi scrive queste righe può dare contezza, nel ruolo vissuto in prima linea da Responsabile delle Risorse Umane in azienda e quale Consulente nella gestione dei rapporti di lavoro, di come sia costante e frequente il manifestarsi di disparità di vedute tra l'imprenditore ed il dirigente per quanto concerne le politiche ed i criteri di gestione dell'azienda.

E questo hanno voluto senz'altro ribadire, all'unisono, il pensiero del Supremo Collegio e quello della Corte di gravame, escludendo la qualificazione giuridica di « giusta causa » nel comportamento del dirigente per le dianzi esposte ragioni, e ritenendo, invece, sussistenti le ragioni che riconducono il comportamento del dirigente nell'ambito del paradigma normativo della « giustificata », atteso che il comportamento del dirigente, durante tutto il suo vissuto lavorativo, lungi dal sostanzarsi in inadempimenti, si è caratterizzato unicamente per il perpetuarsi dell'insanabile contrasto di vedute circa le politiche ed i criteri di gestione aziendale.

Nel concludere il suo pensiero la Suprema Corte sembra quasi voler osservare che, stante l'importanza assunta dal criterio della « giustificata » in rapporto agli obiettivi che il dirigente è chiamato a conseguire, giusta sia la conseguenza, nel caso di sussistenza della « giustificata » stessa, del disconoscimento dell'indennità supplementare. Una adeguata tutela — ci sembra — delle ragioni dell'impresa, ci sia consentito ribadirlo, in un caso così importante come quello in cui sono in discussione gli obiettivi dell'azienda, nonché le politiche e le direttive necessarie per realizzarli.

Un orientamento, quello della Corte Suprema, che si riscontra anche nelle precedenti sentenze di Cassazione (vedi, ad es., Cass. 23 febbraio 2002 n. 2639, in *NGL*, 2002, 361, secondo cui « stante la peculiarità del rapporto di lavoro del dirigente in cui l'aspetto fiduciario assume un'incisiva rilevanza, conseguendone che fatti o condotte non integrabili una giusta causa o un giustificato motivo di licenziamento, con riguardo agli altri rapporti di lavoro subordinato, ben possono giustificare il licenziamento del dirigente con disconoscimento dell'indennità supplementare, allorquando concretizzino valide cessazioni del rapporto di lavoro in relazione al suo carattere spiccatamente fiduciario »).

Tali asserite conclusioni esauriscono le argomentazioni in punto di diritto in merito al licenziamento assistito da « giustificata » per quanto concerne la pronuncia *de qua*, che siamo stati chiamati a commentare.

4. Attraverso i motivi del gravame, la Suprema Corte ha avuto anche occasione di

tornare a pronunciarsi sul requisito dell'immediatezza, che deve caratterizzare la contestazione dell'addebito in materia disciplinare.

In particolare, la Corte del diritto ha ribadito che non si pone neppure un problema di requisito di immediatezza, allorché, per pervenire alla sua decisione, il datore di lavoro debba necessariamente valutare tutto il pregresso del lavoratore nel suo esprimersi ed atteggiarsi nell'interesse del suo vissuto lavorativo.

A ciò si aggiunge, comunque, che la « giustificatezza » potrebbe sussistere anche nel caso di contrasto di vedute tra dirigente ed imprenditore, manifestatosi solo in un determinato momento, senza che per questo debba pretendersi, in capo al datore, l'obbligo dell'immediatezza della contestazione, ove il contrasto di vedute non sia accompagnato da uno specifico inadempimento.

Quanto sopra, perché sia chiaro che il requisito *de quo* è richiesto dall'art. 7, l. n. 300/1970 (Stat. lav.) e dai suoi migliori interpreti, in relazione ai comportamenti concretanti inadempimenti colpevoli del lavoratore, ovverosia violazioni, da parte del lavoratore, di uno dei suoi doveri, nei confronti del datore di lavoro, inadempimenti e violazioni che non sussistono se il rapporto tra imprenditore e dirigente è caratterizzato soltanto dal summenzionato contrasto di vedute.

A chiusura di queste note giova, pertanto, tener presente che l'insegnamento della Suprema Corte nella commentata sentenza ha confermato l'orientamento prevalente:

1) sui criteri che sorreggono la nozione di « giustificatezza », in quanto nozione ben diversa dalla giusta causa e dal giustificato motivo;

2) sulla legittimità del disconoscimento del diritto del dirigente alla corresponsione dell'indennità supplementare, nel caso in cui il licenziamento sia riconosciuto assistito da « giustificatezza »;

3) sul fatto che non si ponga un problema di obbligo, a carico del datore, di rispettare il requisito dell'immediatezza nella contestazione dell'addebito, ove la decisione di licenziamento si fondi necessariamente su una valutazione di tutto il vissuto lavorativo del dipendente, tanto più, nel caso del dirigente, se la contestazione non abbia ad oggetto inadempimenti colpevoli (disciplinarmente perseguibili), bensì soltanto contrasti di vedute sulle politiche e sui criteri di gestione aziendale.

Sabrina Moneghini
Responsabile delle Risorse Umane
Cataloghi Direct Marketing spa

5.5. Cass. 13 gennaio 2005 n. 488 (in  *Boll. Adapt*, 2005, n. 10).

Licenziamento - Licenziamento disciplinare - Procedimento - Richiesta da parte del lavoratore di un supplemento di difesa - Obbligo del datore di lavoro di dar seguito alla richiesta - Limiti.

Nell'ambito del procedimento di contestazione disciplinare, regolamentato dall'art. 7 della l. n. 300/1970, ove il lavoratore, pur dopo la scadenza del termine di cinque giorni dalla contestazione dell'addebito, richieda un supplemento di difesa, anche se la stessa si sia già svolta con l'audizione personale o con la presentazione di giustificazioni scritte, l'obbligo del datore di lavoro di dar seguito alla richiesta del lavoratore sussiste solo ove la stessa risponda ad esigenze di difesa non altrimenti tutelabili, in quanto non sia stata possibile la piena realizzazione della garanzia apprestata dalla legge. Conseguentemente, la presentazione di ulteriori difese dopo la scadenza del tempo massimo deve essere consentita solo nell'ipotesi in cui entro questo termine il lavoratore non sia stato in grado di presentare compiutamente la propria confutazione dell'addebito e la valutazione di questo presupposto va operata alla stregua dei principi di

correttezza e buona fede che devono regolare l'esercizio del potere disciplinare del datore di lavoro.

Licenziamento disciplinare e termine per le giustificazioni del lavoratore

La pronuncia in commento torna sul tema dell'onere imposto al datore di lavoro di consentire al lavoratore l'integrazione delle proprie difese — nell'ambito di un procedimento disciplinare *ex art. 7, l. n. 300/1970* — anche oltre il termine di cinque giorni previsto dal comma 5 della norma citata.

La fattispecie esaminata dalla Corte è relativa ad un licenziamento disciplinare per giustificato motivo del dipendente di un istituto di credito che aveva ottenuto da un cliente la delega per operare sul conto corrente del cliente medesimo, sicché l'addebito contestato si riferisce ad un conflitto di interessi contrario alle disposizioni del contratto collettivo applicato al rapporto di lavoro con la banca, che vietano al personale dipendente di svolgere attività a favore di terzi senza una preventiva autorizzazione.

Il punto di diritto affrontato dalla Corte si inserisce nella nota *querelle* interpretativa sulle modalità di esercizio del potere disciplinare da parte del datore di lavoro e delle correlate esigenze di bilanciamento delle posizioni delle parti contrapposte nella procedura disciplinare. (Per un'ampia disamina degli orientamenti contrastanti sia in dottrina sia in giurisprudenza, vedi G. AMOROSO, *Nuovo intervento delle sezioni unite in tema di licenziamento disciplinare*, in *FI*, 1994, 1708, ed il contributo correlato di O. MAZZOTTA, *A proposito di licenziamento disciplinare illegittimo e sanzioni conseguenti*, *ivi*, 2708).

Al riguardo si può rilevare che gli indirizzi interpretativi espressi non sono unanimi, né in dottrina né in giurisprudenza, e questo nonostante il fatto che l'estensore affermi in motivazione la necessità di attenersi all'indirizzo espresso dalle Sezioni Unite nella pronuncia 26 aprile 1994 n. 3965 (in *OGL*, 1994, I, 328, con nota di F. MALERBA, *Tassativo o dilatorio?, ovvero le Sezioni Unite confermano la natura non perentoria del termine di cui all'art. 7, quinto comma, dello Statuto dei Lavoratori*), ribadito più recentemente in data 7 maggio 2003 nella sentenza n. 6900, rilevato anche dalla sentenza 23 marzo 2002 n. 4187 (in *RIDL*, 2002, I, 881). In dottrina, cfr. M. CERRETA, *Le Sezioni Unite sulla tutela procedimentale del licenziamento disciplinare*, in *DL*, 1994, II, 367; G. MARTINUCCI, *Licenziamento disciplinare e modalità di esercizio del diritto del lavoratore alla difesa*, in *RIDL*, 2002, II, 881; L. ANGELINI, *Sulla intensificazione contrattuale della tutela del lavoratore nel procedimento disciplinare*, in *RIDL*, 1995, II, 195.

Il principio che è stato affermato, dunque, è che il provvedimento disciplinare può essere legittimamente irrogato anche prima della scadenza del termine suddetto allorché il lavoratore abbia esercitato pienamente il proprio diritto di difesa facendo pervenire al datore di lavoro le proprie giustificazioni, senza manifestare alcuna esplicita riserva di ulteriori produzioni documentali o motivazioni difensive che possa far ritenere non compiutamente esercitato il diritto che gli viene attribuito dalla disposizione dello Statuto dei lavoratori.

Questo è, invero, il *dictum* che si ricava dalla motivazione della sentenza, ovvero la valorizzazione di una lettura della norma alla luce di quella che è la *ratio* ad essa sottesa, rivolta ad impedire che la irrogazione della sanzione avvenga senza che l'incolpato abbia avuto la possibilità di raccogliere e di fornire le prove e gli argomenti a propria difesa, rappresentando il termine previsto di cinque giorni — nelle intenzioni del legislatore — il lasso di tempo presuntivamente idoneo a consentire l'esercizio del diritto.

In questa prospettiva, appare quindi essenziale, a giudizio della Corte, effettuare una

valutazione in fatto alla luce di un principio di correttezza e buona fede — esplicitamente richiamato in motivazione — che consenta, di volta in volta, di valutare quando siffatto termine è idoneo ad assolvere tale funzione di garanzia (è interessante notare come tale interpretazione « elastica » del termine alla luce del principio di ragionevolezza è alla base anche di quella giurisprudenza che afferma la tempestività della contestazione disciplinare anche dopo parecchio tempo dalla constatazione dei fatti addebitati in considerazione della gravità dell'evento contestato e della oggettiva difficoltà del datore di lavoro nel reperimento delle prove e nel compimento delle necessarie indagini, cfr. per tutte Cass. 4 novembre 2000 n. 14415, in *MGC*, 2000, 2256) e quando l'esigenza difensiva del lavoratore non possa essere soddisfatta altrimenti tenuto conto della possibile incompiutezza delle giustificazioni medesime, che deve tuttavia essere imputabile a motivi oggettivi, estranei alla volontà del lavoratore. (Una applicazione « ragionata » del termine di cinque giorni pare desumersi anche da una comparazione con la disciplina prevista per i dipendenti del pubblico impiego per i quali — in caso di procedimento disciplinare — l'art. 55, comma 5, d.lgs. n. 165/2001, dispone che la sanzione può essere adottata solo qualora siano trascorsi 15 giorni dalla convocazione per le giustificazioni, senza che queste siano state rese. Per una disamina sul punto cfr. S. MAINARDI, *Il potere disciplinare nel rapporto privato e pubblico*, Giuffrè, Milano, 2002, 394; P. VIRGA, *Il pubblico impiego dopo la privatizzazione*, Giuffrè, Milano, 1993, 87).

Solo un criterio rigoroso di valutazione della effettiva mancata consumazione del diritto di difesa nel termine di cinque giorni consente, ad avviso della Corte, la concessione di un ulteriore termine in deroga alla disposizione di legge, con la conseguenza dell'illegittimità del prosieguo dell'iter disciplinare per violazione del diritto di difesa dell'incolpato.

Peraltro, quale corollario di tale rigore interpretativo della norma, va detto che l'attivazione di tale meccanismo grava sulla parte a favore della quale è posto con relativo onere di allegazione delle circostanze che consentono di dare ingresso all'estensione temporale.

In altre parole, viene imposto in capo al lavoratore che assuma di versare in tale condizione di incompiutezza delle difese rese, l'onere di manifestare in modo non equivoco l'incompiutezza delle giustificazioni avanzate nel termine di cinque giorni nonché la volontà espressa di beneficiare di un ulteriore termine per integrare le proprie difese, dovendosi escludere qualsivoglia finalità meramente dilatoria della richiesta che, diversamente, legittimerebbe un rifiuto da parte del datore di lavoro ed escluderebbe — a rigor di logica — qualsivoglia possibile censura di illegittimità della sanzione sotto un profilo formale.

Alla stregua di tale pronuncia, quindi, l'accoglimento della richiesta di audizione appare funzionale, sia a garantire il rispetto della lettera della norma sia soprattutto a permettere la piena realizzazione del giudizio disciplinare nel contraddittorio delle parti, in ossequio al noto principio processual-civilistico *audiatur et altera pars* che il legislatore avrebbe inteso richiamare anche nella fase disciplinare (cfr. R. BORTONE, *Sub art. 7*, in G. GIUGNI (diretto da), *Lo Statuto dei Lavoratori*, Giuffrè, Milano, 1979, 58 ss.). Sotto questo profilo, la sentenza in commento offre l'occasione per ripercorrere l'andamento delle pronunce di legittimità e di merito e gli orientamenti espressi dalla dottrina a proposito del necessario rispetto del termine di cui al comma 5 dell'art. 7 Stat. lav. nell'ambito di una procedura disciplinare.

Un primo orientamento espresso dalla Sezione Lavoro della Suprema Corte, poi confermato da successive pronunce delle Sezioni Unite, ha affermato che il termine di cui alla disposizione in esame rappresenta un « termine di natura dilatoria » cui è

connaturata la finalità di favorire la difesa del lavoratore. Conseguenza di tale impostazione è che laddove il diritto attribuito sia stato compiutamente esercitato dal lavoratore prima del completo decorso del suddetto termine — in assenza cioè di riserve espresse di integrazione delle difese — il procedimento disciplinare prosegue senza che il datore di lavoro debba attendere il decorso dei residui giorni sino alla scadenza del quinto (Cass. 28 agosto 2000 n. 11279, in *OGI*, 2000, I, 708, solo massima; Cass. 7 gennaio 1998 n. 67, in *RIDL*, 1998, II, 543; Cass. 15 settembre 1997 n. 9173, in *OGI*, 1998, I, 80; Cass. 11 giugno 1996 n. 5366, in *NGL*, 1996, 561; Cass., sez. un., 18 maggio 1994 n. 4845, in *NGL*, 1994, 212; Cass. 2 marzo 1987 n. 2207, in *NGL*, 1987, 165; Cass. 26 ottobre 1982 n. 5618, in *NGL*, 1982, 516. Per una disamina delle pronunce che hanno segnato i due orientamenti esistenti, cfr. per tutte, nel senso che il datore di lavoro non è tenuto ad attendere il decorso dei cinque giorni, Cass. 11 giugno 1988 n. 4009, in *RGC*, 1988, n. 1422; Cass. 2 marzo 1987 n. 2207, in *RGC*, 1987, n. 1917. Per quanto riguarda l'orientamento che sostiene che invece il datore di lavoro dovrebbe attendere sempre e comunque il decorso del termine di cinque giorni prima di poter intimare il licenziamento, cfr. per tutte Cass. 21 luglio 1992 n. 8773, in *RIDL*, 1993, II, 322; Cass. 24 aprile 1991 n. 4484, in *RGC*, 1991, n. 1091, e in *OGI*, 1991, 529).

Secondo altro orientamento, fiorito perlopiù nella giurisprudenza di merito, ma che ha trovato ugualmente conforto in sede di legittimità, anche a Sezioni Unite, è stato affermato che la funzione del termine di cui al comma 5, art. 7 Stat. lav., non sarebbe meramente dilatoria, ma vi sarebbe sotteso un onere posto in capo al datore di lavoro di stimolare la convocazione del lavoratore incolpato, da cui discenderebbe l'impossibilità di dare seguito alle successive fasi della procedura senza aver previamente invitato il lavoratore a rendere le proprie difese scritte accompagnate dall'audizione orale (cfr. per la giurisprudenza di merito, Trib. Napoli 3 ottobre 1990, in *GC*, 1991, I, 2487, con nota di M. PAPALEONI; Trib. Milano 21 novembre 1990, in *OGI*, 1991, 168; Trib. Milano 7 febbraio 1990, in *L80*, 1990, 494; Pret. Torino 1° giugno 1985, in *RIDL*, 1986, II, 171; Pret. Torino 15 febbraio 1985, in *GC*, 1985, I, 2078; per la giurisprudenza di legittimità, cfr. Cass. 22 aprile 1997 n. 3498, in *FI*, 1997, I, 1794; Cass. 21 marzo 1994 n. 2663, in *GI*, 1994, I, 1, 1268, con nota di S. CECCONI; Cass. 21 luglio 1992, in *RIDL*, 1993, II, 322, con nota di M. PAPALEONI; Cass. 24 aprile 1991 n. 4484, in *MGL*, 1991, 228. In dottrina, cfr. S. MAINARDI, *Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico*, in P. SCHLESINGER (diretto da), *Il codice civile*, Giuffrè, Milano, 2002, 392 ss.; P. TULLINI, *Potere disciplinare e art. 7: il bilancio di un'esperienza*, in *Lo Statuto dei Lavoratori vent'anni dopo*, in *QL*, 1989, n. 6, 213; S. CENTOFANTI, *Procedimento disciplinare e obbligo di audizione del lavoratore*, in *RTDPC*, 1986, 119).

Tale ultimo orientamento è solito essere identificato con l'interpretazione del termine a difesa non solo come garanzia di contraddittorio per il lavoratore ma altresì come « pausa di riflessione » ovvero « termine di raffreddamento » per il datore di lavoro prima dell'irrogazione della sanzione.

Alla luce di tale quadro interpretativo, la sentenza in commento si inserisce nel primo orientamento menzionato, il quale dà una lettura restrittiva della norma affermando il principio secondo cui la funzione del termine può ritenersi esaurita (ed il procedimento disciplinare può legittimamente proseguire) solo a condizione che il lavoratore nel proporre le proprie giustificazioni non abbia manifestato alcuna esplicita riserva di produrre altra documentazione o ulteriore motivazione ed a condizione che i motivi che determinano la richiesta dilatoria siano oggettivi, estranei alla volontà del lavoratore e soprattutto quando l'esigenza difensiva non possa essere soddisfatta altrimenti.

L'assunto della Suprema Corte nella motivazione in commento si fonda, infatti, sul rilievo che la funzione dell'art. 7 Stat. lav. è, da un lato, impedire al datore di lavoro che

la sanzione disciplinare venga applicata senza che il lavoratore abbia avuto la possibilità di fornire prove ed argomenti a propria discolta e consentire, dall'altro lato, allo stesso di adottare il provvedimento quando la garanzia si sia comunque *de facto* realizzata. La legge infatti — precisa la motivazione della sentenza — non assegna alcun rilievo alla valutazione di queste difese da parte del datore di lavoro, poiché il sindacato in ordine alla legittimità della sanzione resta, in ogni caso, affidato al controllo del giudice. Ad essere valorizzato è quindi ancora una volta il criterio di interpretazione « sostanziale » della norma, piuttosto che la lettura del dato di diritto positivo rivolta al rispetto formale del mero dato testuale.

Alessandro Crosta
Avvocato del Foro di Milano
Studio Legale Associato Ad Ashurst

5.6. Cass. 1° dicembre 2004 n. 22532 (in  *Boll. Adapt*, 2005, n. 15).

Licenziamento - Giusta causa - Valutazione del giudice di merito - Sindacato di legittimità - Limiti.

Nei giudizi in materia di validità del licenziamento per giusta causa, il controllo di legittimità sulla motivazione del giudice di merito non deve tradursi in un riesame del fatto o in una ripetizione del giudizio di fatto, non tendendo il giudizio di cassazione a stabilire se gli elementi di prova confermino, in modo sufficiente, l'esistenza dei fatti posti a fondamento della decisione. Il controllo di legittimità non ha per oggetto le prove, ma solo il ragionamento giustificativo, e si limita a ripercorrere l'argomentazione svolta nella motivazione dal giudice di merito a sostegno della decisione assunta e a valutarne la correttezza e la sufficienza. (Nella specie, la Corte ha cassato per illogicità della motivazione, dovuta ad errori nella ricostruzione dei fatti e nella valutazione delle prove testimoniali, una sentenza che aveva dichiarato l'illegittimità di un licenziamento per giusta causa intimato in seguito ad episodi di insubordinazione da parte del lavoratore).

5.7. Cass. 1° dicembre 2004 n. 22532 (in  *Boll. Adapt*, 2005, n. 15).

Licenziamento - Giusta causa - Insubordinazione - Ingiurie a superiori gerarchici - Sussistenza.

I continui episodi di insubordinazione da parte del lavoratore, consistenti nel rifiuto reiterato di svolgere le proprie mansioni e nell'uso di espressioni ingiuriose e minacciose nei confronti dei superiori gerarchici, in quanto suscettibili di ledere il vincolo fiduciario tra il datore e il dipendente giustificano l'intimazione del licenziamento per giusta causa.

(5.6. - 5.7.) Licenziamento disciplinare a seguito di comportamento ingiurioso del lavoratore nei confronti dei superiori gerarchici

Sommario: **1.** Insubordinazione e violazione dell'obbligo di diligenza. — **2.** Oggetto del giudizio di legittimità: il ragionamento giustificativo. — **3.** La centralità del concetto di lesione del vincolo fiduciario.

1. La sentenza in commento affronta il tema del licenziamento disciplinare, in particolare la fattispecie dell'insubordinazione consistente nella reiterata negazione dell'autorità attraverso manifestazioni ingiuriose e minacciose rivolte ai propri superiori gerarchici.

Nel caso di specie la società datrice contestava al lavoratore, mediante lettera ai sensi

dell'art. 7, comma 2, l. n. 300/1970, di essere risultato assente sul luogo di lavoro e successivamente di aver rivolto ingiurie e minacce nei confronti dei propri superiori gerarchici.

Esaurite le incombenze procedurali di rito previste per l'irrogazione di sanzioni disciplinari, ed avendo sentito le giustificazioni del lavoratore, la società gli intimava licenziamento per giusta causa, sulla base dei fatti già contestati.

Il lavoratore adiva, in primo grado, il Tribunale di Brindisi, per vedersi dichiarare l'immediata reintegrazione nel posto di lavoro precedentemente occupato, previa declaratoria d'illegittimità del licenziamento impugnato.

Con sentenza del 31 ottobre 2000 il Tribunale si pronunciava rigettando la domanda, ritenendo provati i fatti contestati al ricorrente.

Proposto appello da parte del lavoratore, la Corte di Lecce adita, con sentenza del 25 giugno-12 luglio 2002, accoglieva il gravame proposto, dichiarando l'illegittimità del licenziamento, adducendo in motivazione che i fatti emersi nel giudizio di primo grado non giustificavano e non legittimavano il licenziamento intimato.

Per la cassazione di tale decisione ricorreva la società datrice.

Con la sentenza in esame la Suprema Corte accoglie il ricorso formulato dal datore di lavoro e cassa la sentenza impugnata per illogicità della motivazione.

Viene in particolare respinta l'argomentazione sostenuta nella motivazione della sentenza d'appello secondo cui, pur a fronte dei fatti emersi in primo grado, il datore di lavoro non era in ogni caso legittimato a licenziare il lavoratore.

Tale esito, infatti, ad avviso della Suprema Corte, si pone in contrasto con l'orientamento oramai acquisito in dottrina ed in giurisprudenza, secondo il quale l'obbligo di diligenza previsto dall'art. 2104 c.c. implica non solo l'esecuzione della prestazione secondo la particolare natura della stessa, ma anche l'attuazione dei comportamenti strumentali alla mansione svolta. In altri termini il lavoratore può incorrere nel licenziamento anche quando dimostri pervicace insofferenza e rifiuto verso l'uso legittimo dei poteri di controllo e disciplina e assuma atteggiamenti di insubordinazione (Cass. 26 settembre 1995 n. 10187, in *MGL*, 1996, 83, con nota di E. BOGHETICH). Nello specifico, la giurisprudenza individua quale elemento principale dell'insubordinazione non solo la semplice disobbedienza, ma anche un comportamento irrispettoso, scorretto e scostumato, da valutare tenendo conto del contesto dell'azione e dei motivi psicologici che hanno indotto il dipendente a tenere tale comportamento. (Cass. 3 marzo 1992 n. 2573, in *RIDL*, 1993, II, 223, con nota di M. CARO).

2. La Corte di Cassazione, precisando preliminarmente che il controllo sulla motivazione del giudice di merito non deve tradursi in un riesame o una ripetizione del fatto, riconferma il principio secondo cui spetta solo al giudice del merito individuare le fonti del proprio convincimento ed all'uopo valutarne le prove e scegliere tra le risultanze istruttorie quelle più idonee a dimostrare i fatti in discussione, fissando così i confini della propria competenza nel controllo sul ragionamento giustificativo (Cass., sez. un., 27 dicembre 1997 n. 13045, in *MFI*, 1997; Cass. 2 giugno 1995 n. 6189, in *MFI*, 1995; Cass. 8 novembre 1996 n. 9744, in *MFI*, 1996).

Nel caso di specie, la Suprema Corte ha ritenuto illogico il ragionamento giustificativo posto a fondamento della motivazione della Corte d'Appello di Lecce, che ha valutato l'espressione « ti aspetto fuori », proferita dal dipendente al proprio superiore gerarchico, come un invito a vedersi fuori, privo di sostanziale valore per non essere stato seguito da alcuna via di fatto.

Tale espressione, tenuto conto delle circostanze in cui è stata pronunciata, del suo contenuto intenzionale e dell'atteggiamento psicologico della parte, è da considerarsi una chiara estrinsecazione di un intento minaccioso, e come tale meritevole di essere

sanzionata con licenziamento. Rileva sul punto la pronuncia della Cass. 26 maggio 2001 n. 7188 (in *MGL*, 2001) secondo la quale il licenziamento intimato ad un dipendente a seguito di insubordinazione manifestata attraverso ingiurie e minacce, è legittimo.

La Corte successivamente precisa che la valutazione della proporzionalità tra il comportamento illecito del lavoratore e la sanzione irrogata sul piano disciplinare costituisce un apprezzamento di fatto che deve essere condotto non in astratto ma con specifico riferimento a tutte le circostanze del caso concreto, inquadrando l'addebito nelle specifiche modalità del rapporto e tenendo conto non solo della natura del fatto contestato e del suo contenuto obiettivo ed intenzionale, ma anche di tutti gli altri elementi idonei a consentire l'adeguamento della disposizione normativa dell'art. 2119 c.c. alla fattispecie concreta; tale valutazione è riservata al giudice di merito e non è censurabile in sede di legittimità, se sorretta da adeguata e logica motivazione (Cass. 26 maggio 2001, n. 7188, cit.).

A temperamento del rigore che pervade gli orientamenti sul punto, vale la pena dare conto, per completezza, dell'esistenza di alcune pronunce della giurisprudenza di merito a favore dell'illegittimità del licenziamento a seguito di insubordinazione del lavoratore nei confronti del proprio superiore. Tali pronunce però, si riferiscono per lo più a fattispecie che trovano giustificazione nell'espressione e difesa di diritti costituzionalmente garantiti, ed in precedenza violati da comportamenti illeciti tenuti dal datore di lavoro. Pertanto, il riferimento al caso in esame di queste pronunce, se pur autorevoli, sarebbe improprio per l'evidente inapplicabilità del ragionamento sillogistico ai fatti accertati, in quanto è pacifico che l'insubordinazione manifestata dal dipendente esula da comportamenti scorretti o illeciti del datore di lavoro. (Cass. 4 marzo 1996 n. 1667, in *MFI*, 1996; Trib. Napoli 20 gennaio 1990, in *L80*, 1990, 526; Pret. Palermo 1° dicembre 1992, in *RCDL*, 1992, 245; Trib. Palermo 24 maggio 1995, in *OGL*, 1995, 316).

3. Viene inoltre ravvisata dalla Suprema Corte la manifesta illogicità della motivazione della impugnata sentenza, nella parte in cui la Corte d'Appello di Lecce adotta un inappropriato riferimento alla sentenza della Cass. 27 marzo 1999 n. 2953 (in *OGL*, 1999, I, 877), alla cui stregua « non costituisce giusta causa di licenziamento il rivolgere minacce e ingiurie all'indirizzo di un collega senza peraltro trascendere a vie di fatto e recare nocumento o compromettere il regolare svolgimento della vita aziendale ».

L'accostamento tra la persona del lavoratore e del datore come soggetti passivi di minacce sul luogo di lavoro è incongruente in quanto manca di considerare che nel rapporto tra datore di lavoro e dipendente sussiste un vincolo fiduciario, suscettibile di essere leso — giustificandosi così il licenziamento — dal comportamento irrispettoso di quest'ultimo nei confronti del primo.

È pacifico in dottrina ed in giurisprudenza, sin da prima della l. n. 604/1960 e dell'emanazione dello Statuto dei lavoratori, che il concetto di « lesione irrimediabile del vincolo fiduciario » sia utilizzato come discrimine per l'intimazione del licenziamento disciplinare. Al riguardo, già nel 1967, Smuraglia scriveva: « Nelle decisioni della Corte di Cassazione relative al recesso per giusta causa, il riferimento alla fiducia viene costantemente ripetuto, senza che si faccia neppure carico di motivare. Le discussioni che si svolgono in dottrina, e l'evoluzione del pensiero giuridico, non sembrano toccare minimamente le incrollabili convinzioni » (C. SMURAGLIA, *La persona del prestatore nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1967, 149).

La giurisprudenza utilizza questo concetto ad un duplice fine: come criterio per individuare la gravità di una condotta già qualificata in termini di inadempimento, ed inoltre come criterio per individuare ipotesi risolutive, al fine di dare rilevanza a

condotte del lavoratore che non integrano un inadempimento degli obblighi contrattuali (C. PISANI, *Licenziamento e fiducia*, Giuffrè, Milano, 2004, 5).

Dall'esame della vasta casistica in argomento si evince come la giurisprudenza intuisca le probabili ragioni di fondo di questo modo di procedere: di fronte a comportamenti del dipendente che, pur essendo estranei all'esecuzione della prestazione, vengono tuttavia avvertiti, in base a personali convinzioni, ovvero ad una sorta di *id quod plerumque accidit*, come ostativi alla prosecuzione del rapporto di lavoro, i giudici, non riuscendo a sussumerli nella fattispecie dell'inadempimento, trovano nella nozione della lesione del vincolo fiduciario, un utile e comodo riferimento, per dare egualmente rilevanza a tali condotte ai fini della legittimità del licenziamento (C. PISANI, *op. cit.*). A tal proposito la giurisprudenza ha sostenuto la rilevanza di comportamenti minacciosi ed ingiuriosi diretti al superiore gerarchico ai fini del licenziamento per giusta causa, ma l'attenzione dei giudici si è concentrata sugli aspetti relativi alla gravità che tali fatti devono possedere per consentire il licenziamento in tronco; si veda sul punto (Cass. 1° dicembre 1997 n. 12163, in *MGI*, 1997; Cass. 21 settembre 1990 n. 9644, in *NGL*, 1990, 847; Cass. 13 giugno 1984 n. 3521, in *MFI*, 1984; Trib. Milano 29 settembre 1990, in *OGL*, 1990, 147; Trib. Napoli 20 gennaio 1990, in *L80*, 1990, 526). In senso contrario solo alcune pronunce, rimaste isolate, fra cui si segnala Cass. 13 maggio 1997 n. 4175 (in *NGL*, 1997, 661) che ha escluso la sussistenza della giusta causa nel caso di tentativo di percosse.

Francesco Neboli

Collaboratore

Studio legale Cambedda Zappa - Brescia

6. Obbligo di fedeltà

6.1. Cass. 1° febbraio 2005 n. 1878 (in  *Boll. Adapt*, 2005, n. 17).

Obbligo di fedeltà - Obbligo di non concorrenza - Costituzione di società con oggetto sociale identico a quello dell'impresa datrice di lavoro - Violazione art. 2105 c.c. - Potenzialità del danno.

L'obbligo di fedeltà a carico del lavoratore subordinato va collegato ai principi generali di correttezza e buona fede ex artt. 1175 e 1375 c.c., e, pertanto, impone al lavoratore di tenere un comportamento leale nei confronti del proprio datore di lavoro, astenendosi da qualsiasi atto idoneo a nuocergli anche potenzialmente, per cui, ai fini della violazione dell'obbligo di fedeltà incumbente sul lavoratore ex art. 2105 c.c. è sufficiente la mera preordinazione di una attività contraria agli interessi del datore di lavoro anche solo potenzialmente produttiva di danno. (Nella specie, la S.C. ha confermato la sentenza di merito che aveva ritenuto costituire violazione dell'obbligo di fedeltà l'attività del dipendente volta alla costituzione di una società, o anche di una impresa individuale, avente ad oggetto la medesima attività economica-commerciale svolta dal datore di lavoro).

6.2. Cass. 7 dicembre 2004 n. 22923 (in  *Boll. Adapt*, 2005, n. 15).

Obbligo di fedeltà - Obbligo di riservatezza - Produzione in giudizio di documenti aziendali - Violazione art. 2105 c.c. - Rilevanza delle modalità di impossessamento dei documenti aziendali.

Con riferimento alla utilizzazione da parte del lavoratore di documenti aziendali di carattere riservato occorre distinguere tra produzione in giudizio dei documenti detti al fine di esercitare

il diritto di difesa, di per sé da considerarsi lecita (per la prevalenza di detto diritto ed anche in virtù di quanto previsto dall'art. 12 della l. n. 675 del 1996) e impossessamento degli stessi documenti, le cui modalità vanno in concreto verificate. (Nella specie la Corte ha cassato con rinvio la decisione di merito che, confermando il rigetto della domanda di impugnativa del licenziamento, aveva ritenuto non conforme a correttezza e buona fede la utilizzazione per finalità difensive — nel giudizio di impugnativa del trasferimento — di documenti aziendali riservati, in quanto il giudice di appello aveva trascurato di verificare se le modalità di acquisizione di tali documenti da parte del dipendente, dopo la sua fuoruscita dalla sede di Roma, fossero quelle indicate dalla azienda nella comunicazione del licenziamento — essersi introdotto nella detta sede senza autorizzazione o aver indotto qualcuno ad asportare i documenti per suo conto).

(6.1. - 6.2.) Le due sentenze in epigrafe affrontano due distinti profili della violazione dell'obbligo di fedeltà *ex art.* 2105 c.c., rispettivamente l'obbligo del prestatore di astenersi da qualsiasi attività concorrenziale con l'impresa datrice di lavoro, e il divieto di divulgare notizie riservate attinenti all'organizzazione e ai metodi di produzione della stessa impresa.

Nel primo caso, la questione concerne la costituzione da parte di alcuni dipendenti di una società con oggetto sociale analogo a quella della società datrice di lavoro. La S.C., nel confermare le pronunce di merito (che avevano ritenuto legittimo il licenziamento dei lavoratori in questione), ravvisa in siffatto evento una violazione degli obblighi contrattuali in relazione alla previsione dell'art. 2105 c.c. Più precisamente, si afferma, in conformità con la prevalente giurisprudenza di legittimità (cfr. in particolare Cass. 26 agosto 2003 n. 12489, in *NGL*, 2004, 180) il principio secondo cui l'obbligo di fedeltà a carico del lavoratore subordinato va collegato ai principi generali di correttezza e buona fede *ex artt.* 1175 e 1375 c.c., e, pertanto, impone al lavoratore di tenere un comportamento leale nei confronti del proprio datore di lavoro, astenendosi da qualsiasi atto idoneo a nuocergli anche potenzialmente. Ai fini della violazione dell'art. 2105 c.c., sarebbe dunque sufficiente la mera preordinazione di una attività contraria agli interessi del datore di lavoro anche solo potenzialmente produttiva di danno. Il successivo passaggio logico si individua quindi nella inevitabile riconduzione a una siffatta illecita fattispecie preparatoria dell'ipotesi di specie relativa alla costituzione di una società con oggetto analogo a quello dell'impresa. Sul punto, peraltro, se pure le conclusioni sono le stesse, si evidenziano alcune sfumature nel panorama giurisprudenziale. Alcune pronunce (cfr. in particolare Cass. 18 gennaio 1997 n. 512, in *MGC*, 1997, 86) sembrano porre attenzione esclusivamente al profilo soggettivo della fattispecie. In questi termini, la fedeltà prima ed oltre che in atti non infedeli, consisterebbe in un atteggiamento psicologico coerente con le finalità dell'azienda. Quel che rileva non sarebbe quindi l'attività concreta e la sua lesività attuale ma la sua natura sintomatica di un atteggiamento mentale del dipendente contrastante con quella leale collaborazione che costituisce l'essenza del rapporto di lavoro subordinato. Altre pronunce (cfr. in particolare Cass. 19 luglio 2004 n. 13394, in *MGC*, 2004, fasc. 7/8; Cass. 15 dicembre 2003 n. 19132, in *MGC*, 2003, fasc. 12) tra cui anche quella in commento, sembrano invece porre maggiore attenzione al concetto di potenzialità del danno, non considerando sufficienti ai fini della violazione dell'art. 2105 gli atti che esprimano il semplice proposito del lavoratore di intraprendere un'attività economica concorrente con quella del datore di lavoro e nemmeno gli atti preparatori di una attività economica concorrente, a meno che non si traducano in una attività potenzialmente dannosa già in corso del rapporto. Fattispecie questa identificata nel compimento di atti gestionali: atti

certamente comprensivi degli atti di costituzione di società con oggetto analogo a quello dell'impresa datrice di lavoro.

Da evidenziare che la S.C. nel caso *de quo* affronta anche il profilo della risarcibilità dei danni, respingendo il ricorso autonomamente proposto dalla impresa licenziante con il quale si evidenziava una contraddizione delle sentenze di merito laddove, a fronte dell'accertato inadempimento contrattuale, si negava il risarcimento del danno per mancanza di prove. I giudici di cassazione rilevano infatti che la potenzialità dannosa del comportamento del dipendente sia pure sufficiente a configurare la illiceità del comportamento, non è di per sé sufficiente a individuare un diritto al risarcimento. Costituisce del resto una consolidata opinione giurisprudenziale (cfr. Cass. 1° agosto 2001 n. 10453, in *MGC*, 2001, 1508; Cass. 18 novembre 1995 n. 12393, in *NGL*, 1996, 46) il principio secondo il quale la pronuncia sull'*an debeatur* accerta l'astratta potenzialità dannosa del fatto illecito, ma non preclude di stabilire che in concreto il danno non si è verificato. Conseguentemente, un giudice può anche negare la sussistenza di tale pregiudizio, senza che ciò comporti alcuna violazione del giudicato eventualmente formatosi sull'*an*.

La seconda sentenza in commento concerne invece, come già accennato, una ipotesi di violazione del diritto di riservatezza in senso stretto. Il caso, più precisamente, riguarda la diffusione di documenti aziendali riservati, nel corso di un giudizio pendente tra le parti. Questione che trova la sua soluzione nel temperamento di due contrastanti principi: da una parte, la tutela del diritto alla riservatezza dell'impresa, dall'altra, l'esigenza del lavoratore di difendersi in giudizio per la tutela della propria posizione lavorativa. Sul punto la giurisprudenza appare consolidata nell'affermare la prevalenza del diritto di difesa rispetto al diritto di segretezza. Qualche diversità di opinione (almeno *in prima facie*) sembra invece rilevarsi quando si tratta di meglio definire siffatta prevalenza. Parte della giurisprudenza (cfr. in particolare Cass. 7 luglio 2004 n. 12528, in *MGC*, 2004, fasc. 7/8; Cass. 4 maggio 2002 n. 6420, in *RIDL*, 2003, II, 360) sembra optare per una sorta di inviolabilità del diritto di difesa, anche sul presupposto che l'applicazione corretta della normativa processuale in materia è idonea a impedire una vera e propria divulgazione della documentazione aziendale. Altra parte della giurisprudenza (cfr. in particolare Cass. 25 ottobre 2001 n. 13188, in *MGC*, 2001, 1797) invece, sembra più nettamente distinguere la mera produzione in giudizio di documenti aziendali riservati, dalle modalità di impossessamento degli stessi documenti. In questa ottica, non integrerebbe violazione dell'art. 2105 c.c. la produzione in giudizio di copie di atti ai quali il dipendente abbia avuto accesso, bensì l'impossessamento illecito di tali atti. Non rilevarebbe, in senso contrario, l'intento dello stesso lavoratore di fare della documentazione un uso meramente processuale, atteso che il contrasto fra il diritto del dipendente alla tutela giurisdizionale (esercitato con la produzione di quei documenti) e il diritto del datore di lavoro alla riservatezza non può essere risolto unilateralmente dal lavoratore, ma deve essere valutato nella sede giudiziaria. Nel caso *de quo* i giudici paiono orientarsi verso questo secondo orientamento. La S.C. infatti, nel cassare la sentenza di merito che aveva dichiarato legittimo il licenziamento del lavoratore per violazione del diritto di riservatezza, non risolve a priori la questione sulla base di un'indefettibile prevalenza del diritto di difesa, ma rileva semplicemente la esigenza di verificare le esatte modalità di acquisizione dei documenti in questione.

7. Parità

7.1. C. Cost. 27 gennaio 2005 ordinanza n. 39 (in  *Boll. Adapt*, 2005, n. 5).

Omissis. Impiego pubblico - Commissioni di concorso per l'accesso alle pubbliche amministrazioni - Riserva alle donne, al fine di garantire pari opportunità, di almeno un terzo dei posti di componente - Asserita violazione del principio di uguaglianza per l'irrazionale trattamento di privilegio delle donne e lesione del principio di parità nell'accesso ai pubblici impieghi - Mancata considerazione della intervenuta modifica dell'art. 51 Cost. - Conseguente carenza argomentativa dell'ordinanza di rimessione sulla non manifesta infondatezza - Manifesta inammissibilità della questione. (In *GU*, 2 febbraio 2005, n. 5).

È manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 61, comma 1, lettera a), del decreto legislativo n. 29 del 1993, nella parte in cui riserva alle donne, al fine di garantire pari opportunità, almeno un terzo dei posti di componente delle commissioni di concorso per l'accesso alle pubbliche amministrazioni, sollevata in riferimento agli artt. 3 e 51 Cost., per l'asserita violazione del principio di uguaglianza e del principio di parità dell'accesso ai pubblici impieghi. Infatti l'ordinanza di rimessione non dà conto dell'avvenuta modifica, ad opera della legge costituzionale n. 1 del 2003, dell'art. 51 Cost., il che si traduce in una determinante carenza di motivazione sul parametro costituzionale evocato e sulla non manifesta infondatezza della questione.

Perché nessuno ha informato il Consiglio di Stato della nuova « stagione costituzionale » delle politiche di pari opportunità?

Sommario: **1.** Il *background* fattuale e normativo. — **2.** Contestualizzazione dell'ordinanza all'interno del sistema normativo e giurisprudenziale rilevante e la « strana amnesia » del Consiglio di Stato. — **3.** Alcuni cenni finali di diritto processuale.

1. Il titolo della breve nota all'ordinanza richiamata in epigrafe tenta di riassumere, ovviamente in modo provocatorio, « l'invito » (che nella sua forma di manifesta inammissibilità della questione sollevata non sembra potersi definire « galante ») che i giudici di piazza del Quirinale hanno rivolto ai colleghi di palazzo Spada a seguire con più attenzione l'evoluzione costituzionale in tema di uguaglianza e pari rappresentanza dei sessi. In breve, a seguire, la vicenda che ha fatto da substrato fattuale al ricorso del Consiglio di Stato ed alla susseguente pronuncia della Corte costituzionale. L'esito finale di un concorso per un posto di direttore del Museo di Bassano del Grappa era impugnato, in primo grado, davanti al TAR del Veneto, dalla candidata risultata perdente che rilevava come l'espletamento degli atti concorsuali ad opera di una commissione « tutta al maschile », sarebbe avvenuto in violazione dell'art. 9, comma 2, d.P.R. n. 487/1994 (regolamento recante norme sull'accesso agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni e le modalità di svolgimento dei concorsi, dei concorsi unici e delle altre forme di assunzione nei pubblici impieghi) in base al quale almeno 1/3 dei posti dei componenti delle commissioni di concorso deve essere riservato a donne. Il Tribunale amministrativo accoglieva il ricorso ed annullava gli atti concorsuali. Il comune di Bassano del Grappa, dal canto suo, dava esecuzione alla sentenza licenziando il vincitore e includendo in una nuova commissione giudicatrice un commissario di sesso femminile. Risultato: in esito alla rinnovata procedura risultava vincitrice la candidata esclusa nella prima tornata concorsuale annullata e il signore che era risultato vincente nella stessa occasione e licenziato successivamente, appellava la sentenza del Tribunale amministrativo del Veneto davanti al Consiglio di Stato.

2. Tutto questo per arrivare al momento chiave che ha avviato l'iter del giudizio di costituzionalità: il supremo organo di giustizia amministrativa, dopo aver rilevato come la disposizione regolamentare sopra richiamata trovasse il suo fondamento normativo nell'art. 61, lett. a), d.lgs. n. 29/1993, sollevava una questione di costituzionalità in relazione a tale disciplina legislativa in quanto, ponendosi come fondamento per la riserva alle donne di almeno un terzo dei posti dei componenti delle commissioni per il reclutamento nel pubblico impiego, si sarebbe scontrata con il principio fondamentale di uguaglianza tra sessi, sancito in generale all'art. 3, comma 1, Cost. e, per quanto riguarda l'accesso agli uffici ed alle cariche elettive, previsto dall'art. 51 Cost.

All'interno della linea argomentativa tracciata dal Consiglio di Stato a fondamento della propria richiesta di incostituzionalità della normativa impugnata, il profilo che sembra meritare un approfondimento privilegiato è quello relativo alle modalità identificative del parametro costituzionale e della giurisprudenza della Consulta in materia di parità dei sessi nella rappresentanza politica e nell'accesso agli uffici pubblici. Modalità identificative, queste ultime che, per forza di cose, sono concettualmente connesse alla logica che ha pre-orientato la lettura, da parte del giudice *a quo*, della normativa di cui si richiedeva l'accertamento della presunta incostituzionalità.

In riferimento specifico alla identificazione del parametro costituzionale rilevante, i giudici di palazzo Spada sembrano essere rimasti fermi alla fine dello scorso millennio. Non hanno infatti fatto alcun cenno all'evoluzione che il dettato costituzionale di riferimento ha avuto a partire dal 2001 nel senso di una maggiore attenzione del legislatore costituzionale alla realizzazione di un'uguaglianza tra sessi non solo dichiarata sulla Carta ma anche effettivamente garantita nella realtà socio-istituzionale.

Nell'ordine: le l.cost. n. 2/2001 e n. 3/2001 hanno apportato novità rilevanti alle coordinate costituzionali di riferimento. A norma della l.cost. n. 2/2001 le leggi elettorali delle Regioni speciali « al fine di conseguire l'equilibrio della rappresentanza dei sessi, promuovono condizioni di parità per l'accesso alle consultazioni elettorali ». La l.cost. n. 3/2001, modificativa del Titolo V Cost., ha aggiunto un comma 7 all'art. 117 a norma del quale « le leggi regionali rimuovono ogni ostacolo che impedisce la piena parità degli uomini e delle donne nella vita sociale, culturale ed economica e promuovono parità di accesso tra donne e uomini nelle cariche elettive ». A modificare ulteriormente il quadro costituzionale di riferimento è intervenuta, di poco successiva, la l.cost. n. 1/2003 che, all'originario comma 1 dell'art. 51 per cui « tutti i cittadini dell'uno o dell'altro sesso possono accedere agli uffici pubblici ed alle cariche elettive in condizioni di eguaglianza », ha aggiunto che « a tal fine la Repubblica promuove con appositi provvedimenti le pari opportunità tra donne e uomini ». Infine, sempre sulla stessa lunghezza d'onda, la l. n. 90/2004, concernente le elezioni dei membri del Parlamento europeo, secondo cui al « momento della formazione delle liste elettorali, nessuno dei due sessi può essere rappresentato in misura superiore ai due terzi dei candidati ». Quattro anni quindi di riforme costituzionali (su cui vedi almeno G. BRUNELLI, *Un « ombrello » costituzionale per le azioni positive elettorali*, in *QCost*, 2002, 615; Id., *Le quote riprendono quota? A proposito delle azioni positive in materia elettorale regionale*, in *Le Regioni*, 2001, 531 ss.; A. POGGI, *Sulla riforma dell'art. 51 Cost.: le quote alla prova della democrazia pluralista*, in *QCost*, 2002, 621; L. CARLASSARRE, *L'integrazione della rappresentanza*, in L. CARLASSARRE, A. DI BLASI, M. GIAMPIRETTI (a cura di), *La rappresentanza democratica nelle scelte elettorali delle Regioni*, Cedam, Padova, 2002) curiosamente ignorati dall'ordinanza di remissione del Consiglio di Stato.

Ma non basta: la strana amnesia del giudice *a quo*, peraltro aspramente sanzionata con la « bolla » della manifesta inammissibilità, riguarda anche l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale sul punto.

Il Consiglio di Stato, infatti, identificava come base giurisprudenziale legittimante la richiesta di incostituzionalità della norma oggetto del giudizio l'approccio *gender blind* seguito dalla Corte costituzionale nella storica sentenza 12 settembre 1995 n. 422, in *FI*, 1995, I, 2583 (forse una delle decisioni più criticate della storia della giurisprudenza costituzionale. Tra i tanti commenti critici vedi almeno M.V. BALLESTRERO, *Azioni positive e quote nel giudizio di due autorevoli Corti*, in S. SCARPONI (a cura di), *Le pari opportunità nella rappresentanza politica e nell'accesso al lavoro*, Quaderni dell'Università di Trento, 1997, 51 ss.; M. BARBERA, *L'eccezione e la regola, ovvero l'eguaglianza come apologia dello status quo*, in B. BECCALLI (a cura di), *Donne in Quota*, Feltrinelli, Milano, 1999, 91 ss.; L. CARLASSARE, *La rappresentanza femminile, principi formali ed effettività*, in F. BIMBI, A. DEL RE (a cura di), *Genere e democrazia, La cittadinanza delle donne a 50 anni dal voto*, Rosenberg & Sellier, Torino, 1997, 81 ss.; U. DE SIERVO, *La mano pesante della Corte sulle quote nelle liste elettorali*, in *GCost*, 1995, 3269 ss.; G. CINANNI, *Le leggi elettorali ed azioni positive in favore delle donne*, in *GCost*, 1995, 3283 ss., e volendo anche O. POLLICINO, *Storia (e conseguenze) di « uno strabismo logico »: la Corte costituzionale e la parità dei sessi nella rappresentanza politica*, in *Quaderni Regionali*, 2004, 75 ss.). In effetti, in quell'occasione, la Corte aveva desunto dal dettato costituzionale il principio di « irrilevanza giuridica » del sesso come portato fondamentale del principio di uguaglianza formale che, per quanto riguarda la materia elettorale e, più in generale, l'accesso a pubblici uffici, sarebbe stato ribadito dall'art. 51, comma 1, Cost., laddove si dice che « tutti i cittadini dell'uno e dell'altro sesso possono accedere agli uffici pubblici ed alle cariche elettive in condizioni di eguaglianza, secondo i requisiti stabiliti dalla legge ». Diretto corollario della enucleazione di detto principio di irrilevanza giuridica del sesso era l'affermazione secondo cui, « in tema di elettorato passivo, la regola inderogabile stabilita dallo stesso costituente, con il primo comma dell'art. 51, è quello dell'assoluta parità, sicché ogni differenziazione in ragione del sesso non può che risultare discriminatoria ».

Non si ha qui il tempo di approfondire lo « strabismo logico » in cui la Corte è incappata nel tracciare il suo iter argomentativo. Si dica solo che posto che, con le stesse parole della Corte, « l'art. 51 Cost. è finalizzato a garantire l'assoluta eguaglianza dei due sessi nella possibilità di accedere alle cariche pubbliche », non riesce a comprendersi come una disposizione come quella in esame mirante a realizzare *di fatto* un'eguaglianza esistente solo *sulla carta*, possa essere tacciata di incostituzionalità in riferimento all'art. 51, comma 1, Cost., quando invece va proprio nella direzione indicata dalla disposizione costituzionale, in assoluta coerenza con la sua *ratio* più autentica.

Se tutto questo è vero e quasi unanimemente ammesso dalla dottrina fortemente critica, come si è detto, nei confronti della sentenza n. 422/1995, al Consiglio di Stato non era richiesto un medesimo sforzo di approfondimento, ma molto più semplicemente, un aggiornamento sullo stato dell'arte costituzionale in materia. *Updating*, quest'ultimo, indispensabile non solo con riferimento alla recente riforma dell'art. 51 Cost., resasi necessaria, come si è tentato di evidenziare *supra*, non da quanto effettivamente « si legge » nella disposizione costituzionale in esame, ma da quanto gli ha « fatto dire » la Corte nella decisione n. 422/1995, ma anche in relazione all'evoluzione della giurisprudenza della Corte costituzionale sul tema che 3 mesi prima dell'intervento del legislatore costituzionale di riforma dell'art. 51, con la sentenza 13 febbraio 2003 n. 49, in *Giur. Cost.*, 2003, fasc. 1, correggeva, se pur solo in parte, lo strabismo logico di 8 anni prima. Pur non trattandosi, come avrebbe voluto l'Avvocatura generale dello Stato nelle sue conclusioni di risposta nel giudizio definito con l'ordinanza che si commenta, di una netta inversione di tendenza rispetto alle argomentazioni sostenute nella sentenza n. 422/1995 (per un approfondimento della questione relativa al solo parziale *revirement*

della sentenza n. 49/2003 rispetto all'ingombrante precedente, sia consentito rinviare a O. POLLICINO, *Storia (e conseguenze) ecc.*, cit., 83 ss.), nell'ipotesi in questione la Corte costituzionale integrava il parametro costituzionale verso il basso, includendovi anche il dato fattuale che era rimasto fuori dalla sentenza n. 422/1995.

Mi spiego meglio: nel 1995 la Corte, pur consapevole della posizione di assoluta minorità nella rappresentanza politica da parte delle donne (costituenti la maggioranza, *inter alia*, dei nostri connazionali) aveva curiosamente affermato che misure finalizzate ad attenuare tale disproporzione « costituzionalmente illegittime in quanto imposte per legge, potessero invece essere valutate positivamente ove liberamente adottate da partiti politici, associazioni o gruppi che partecipano alle elezioni, pervenendo quindi a risultati validi attraverso un'intensa azione di crescita culturale che portasse partiti e forze politiche a riconoscere la necessità improcrastinabile di perseguire l'effettiva presenza paritaria delle donne nella vita pubblica, e nelle cariche rappresentative in particolare ».

Una classica esemplificazione di « esternalizzazione costituzionale » in senso stretto in cui il problema dell'uguaglianza e della parità viene « esternalizzato », cioè posto al di fuori dell'area di azione del diritto e l'elemento della « disparità di fatto » resta al di fuori dell'ambito del costituzionalmente rilevante, ed in ultima analisi, viene tenuto escluso dal quadro costituzionale di riferimento. (Cfr. M. BARBERA, *L'eccezione e la regola, ovvero l'uguaglianza come apologia dello status quo*, cit., 125).

Con la decisione n. 49/2003 la Corte ritornava sui suoi passi e, prendendo atto dell'inerzia dei partiti nell'attivarsi, su base volontaria, affinché potesse procedersi spontaneamente ad un riequilibrio della presenza attiva delle donne in politica, dichiarava costituzionalmente legittimo un vincolo legale rispetto alle scelte di chi forma e presenta liste, ritenendo di conseguenza conforme al nuovo quadro costituzionale di riferimento (costituito, come già sottolineato in precedenza, dalle novità introdotte dalle l.cost. n. 2/2001 e n. 3/2001) « il perseguire come effetto di legge quello che si auspicava potesse avvenire attraverso scelte statutarie e regolamentari dei partiti i quali fino ad ora — aggiungeva eufemisticamente la Corte — non hanno mostrato grande propensione a tradurle spontaneamente in atto con regole di autodisciplina previste ed effettivamente seguite ». Una graziosa parafrasi per dire come la misura legislativa ritenuta legittima fosse da considerarsi non solo « costituzionalmente » giustificata ma anche « costituzionalmente necessaria » a causa dall'immobilità assoluta dei partiti nel procedere spontaneamente ad un riequilibrio della presenza attiva delle donne in politica.

A ben vedere si tratta di un'operazione ermeneutica degna di nota caratterizzata dall'« internalizzazione » del dato fattuale nell'ambito del parametro costituzionale che si arricchisce di quanto, nella precedente decisione, era stato, invece, « esternalizzato », e tenuto ai margini del « costituzionalmente rilevante ». L'elemento fattuale della disparità tra uomini e donne nella rappresentanza politica, prima relegato al libero gioco delle volontà partitiche, viene fatto rientrare nell'ambito di azione dell'obbligatorietà giuridica e, conseguentemente, l'oggetto assume una luce diversa (costituzionalmente legittima) in virtù dell'attribuzione di una rilevanza costituzionale alla realtà fattuale da cui emerge la disparità.

Applicando in via analogica il ragionamento che la Corte ha fatto per il settore della rappresentanza politica a quanto specificamente attinente al *thema decidendum* del giudizio in via principale dalla cui « costola » è sorto il giudizio di costituzionalità oggetto di approfondimento, vale a dire l'equa rappresentazione di uomini e donne nei pubblici uffici ed in particolare nella composizione delle commissioni per il reclutamento nel pubblico impiego, è chiaro come il non aver fatto riferimento nell'ordinanza

di rimessione alla evoluzione della giurisprudenza costituzionale in materia sia la prova evidente di come il giudice *a quo* abbia perso la grande occasione di valutare l'incidenza che la rilettura del dettato costituzionale rilevante operata dalla sentenza n. 49/2003 avrebbe potuto avere per la risoluzione del caso di specie attraverso un'interpretazione « conforme a Costituzione » della normativa impugnata. Così come, infatti, nel campo della rappresentanza politica, a fronte di un'inerzia *de facto* dei partiti nel promuovere una politica volta ad attenuare il persistente stato di squilibrio rappresentativo a danno del sesso femminile, legittimamente, a detta della Corte, si è provveduto, *de iure*, attraverso l'apposizione di un vincolo legale, a realizzare l'obiettivo « mancato » di una parità dei sessi nell'agone politico, allo stesso modo, in relazione all'accesso ai pubblici uffici ed in particolare nella composizione delle commissioni per il reclutamento nel pubblico impiego, a fronte dell'assenza di iniziative spontanee ed autoindotte rivolte a permettere una partecipazione più equa del sesso femminile al momento decisionale in tema di scelta del candidato più idoneo a ricoprire il posto « in palio », bene ha fatto la legge a rendere obbligatorio ciò che non sembrava potersi verificare spontaneamente. Tutto questo poteva ben essere dedotto, appunto in via analogica, da parte del Consiglio di Stato, con una maggiore attenzione all'evoluzione del parametro rilevante e della giurisprudenza costituzionale in materia. Il non averlo fatto è stata la causa della dura risposta della Corte costituzionale. A ben vedere, però, nel caso di specie la Corte aggiunge un altro tassello al disegno che, con la cooperazione del legislatore costituzionale, sembra tendente a dare voce ed attuazione al nostro potenziale costituzionale, sicuramente all'avanguardia, se solo interpretato con l'apertura assiologica che merita, riguardo l'identificazione del *telos* ultimo della parità di fatto tra i sessi e la predisposizione dei mezzi più adeguati per un suo effettivo raggiungimento. La Corte, infatti, pur richiamando *in toto*, ai fini della dichiarazione di manifesta inammissibilità della questione, la precedente decisione n. 49/2003, cui si è già fatto riferimento, implicitamente proietta la legittimazione dello strumento del trattamento preferenziale formulato in termini neutrali o bidirezionali, come era nel caso della normativa ad oggetto in quel giudizio, anche nei confronti delle fattispecie normative che, come nel caso che si commenta, sono esplicitamente *women oriented*, per via della loro identificazione *ex ante*, nella enunciazione linguistica significante, delle donne come dirette destinatarie della misura di favore. Una estensione del raggio di legittimazione costituzionale che, a ben vedere, non dovrebbe passare inosservato se si pensa che parte della dottrina aveva in passato ritenuto che proprio la mancanza di neutralità nella formulazione normativa della gran parte delle misure di azioni positive era da considerare l'indice più evidente della loro presunta incostituzionalità (cfr., per tutti, G. BRUNELLI, *L'alterazione del concetto di rappresentanza politica: leggi elettorali e quote riservate alle donne*, in *Diritto e società*, 1994, 576 ss.).

Volendo andare soltanto per un attimo oltre la presa di posizione della Corte piuttosto prevedibile in un'ipotesi come quella ad oggetto, in cui la carenza argomentativa dell'ordinanza di rimessione si traduce in una determinante mancanza di motivazione sul parametro costituzionale evocato e sulla non manifesta infondatezza della questione, è francamente poco comprensibile l'esito valutativo cui perviene il Consiglio di Stato nella motivazione dell'ordinanza di rinvio.

Infatti, dalle osservazioni che compongono il ricorso, sembra potersi concludere che il giudice *a quo*, quasi paradossalmente, abbia dedotto l'irragionevolezza della normativa impugnata proprio dal fatto che quest'ultima, prendendo atto della disparità di fatto nella composizione delle commissioni di concorso, abbia tentato di porvi rimedio imponendo un vincolo legale nella composizione della commissione che avvantaggi il sesso (femminile) di fatto troppo spesso escluso dai processi decisionali. Sembra di

essere ritornati a 10 anni fa, quando la Corte costituzionale nella sentenza n. 422/1995, seguendo l'approccio *gender blind*, calato nella dimensione olimpica di un'uguaglianza proclamata ma non realizzata, aveva completamente dimenticato che l'art. 51 della nostra Costituzione è stato scritto non per ribadire il valore della rappresentanza neutra, ma per combattere l'assenza delle donne dallo spazio pubblico, non per sancire l'indifferenza del sesso ai fini dell'accesso alla rappresentanza ma per evitare che il sesso diventi motivo di esclusione. È un amaro paradosso che il principio secondo il quale donne e uomini devono avere accesso alle cariche elettive ed agli uffici pubblici « in condizioni di uguaglianza » possa diventare un ostacolo ad una ripartizione più equa della rappresentanza ed, in sintesi, uno strumento per la conservazione dell'ineguale *status quo* (cfr., sulla stessa lunghezza d'onda, M. BARBERA, *L'eccezione e la regola, ovvero l'uguaglianza come apologia dello status quo*, cit., 116). Così come, del resto, è forse ancora più amaro constatare come le riforme costituzionali e l'evoluzione (se pur discontinua) del percorso interpretativo della Consulta orientate a realizzare un'uguaglianza di fatto tra uomini e donne per garantire, a tutti, ai sensi dell'art. 3, comma 1, Cost., una pari dignità sociale, abbiano un *appeal* praticamente nullo persino nei confronti, come nel caso che si commenta, dei nostri giudici più preparati e qualificati.

3. Un ultimo profilo, di carattere processuale, va esaminato, che si sintetizza in un interrogativo: il Consiglio di Stato potrebbe, nello stesso giudizio, sollevare nuovamente la questione di costituzionalità?

A voler appuntarci sul *nomen iuris* dell'ordinanza adottata dalla Corte, l'inammissibilità della questione sia essa manifesta (come nel caso di specie) o meno, secondo la dottrina assolutamente dominante, impedirebbe al giudice *a quo* di sollevare la stessa questione nel medesimo procedimento (cfr. E. MALFATTI, S. SAULLE, R. ROMBOLI, *Giustizia Costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2003, 130). Il problema è che, nel caso che si esamina, come ormai per altro è consuetudine nella giurisprudenza costituzionale, si assiste ad un utilizzo dell'ordinanza di inammissibilità non solo rivolto, come teoria vorrebbe, a rilevare un vizio fuori dalla portata del giudice ma anche impiegato in ipotesi in cui, essendo in presenza di vizi di natura grave ma non irreparabile, sarebbe invece stata più opportuna un'ordinanza di restituzione degli atti al giudice *a quo* (cfr. A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2004, 128 ss.). Pertanto, nelle ipotesi, in cui rientra a pieno titolo quella che si è sopra brevemente commentata, in cui la ragione che sostiene l'ordinanza di inammissibilità è rimediabile, l'unica differenza con il provvedimento di restituzione al giudice *a quo* sta esclusivamente nel fatto che la Corte, dichiarando (manifestamente) inammissibile la questione, ha modo di esprimere il suo « biasimo » nei confronti del giudice *a quo* rilevatosi, per riprendere la notissima metafora di Calamandrei, portiere disattento, a causa del suo uso troppo corrico del potere di rimettere gli atti alla Corte (cfr. A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2004, 216). Alla luce di tali riflessioni niente sembra impedire al Consiglio di Stato « rimandato a settembre », dopo un corso intensivo di aggiornamento sull'evoluzione costituzionale in materia di pari opportunità tra i sessi, di ripresentare, anche nello stesso giudizio, la questione di costituzionalità che tra l'altro, a ben vedere, a causa dell'integrazione del parametro costituzionale cui è subordinata ovviamente la sua riproposizione, non potrebbe definirsi « la stessa questione » che, nel presente giudizio, è stata considerata dai giudici della Consulta, senza troppi complimenti, manifestamente infondata.

Oreste Pollicino
Assegnista di ricerca
Università Commerciale « Luigi Bocconi »

8. Previdenza

8.1. Cass., sez. un., 24 febbraio 2005 n. 3814 (in  *Boll. Adapt*, 2005, n. 20).

Previdenza - Pensione di invalidità - Ciechi civili - Integrazione al trattamento minimo - Situazione reddituale - Rilevanza.

L'art. 6 del d.l. 12 settembre 1983, n. 463, convertito in l. 12 settembre 1983, n. 638, si interpreta nel senso che l'integrazione al minimo delle pensioni a carico dell'Inps è subordinata al limite reddituale, senza alcuna eccezione per gli invalidi ciechi.

La rilevanza del limite reddituale per l'integrazione al trattamento minimo degli invalidi ciechi

Con la sentenza in epigrafe le Sezioni Unite della Suprema Corte risolvono la controversia relativa alla spettanza ai non vedenti dell'integrazione al minimo della pensione di invalidità, qualora i soggetti interessati abbiano superato il limite di reddito stabilito per il suo riconoscimento.

L'integrazione al minimo è un'erogazione introdotta al fine di garantire ai pensionati un trattamento pensionistico che possa consentire quel minimo necessario per vivere tramite un importo aggiuntivo rispetto a quello della pensione di invalidità risultante dai contributi effettivamente versati che, almeno teoricamente, deve contribuire al soddisfacimento dei bisogni vitali del soggetto protetto a condizione, però, che lo stesso non disponga già di redditi sufficienti ovvero superiori ad una determinata soglia (cfr. M. PERSIANI, *Diritto della Previdenza Sociale*, Cedam, Padova, 2003; M. CINELLI, *Diritto della Previdenza Sociale*, Utet, Torino, 2003; R. PESSI, *Lezioni di diritto della previdenza sociale*, Cedam, Padova, 2001; P. VENUTI, *Le prestazioni previdenziali e assistenziali: assegno ordinario di invalidità, pensione ordinaria di inabilità, pensione supplementare, pensione di reversibilità, assegno mensile, pensione di inabilità, indennità di accompagnamento*, Cedam, Padova, 2001; G. SANTORO PASSARELLI, *Diritto del lavoro e della previdenza sociale*, Ipsoa, Milano, 1996; A. BALDASSARRE, *L'integrazione al minimo*, in G. FERRARO, F. MAZZIOTTI (a cura di), *Il sistema pensionistico riformato*, Jovene, Napoli, 1994). Si tratta di un intervento di attuazione dell'art. 38 Cost., giustificato dallo stato di bisogno ed ispirato al principio di solidarietà di cui all'art. 2 Cost.

Copiosa è la giurisprudenza in argomento (*ex plurimis* Cass. 23 febbraio 1995 n. 2079, in *IPrev*, 1995, 355; C. Cost. 10 giugno 1994 n. 240, in *RGL*, 1994, II, 832; C. Cost. 9 maggio 1997 n. 127, in *DL*, 1997, II, 486; Cass. 19 maggio 1988 n. 3493, in *MGC*, 1988, fasc. 5) anche se solo alcune pronunce si sono occupate di valutare la rilevanza del limite reddituale ai fini dell'integrazione al minimo nel caso di soggetti non vedenti, registrando, tra l'altro, un insanabile contrasto tra due differenti orientamenti.

Il problema si è posto con l'entrata in vigore del d.l. n. 463/1983, convertito nella l. n. 638/1983, che, all'art. 6, ha disposto che l'integrazione al trattamento minimo delle pensioni non spetti a soggetti che superino un determinato limite di reddito, aggiungendo, però, al successivo art. 8, che « resta ferma la disposizione di cui all'articolo 68 della legge 30 aprile 1969, n. 153 indipendentemente dal reddito percepito dal pensionato ».

Quest'ultima è la norma che esclude i ciechi, che esercitano un'attività lavorativa, dal campo di applicazione dell'art. 10, r.d.l. n. 636/1939, relativo alla soppressione della pensione di invalidità « quando la capacità di guadagno del pensionato cessi di essere inferiore ai limiti indicati » vale a dire a meno di un terzo.

Si è creato così il dubbio se, per i non vedenti, la condizione reddituale sia sempre irrilevante tanto per l'erogazione della pensione che per quella dell'integrazione al minimo.

Infatti mentre è pacifico che ai ciechi spetti la pensione di invalidità indipendentemente dall'entità dei redditi percepiti, controverso è se l'integrazione sia sempre e comunque dovuta quale che sia la condizione economica del pensionato.

La questione non è stata approfondita in maniera particolare in dottrina mentre nella giurisprudenza di legittimità si sono affermati due diversi orientamenti: un primo ammette il limite del reddito al fine della spettanza dell'integrazione al minimo della pensione, un secondo, al contrario, lo nega.

Al primo filone appartengono le sentenze della Cass. 26 settembre 1988 n. 5252 (in *MGC*, 1988, fasc. 8-9) e Cass. 23 marzo 1998 n. 3027 (in *MGC*, 1998, 634) le quali, pur non analizzando in modo esaustivo la problematica, distinguono una fase precedente ed una successiva al conseguimento della pensione e limitano la portata dell'art. 68, l. n. 153/1969, richiamato dal d.l. n. 463/1983, alla seconda fase con conseguente implicita esclusione del principio di irrilevanza della situazione reddituale del pensionato.

In particolare con la sentenza 23 marzo 1998 n. 3027, la Suprema Corte ha evidenziato come « la particolare disciplina prevista dall'art. 68 cit., la quale esclude che la pensione di invalidità riconosciuta all'assicurato in ragione della sua cecità possa essergli revocata, quali che siano i mutati limiti della sua capacità di lavoro e di guadagno, attiene unicamente alla fase successiva al riconoscimento del trattamento pensionistico e non implica, invece, che dalla condizione di cecità discenda automaticamente il diritto alla pensione medesima, dovendosi sempre accertare in che misura tale menomazione, ancorché gravissima, incida sulle residue capacità del lavoratore assicurato ».

Da qui si desumerebbe che la situazione reddituale del soggetto non può non esser presa in considerazione per quanto attiene il diritto dello stesso all'integrazione al minimo.

Espressione del diverso orientamento giurisprudenziale che nega valore alla situazione di reddito del pensionato è invece la sentenza 30 luglio 1999 n. 8310 (in *OGI*, 1999, I, 1119) secondo la quale, con le modifiche apportate al sistema previdenziale dalla riforma del 1983, si è introdotta « la regola generale dell'assoluta indifferenza oltre che delle condizioni di salute anche di quelle reddituali degli appartenenti alla categoria stessa, in attuazione, pertanto, del principio della assoluta 'neutralità' rispetto al trattamento pensionistico del non vedente della sua situazione reddituale ».

In questo modo si è considerato l'art. 8, d.l. n. 463/1983, per ragioni di coerenza logica e per ragioni tecnico giuridiche, « vera e propria norma di chiusura di un sistema che [...] valga a sottrarre i ciechi alla disciplina valida per i restanti assicurati non solo per quanto attiene al riconoscimento del trattamento pensionistico ma anche per quanto attiene l'integrazione al minimo di detto trattamento ».

D'altra parte, secondo la Corte, risulterebbe « priva di qualsiasi condivisibile giustificazione una disciplina che in sede di riconoscimento del diritto alla pensione non attribuisca alcun valore al presupposto reddituale [...] e poi finisca per ammettere una sorta di 'reviviscenza' di tale requisito in fase di integrazione al trattamento pensionistico già riconosciuto ».

L'art. 8, inoltre, si inserirebbe in una normativa che ha sempre rivestito carattere di specialità e che per questo non potrebbe essere limitata da disposizioni che abbiano, invece, carattere generale.

Alla luce di queste argomentazioni la Corte, nel 1999, ha dedotto che « in un siffatto assetto ordinamentale sembra privo di giuridico fondamento sostenere che il legislatore del 1983, nel momento in cui ha voluto ribadire l'indifferenza delle vicende reddituali per l'attribuzione della pensione (o dell'assegno) di invalidità, abbia poi voluto assimilare — senza un espresso e chiaro riferimento testuale — per quanto riguarda l'integrazione al minimo i non vedenti agli altri assicurati ».

La Cassazione, con questa pronuncia a Sezioni Unite, però, ritiene di dover aderire al

primo orientamento e riconosce valore alla situazione economica del pensionato dal momento che gli artt. 6 ed 8 della riforma del 1983 si riferiscono ad istituti differenti e vanno, quindi, « interpretati secondo la chiara lettera e senza attribuire al legislatore intenzioni non espresse ».

L'integrazione, infatti, « serve ad assicurare [...] mezzi adeguati alle esigenze di vita del lavoratore e della sua famiglia quando a tale scopo non sia sufficiente la contribuzione previdenziale accreditata » e « costituisce un'erogazione ulteriore [...] giustificata dallo stato di bisogno ed ispirata al principio di solidarietà di cui all'art. 2 Cost. ».

La situazione di bisogno, quindi, rappresenta un requisito essenziale per l'erogazione della prestazione che, altrimenti, perderebbe la sua stessa funzione e finirebbe per essere priva di giustificazione.

La Corte, a tal proposito, ricorda che la funzione di solidarietà sociale « garantisce la misura minima di protezione delle situazioni giuridiche soggettive definite dalla Costituzione come diritti inviolabili: sotto la misura minima si determinerebbe, con l'elusione dei precetti costituzionali, la violazione di tali diritti [...], ma, dal lato opposto, la protezione risulterebbe priva di giustificazione se portata al di sopra di quel minimo ». Appare chiaro, quindi, che « l'esistenza di redditi accanto alla pensione è idonea a privare l'integrazione del suo presupposto ».

Ben diverso è, invece, il fondamento delle norme che dispongono la conservazione del trattamento pensionistico in caso di successivo venir meno di uno dei presupposti in quanto si mira a tutelare « l'affidamento riposto dal cittadino nell'attuale ammontare del beneficio previdenziale, su cui egli ha costruito il proprio tenore di vita ».

È questa la differente esigenza che spinge il legislatore, in deroga al divieto generale, a permettere ai ciechi di cumulare la pensione di invalidità con un reddito anche elevato. La Suprema Corte ritiene così che nemmeno le speciali finalità di tutela dei non vedenti impediscono di considerare il combinato disposto degli artt. 8, comma 1-bis, d.l. n. 463/1983, e 68, l. n. 153/1969, « espressione di un generale principio di irrilevanza totale del requisito reddituale nel regime della pensione di invalidità ai ciechi e di estendere questo asserito principio all'istituto [...] dell'integrazione al minimo delle pensioni ».

In questo modo, chiarito che « non sussistono in definitiva una 'coerenza logica del sistema e ragioni tecnico-giuridiche' capaci [...] di superare la lettera del più volte evocato art. 6, il quale subordina al limite reddituale l'integrazione al minimo delle pensioni a carico dell'Inps senza fare eccezioni per gli invalidi ciechi » e che « nessuno degli interventi legislativi ha inciso sulla [...] disciplina dell'integrazione al minimo », le Sezioni Unite concludono attribuendo rilevanza alla situazione di reddito del pensionato al fine del riconoscimento del diritto all'integrazione al minimo.

Giuseppe Giglio

*Dottorando di ricerca in Legislazione sociale europea
Università degli Studi di Macerata*

8.2. C. Conti 26 gennaio 2005 n. 70 (in  *Boll. Adapt*, 2005, n. 7).

Previdenza - Pensioni - Misura della prestazioni - Lavoro pubblico - Diritto alla perequazione al trattamento retributivo del personale di pari qualifica in attività di servizio - Sussistenza.

Gli artt. 36 e 38 Cost., seppure consentono l'esercizio di una discrezionalità legislativa nell'attuare l'adeguamento costante tra i due tronconi del trattamento retributivo (quello di attività e quello pensionistico), tuttavia impongono un limite di ragionevolezza nel legiferare che non viene rispettato allorché non vi sia più alcuna commisurazione delle pensioni agli stipendi. In tali ipotesi, i dipendenti a riposo hanno diritto alla riliquidazione del trattamento pensionistico con

aggancio ai miglioramenti economici concessi al personale di pari qualifica ed anzianità in attività di servizio. (Caso concernente un dipendente a riposo del Ministero della Difesa).

Pensioni: il fantasma della c.d. clausola oro in una recente sentenza della Corte dei Conti della sezione giurisdizionale Puglia

Ha suscitato un gran clamore (si è scritto e parlato di sentenza-*shock*) un provvedimento della Corte dei Conti pugliese (sentenza 26 gennaio 2005 n. 70) che ha accolto (in applicazione degli artt. 36 e 38 Cost.) il ricorso di un ex dipendente pubblico, ora in quiescenza, il quale aveva rivendicato « la perequazione del trattamento pensionistico sulla base dei miglioramenti economici conferiti al personale di pari qualifica in servizio ». La sentenza rievoca il fantasma della c.d. clausola-oro, in vigore, prima delle riforme degli anni Novanta, in alcune categorie pubbliche particolarmente privilegiate (come, ad esempio, i magistrati e i militari). Secondo quella normativa, la pensione (quasi sempre corrispondente all'ultimo stipendio percepito) veniva rivalutata periodicamente sulla base dei miglioramenti percepiti dal « pari grado » ancora in servizio. L'estensione di tale principio è rimasto, per decenni, un'aspirazione diffusa in tutto il pubblico impiego, che non ha mai potuto essere accolta — nonostante i numerosi progetti di legge presentati nei decenni da parlamentari dei diversi schieramenti — per evidenti ragioni di sostenibilità economica, fino a quando non è finita nel falò dei privilegi del decennio delle riforme. La sentenza della Sezione giurisdizionale della Regione Puglia (per fortuna non definitiva e comunque attinente solo al caso specifico) pone un problema enorme. Sono facilmente intuibili le conseguenze economiche che scaturirebbero dalla generalizzazione di un principio siffatto, con effetti che travalicherebbero anche l'orientamento espresso dalla Corte Costituzionale in diverse pronunzie, tra le quali la sentenza n. 409/1995, ampiamente citata dalla Corte dei Conti. La Consulta, infatti, affermò — come ha ricordato il giudice contabile pugliese — che i modi attraverso i quali perseguire l'obiettivo dell'aggiornamento delle pensioni dei pubblici dipendenti possono essere, in via di principio, o la riliquidazione o la c.d. perequazione automatica « consistente in un meccanismo normativamente predeterminato, che adegui periodicamente i trattamenti di quiescenza agli aumenti retributivi intervenuti mediamente nell'ambito delle categorie del lavoro dipendente ». La stessa Corte Costituzionale ha altresì sottolineato che « l'eventuale verificarsi di un irragionevole scostamento » tra il trattamento del pensionato e quello del pari grado in servizio « può costituire un indice della non idoneità del meccanismo scelto dal legislatore ad assicurare la sufficienza della pensione in relazione alle esigenze del lavoratore e della sua famiglia ». A questo punto la Corte pugliese si è avventurata in un calcolo per sostenere la sua tesi. « Un esempio numerico — è scritto — che per comodità è tracciato in vecchie lire, indica che una pensione che nel 1987 ammontava a 13 milioni di lire lorde annue, nel 2004 è arrivata a 25 milioni e 900 mila lire. Se la pensione si fosse rivalutata completamente, tenendo conto dell'aumento totale dell'inflazione nel corso dei 18 anni in questione, avrebbe raggiunto i 26 milioni e 200 mila lire. Durante i 18 anni in questione — sempre secondo la Corte dei Conti — la perdita è stata di 3 milioni e 152 mila lire ». È singolare che non si tenga conto di un dato di fatto ineludibile (anch'esso più volte ribadito in sede di giurisdizione costituzionale): nel perseguire la tutela dei diritti il legislatore non può prescindere completamente dall'effettiva disponibilità delle risorse.

Ma la sentenza-*shock* sfiora — è indubbio — un aspetto, assai delicato e destinato ad esplodere nei prossimi anni: i limiti del sistema di rivalutazione dei trattamenti pensionistici. L'attuale normativa prevede la rivalutazione ai prezzi al 1° gennaio di ogni anno

sulla base del tasso di inflazione dell'anno precedente. La rivalutazione è effettuata con un'elasticità variabile per fasce d'importo: al 100% fino a 3 volte il trattamento minimo Inps; al 90% fino a 5 volte il minimo; al 75% per fasce d'importo superiori a 5 volte il minimo. Fino al 1992 era previsto anche un altro meccanismo di rivalutazione: il collegamento alla dinamica retributiva dei lavoratori attivi. Questo dispositivo venne sospeso nel contesto dei provvedimenti d'emergenza varati dal Governo Amato nell'estate del 1992. La l. n. 335/1995 (la riforma Dini) ha confermato, sia pure con qualche correttivo, tale assetto del sistema di perequazione. Ne è derivato un depotenziamento strisciante dei trattamenti. In pratica, una pensione liquidata ad un certo livello è destinata a perdere valore, nel tempo, in ragione direttamente proporzionale (si veda la tavola 1) alla sua durata e all'anticipo con cui è stata erogata. Questa misura ha avuto e continuerà ad avere un riflesso decisivo sui conti pubblici. Pochi lo sanno, ma le riforme volute degli anni Novanta hanno realizzato i risparmi più consistenti non solo a spese dei giovani (i quali pagheranno molti contributi per ricevere prestazioni modeste), ma anche dei pensionati, soprattutto di quelli futuri, grazie appunto alla revisione dei sistemi di perequazione automatica.

Tav. 1 – Tasso di sostituzione medio di periodo della previdenza obbligatoria.

Età		2000	2010	2020	2030	2040	2050	
57	<i>Tasso di sostituzione al pensionamento</i>	67.3	67.1	53.1	45.9	44.8	44.4	
	<i>Speranza di vita al pensionamento</i>	<i>maschi</i>	21.8	23.2	24.4	25.2	25.7	25.9
		<i>femmine</i>	26.6	27.8	28.6	29.3	29.6	29.9
	Tasso di sostituzione medio di periodo: riduzione % rispetto al tasso al momento del pensionamento	<i>maschi</i>	-17	-18.1	-19	-19.6	-20.0	-20.1
		<i>femmine</i>	-20.6	-21.5	-22.1	-22.6	-22.9	-23
	60	<i>Tasso di sostituzione al pensionamento</i>	67.3	67.1	56	49.6	48.5	48.1
<i>Speranza di vita al pensionamento</i>		<i>maschi</i>	19.4	20.8	21.9	22.6	23.1	23.3
		<i>femmine</i>	23.9	25.0	25.9	26.5	26.8	27.1
Tasso di sostituzione medio di periodo: riduzione % rispetto al tasso al momento del pensionamento		<i>maschi</i>	-15.2	-16.2	-17	-17.6	-18.0	-18.2
		<i>femmine</i>	-18.6	-19.4	-20.1	-20.5	-20.8	-21
65		<i>Tasso di sostituzione al pensionamento</i>	67.3	67.1	62.2	57.8	56.7	56.1
	<i>Speranza di vita al pensionamento</i>	<i>maschi</i>	15.7	16.9	17.9	18.6	19.0	19.2
		<i>femmine</i>	19.6	20.6	21.4	21.9	22.3	22.5
	Tasso di sostituzione medio di periodo: riduzione % rispetto al tasso al momento del pensionamento	<i>maschi</i>	-12.3	-13.2	-14	-14.5	-14.8	-15.0
		<i>femmine</i>	-15.3	-16.1	-16.7	-17.1	-17.4	-17.5

Fonte: Elaborazione Dipartimento della Ragioneria Generale dello Stato, in *Appendice Statistica Nap pensioni 2003*.

Le percentuali che indicano la perdita di valore delle pensioni nel tempo segnalano, dunque, di per sé le dimensioni del problema che prima o poi si porrà. Il legislatore, per motivi squisitamente politici, ha scelto la via di erogare trattamenti il più elevati possibili al momento della definizione e della liquidazione dell'assegno, mettendo in conto il suo logoramento nel tempo. Avremo così il paradosso di persone, andate in quiescenza poco più che cinquantenni con discrete prestazioni (quando ancora pote-

vano lavorare), che si troveranno — 20-25 anni dopo — a percepire trattamenti nel frattempo divenuti inadeguati. Ma l'incidenza della ristrutturazione dell'assetto della perequazione è tanto influente sui conti pubblici (come abbiamo visto prima) che sarà comunque problematico modificarlo. Non bisogna confondere, poi, gli effetti del sistema di indicizzazione che incidono sulla singola pensione nel tempo da quelli di carattere generale riguardanti l'andamento della spesa complessiva, anch'essa nel tempo. Non si dimentichi, infatti, che nella logica della riforma Dini, vi è un altro fattore di ridimensionamento del tasso di sostituzione: la revisione decennale (in base agli andamenti demografici) dei coefficienti di trasformazione che nel sistema contributivo servono a determinare l'importo della prestazione. Ne deriva — come si vede — che l'innalzamento dell'età pensionabile è un corroborante anche per una maggiore adeguatezza dei trattamenti.

Il sistema pensionistico italiano non presenta — quindi — solo problemi di sostenibilità economica e finanziaria che le riforme (compresa quella del 2004) non hanno definitivamente risolto. Si porrà, nel futuro prossimo, anche una questione di adeguatezza dei trattamenti, perché le pensioni sono destinate a perdere valore nel tempo. Questa preoccupazione comincia ad emergere in parecchie sedi qualificate. Da ultima se ne è occupata — con un orizzonte di carattere generale non limitato al pubblico impiego — un'attenta e documentata ricerca dell'Ufficio Studi dell'Inpdap (l'ente di previdenza della pubblica amministrazione) dimostrando che le prestazioni subiranno, col trascorrere degli anni, una riduzione dell'ammontare, riconosciuto al momento della liquidazione, « tanto maggiore quanto più lungo è il tempo in cui la pensione è percepita ed è quindi dipendente dall'età in cui si va in pensione e dall'età in cui si cessa di percepirla ». In sostanza, prosegue il rapporto, « i più danneggiati sono, quindi, tutti coloro che vanno in pensione anticipata rispetto all'età di vecchiaia »: in sostanza, quei milioni di pensionati di anzianità, la cui condizione è stata difesa ad oltranza dalle organizzazioni sindacali e dai loro alleati. Questi lavoratori, infatti, avendo avuto a lungo la possibilità di andare in quiescenza poco più che cinquantenni e di usufruire più a lungo del trattamento, finiscono per subire in misura maggiore gli effetti del « male oscuro » del sistema pensionistico obbligatorio.

Di cosa si tratta? La causa dell'atteso progressivo impoverimento dei pensionati italiani non dipende, come si crede, dal calcolo contributivo, giacché il problema riguarda ancor più i lavoratori a cui continua ad applicarsi il modello retributivo. Il fatto è che — lo ricorda correttamente la ricerca dell'Inpdap — la stabilizzazione della spesa pensionistica rispetto al Pil, in un contesto di invecchiamento della popolazione, si può ottenere soltanto con una riduzione del numero dei pensionati (attraverso l'introduzione di regole più severe per l'accesso alla pensione) oppure con la riduzione dell'importo medio delle prestazioni. Il legislatore ha preferito seguire, sia pure surrettiziamente, questa seconda via. E la misura più importante per conseguire tale obiettivo è stata, a partire dal 1992, la revisione del sistema di indicizzazione delle pensioni. È evidente, dunque, che il solo meccanismo di adeguamento al costo della vita non può mantenere l'invarianza di un trattamento destinato a « durare » almeno per un quarto di secolo. I dati ufficiali confermano — ecco perché è tanto difficile tornare alla situazione precedente — a questo intervento sulla perequazione si deve il maggior risparmio proveniente dalle leggi dei magici anni Novanta. Intorno al 2030, quando si verificherà il picco della spesa pensionistica, le misure di riordino determineranno tagli (rispetto alla situazione che si sarebbe prodotta in assenza di riforme) corrispondenti a 7 punti di Pil: ben 5 dipenderanno, secondo le stime ufficiali, dalla soppressione dell'aggancio alla dinamica retributiva. L'effetto è visibile anche considerando la singola pensione. Secondo l'Inpdap, nell'ipotesi di un'inflazione pari all'1,5% annuo e di una crescita

della retribuzione dell'ordine del 2,5% e in presenza di un'indicizzazione ai prezzi, il rapporto iniziale tra pensione e retribuzione (che il legislatore ha voluto mantenere elevato nel sistema retributivo) diminuisce col passare del tempo, determinando un impoverimento relativo della pensione rispetto alla retribuzione e producendo il fenomeno delle c.d. pensioni d'annata. Lo studio ha persino tentato di quantificare (tavola 2) l'incidenza della revisione delle regole della perequazione automatica su diversi tipi di pensione, mettendo a confronto la loro evoluzione, in quello vigente, con gli andamenti teorici della doppia indicizzazione ai salari e ai prezzi.

Tav. 2. Indicizzazione delle pensioni.

Valore mensile (in euro) al 1991	300	500	750	1.300	1.500	2.000
Differenza % tra variazione con indicizzazione ai prezzi e ai salari e solo ai prezzi						
2005/1991	- 6,54	- 6,54	- 6,45	- 6,27	- 6,15	- 6,16

Fonte: Inpdap

Considerando un differenziale medio annuo di un punto percentuale tra crescita dei prezzi e crescita reale delle retribuzioni (tavola 3), l'impoverimento relativo della pensione sarebbe pari al 21% dopo 25 anni e al 25% dopo 30 anni.

Tav. 3. Rapporto tra pensione e retribuzione media (*).

Anni di pensione	Evoluzione della retribuzione o reddito	Valore della pensione indicizzata ai prezzi	Rapporto pensione/retribuzione media
1	100,0	80,0	80%
2	102,5	81,2	79,2%
3	105,1	82,4	78,4%
4	107,7	83,7	77,7%
5	110,4	84,9	76,9%
10	124,9	91,5	73,2%
15	141,3	98,5	69,7%
20	159,9	106,2	66,4%
25	180,9	114,4	63,2%
30	204,6	123,2	60,2%

(*) Retribuzione media reale annua +2,5%; inflazione +1,5%.

Fonte: Inpdap

Sarebbe certamente più equo un sistema che, partendo magari da livelli iniziali più bassi, riconoscesse un più adeguato sistema di salvaguardia, nel tempo, del valore dei trattamenti. I grafici sui tassi di sostituzione (il rapporto tra la pensione e il reddito dell'ultima fase della vita lavorativa) riguardanti le diverse tipologie di lavoro, rendono visibile la prospettiva declinante dei tanti (troppi) che hanno usufruito della possibilità di anticipare la quiescenza.

Fig. 1.5.1. Tassi di sostituzione lordi del sistema pubblico - Carriere dinamiche

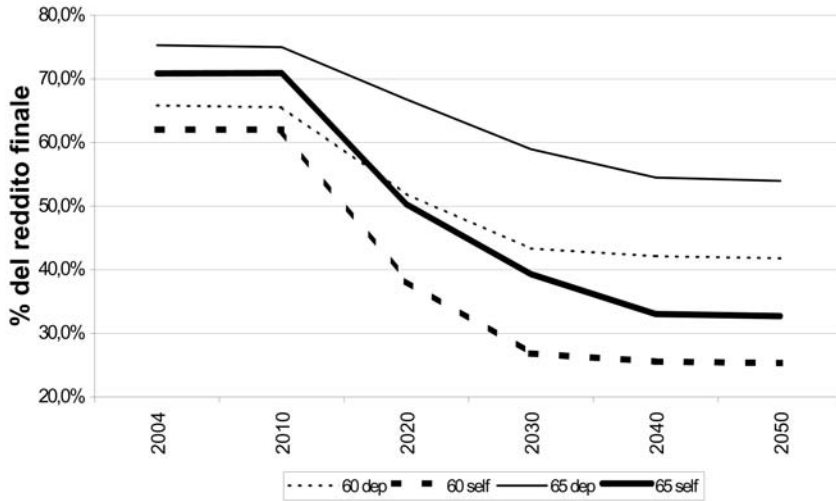
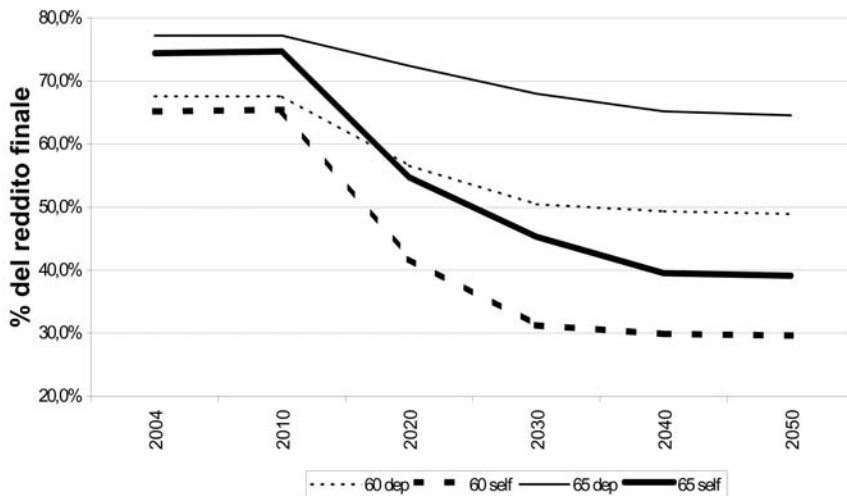


Fig. 1.5.2. Tassi di sostituzione lordo del sistema pubblico - Carriere piatte



8.3. Cass. pen., sez. un., 19 gennaio 2005 n. 1327 (in  *Boll. Adapt*, 2005, n. 7).

Previdenza - Contribuzione obbligatoria - Omesso versamento alla Cassa Edile delle somme trattenute dal datore di lavoro sulla retribuzione del dipendente - Reato di appropriazione indebita - Esclusione - Illecito amministrativo ex artt. 1 e 8 della l. 14 luglio 1959, n. 741, e art. 13 del d.lgs. 19 dicembre 1994, n. 758 - Sussistenza.

Il mancato versamento delle somme trattenute dal datore di lavoro sulla retribuzione del dipendente e da destinare alla Cassa Edile per ferie, gratifiche natalizie e festività non integra il reato di appropriazione indebita ai sensi dell'art. 61 n. 11 c.p., ma solo l'illecito amministrativo previsto dagli artt. 1 e 8 della l. 14 luglio 1959, n. 741, e dall'art. 13 del d.lgs. 19 dicembre 1994, n. 758.

Le Sezioni Unite si pronunciano sul reato di appropriazione indebita per omesso versamento alle Casse Edili

Con la sentenza in commento la Suprema Corte ha provveduto a fare chiarezza sulla configurabilità del reato di appropriazione indebita di cui all'art. 646 c.p., nella specifica ipotesi di mancato versamento alla Cassa Edile, da parte del datore di lavoro, delle ritenute operate sulla retribuzione del lavoratore.

Il reato in questione punisce « chiunque, per procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto, si appropria il denaro o la cosa mobile altrui di cui abbia, a qualsiasi titolo, il possesso » e proprio sul requisito della « altruità » delle somme accantonate dal datore di lavoro e destinate a terzi a vario titolo la Corte si è soffermata, preliminarmente evidenziando differenti soluzioni giurisprudenziali finora intervenute.

Va infatti ricordato che nella giurisprudenza di legittimità è possibile ravvisare un sostanziale contrasto in ordine alla determinazione del concetto di « altruità » con riferimento alle somme trattenute dal datore di lavoro sulle retribuzioni dei propri dipendenti. In particolare — osserva la sentenza in commento — mentre nel caso delle trattenute effettuate per fini previdenziali è stata ritenuta la sussistenza del reato in esame, la ricorrenza del medesimo è stata esclusa per le trattenute effettuate per conto del fisco, pur non presentando i due prelievi rilevanti differenze.

In una fattispecie relativa all'omesso versamento di contributi in favore della « Nuova Cassa Edile » il datore di lavoro è stato ritenuto colpevole del reato di appropriazione indebita in quanto le somme dallo stesso trattenute « fanno parte integrante della retribuzione spettante al lavoratore come corrispettivo per la prestazione già resa (...) e non appartengono più al datore di lavoro, che ne ha solo una disponibilità precaria posto che esse hanno una destinazione precisa, non modificabile unilateralmente in maniera lecita, ma vincolata ad un versamento da effettuare entro un termine previsto a garanzia del terzo e del lavoratore » (Cass. 11 febbraio 1999 n. 5785; cfr. Cass. 27 giugno 2003 n. 30075).

Viceversa, relativamente alla ipotesi di mancato versamento di ritenute fiscali, una costante giurisprudenza (Cass. 26 maggio 1983 n. 10667, in *Riv. Pen.*, 1984, 615; Cass. 26 maggio 1983 n. 8780, in *Riv. Pen.*, 1984, 501; Cass. 26 maggio 1983 n. 9037, in *Riv. Pen.*, 1984, 418; Cass. 26 maggio 1983 n. 10437, in *GI*, 1984, II, 245; da ultimo, Cass. 5 ottobre 2001 n. 39178, in *Il Fisco*, 2002, 4029) ha escluso la configurabilità del reato di appropriazione indebita, sia a danno dei lavoratori dipendenti, sia nei confronti dello Stato, proprio sul presupposto della mancanza del requisito della « altruità » delle somme trattenute. In tali ipotesi — come ricorda la sentenza in commento — è stato

evidenziato che « il datore di lavoro, quale sostituto d'imposta, è debitore in proprio e non meramente responsabile per un debito altrui, per cui è direttamente e personalmente obbligato verso lo Stato per le somme dovute dai lavoratori dipendenti a titolo di imposta sul reddito delle persone fisiche e da lui ritenute sulla retribuzione. Pertanto, il mancato versamento all'erario da parte del datore di lavoro di tali somme, sulle quali non può configurarsi una titolarità attiva da parte del lavoratore (liberato dall'obbligazione tributaria a seguito della ritenuta effettuata), non integra il reato di appropriazione indebita, la cui essenza consiste nella lesione del diritto di 'proprietà' o di altro diritto reale mediante l'abuso di cosa o denaro altrui ».

Come giustamente rilevano le Sezioni Unite, tuttavia, le ragioni che escludono il reato di appropriazione indebita nell'ipotesi di mancato versamento delle ritenute fiscali potrebbero essere utilizzate per escludere lo stesso reato in caso di mancato versamento di ritenute previdenziali.

Ciò che viene messo in rilievo infatti è che la somma trattenuta rimane, in fin dei conti, sempre nella esclusiva disponibilità del possessore, « non soltanto perché non è mai materialmente versata al lavoratore, ma soprattutto in quanto mai potrebbe esserlo, avendo il dipendente soltanto il diritto di percepire la retribuzione al netto delle trattenute effettuate alla fonte dal datore di lavoro ».

In altre parole, poiché le trattenute si risolvono in una operazione meramente contabile, il reato di cui all'art. 646 c.p. non sussiste. Nella costante analisi giurisprudenziale in materia di appropriazione indebita invece (si veda in particolare Cass. 17 giugno 1977 n. 2445), il denaro di cui l'agente si appropria non fa mai parte *ab origine* del patrimonio del possessore, ma si tratta sempre di denaro o di cose di proprietà diretta od indiretta di altri, che pur confluendo per una determinata ragione nel patrimonio dell'agente, non divengono, proprio per il vincolo di destinazione che le caratterizza, di sua proprietà. In tali casi infatti la somma entra *ab extrinseco* a far parte del patrimonio del possessore e con questo non si confonde proprio perché connotata da un vincolo specifico di destinazione.

Tali considerazioni portano dunque le Sezioni Unite a dichiarare che il mancato versamento delle trattenute da parte del datore di lavoro sulla retribuzione da versare alle Casse Edili può configurare unicamente l'infrazione amministrativa prevista dall'art. 13, d.lgs. n. 758/1994 (il quale sostituisce l'art. 8, l. n. 741/1959, così disponendo: « il datore di lavoro che non adempie agli obblighi derivanti dalle norme di cui all'art. 1 della presente legge è punito con la sanzione amministrativa da lire cinquantamila [euro 25,00] a lire trecentomila [euro 154,00]. Se l'inosservanza si riferisce a più di cinque lavoratori si applica la sanzione amministrativa da lire trecentomila [euro 154,00] a lire due milioni [euro 1032,00] »).

Sotto altro profilo, inoltre, le Sezioni Unite rilevano che l'ipotesi relativa all'omesso versamento della « percentuale trattenuta » dal datore di lavoro sulla retribuzione per effetto degli accordi economici e del Ccnl non forma oggetto di una specifica fattispecie penale ed alla stessa non è applicabile l'art. 2, comma 1, d.l. n. 463/1983 (modificato dall'art. 1, d.lgs. n. 211/1994) che sanziona l'omesso versamento delle ritenute previdenziali e assistenziali è stata « emanata al fine di assicurare il tempestivo versamento da parte di tutti i datori di lavoro, esclusi quelli agricoli, entro termini uniformi, [del]l'imposta sul valore aggiunto, [del]le somme dovute quali sostituti d'imposta e [di] quelle dovute a gestioni previdenziali ed assistenziali ».

La mancata applicazione del d.l. n. 463/1983 è giustificata dalle Sezioni Unite dalle seguenti ragioni:

— perché non può essere riconosciuto alle Casse Edili natura di enti di previdenza e di assistenza;

— perché con la locuzione « gestioni previdenziali ed assistenziali » il legislatore intendeva riferirsi agli enti di previdenza ed assistenza all'epoca esistenti, quali l'Inps, l'Inam, l'Inail ed altre gestioni speciali autonome;

— perché la trattenuta effettuata a favore delle Casse Edili non ha natura « contributiva previdenziale o assistenziale », ma di salario differito che trova la sua legittimazione in un accordo contrattuale (sia pure recepito formalmente in un atto avente forza di legge);

— perché le Casse Edili non svolgono funzioni previdenziali ed assistenziali, ma di intermediazione tra datori di lavoro e lavoratori, secondo gli approdi consolidati della giurisprudenza civile di legittimità.


Tali affermazioni della Suprema Corte non appaiono però del tutto convincenti in quanto fondate sull'assunto che alle Casse Edili non sia possibile attribuire natura di enti previdenziali o assistenziali poiché le prestazioni erogate dalle stesse hanno esclusivamente natura di salario differito.

A tal proposito è pur vero che le Casse Edili erogano con più frequenza mensilità aggiuntive o gratifiche che, per costante ammissione giurisprudenziale, costituiscono una forma di salario differito ma è anche vero che le stesse Casse forniscono anche altre prestazioni – quali forme di assistenza sanitaria integrativa, assegni di studio e coperture assicurative contro gli infortuni extraprofessionali – che è difficile non considerare forme di assistenza, sia pur previste dalla contrattazione collettiva nazionale o decentrata.

Anche l'ulteriore assunto in base al quale con la locuzione « gestioni previdenziali ed assistenziali » il legislatore intendeva riferirsi agli enti di previdenza ed assistenza all'epoca esistenti non appare condivisibile. Una tale interpretazione rischierebbe infatti di ancorare tale previsione al momento storico in cui la stessa è entrata in vigore, limitandone le potenzialità e l'efficacia, senza contare che in tal modo sembrerebbe volersi ignorare del tutto la stessa *ratio legis* volta a tutelare l'effettiva destinazione delle trattenute comunque operate sulla retribuzione dei lavoratori. Seguendo l'argomentazione della Suprema Corte si finirebbe infatti per legittimare l'omesso versamento delle ritenute operate sulle retribuzioni qualora queste fossero destinate ad una gestione previdenziale e assistenziale sorta successivamente alla data di entrata in vigore della fattispecie sanzionatoria.

In virtù di tali considerazioni, pur prendendo atto delle argomentazioni delle Sezioni Unite relative alla non configurabilità della fattispecie generale della appropriazione indebita nell'ipotesi di mancato versamento delle ritenute destinate alle Casse Edili, si esprimono forti perplessità in ordine alla non configurabilità della fattispecie di cui all'art. 2, comma 1, d.l. n. 463/1983, proprio in virtù della natura giuridica delle stesse Casse Edili che non possono essere escluse dal novero degli organismi, sia pur di fonte contrattuale, che gestiscono forme di assistenza nei confronti di lavoratori.

Paolo Pennesi
Dirigente Divisione I
Direzione generale per l'Attività Ispettiva
Ministero del lavoro e delle politiche sociali

8.4. Cass., sez. un., 26 novembre 2004 n. 22276 (in  *Boll. Adapt*, 2005, n. 2).

Previdenza - Lavoratori socialmente utili - Controversia sul trattamento economico - Giurisdizione del giudice ordinario - Sussistenza.

Sussiste la giurisdizione del giudice ordinario in ordine alla domanda con la quale il lavoratore socialmente utile rivendica il trattamento economico riconosciutogli dalla legge, in quanto tale pretesa si configura come diritto soggettivo, mancando qualsiasi discrezionalità dell'ente pubblico in relazione all'an e al quantum del relativo trattamento.

La sentenza in esame affronta il tema della sussistenza della competenza in capo al giudice ordinario ovvero in capo al giudice amministrativo a conoscere della controversia instaurata dal lavoratore inoccupato o disoccupato, impiegato dalla Pubblica Amministrazione in lavori socialmente utili, al fine della liquidazione del compenso previsto a suo favore.

La questione viene risolta dalla Corte a favore della sussistenza della giurisdizione in capo al giudice ordinario sulla base della valutazione della natura del duplice rapporto che esiste fra il lavoratore socialmente utile e l'ente pubblico beneficiario delle sue prestazioni e fra il medesimo lavoratore e l'ente previdenziale, soggetto deputato all'erogazione del sussidio.

In particolare, viene affermato che il rapporto che si instaura fra il lavoratore socialmente utile e l'ente che lo coinvolge nella realizzazione di un progetto non ha natura di rapporto di lavoro subordinato, ma è unicamente fonte di un'obbligazione dell'ente pubblico che è subordinato all'instaurazione di un rapporto giuridico di natura previdenziale fra il medesimo lavoratore e l'ente erogatore del relativo trattamento che trova il suo fondamento a livello costituzionale nell'art. 38, in quanto volto alla tutela dell'interesse sociale contro la disoccupazione (sulla natura dell'istituto cfr. Cass. 7 luglio 2003 n. 10651, in *MGC*, 2003, fasc. 7-8).

In altre parole, il trattamento che il lavoratore socialmente utile riceve dall'ente erogatore non è qualificabile come retribuzione ma unicamente come corrispettivo dovuto per il contributo alla realizzazione di un interesse di carattere sociale.

Nel rapporto così instaurato, pertanto, la Pubblica Amministrazione non gode di un potere discrezionale in ordine al riconoscimento della prestazione (che rimane in capo all'ente previdenziale) né in merito alla sua quantificazione dal momento che è stabilito dal legislatore stesso (art. 1-bis, d.l. n. 244/1981, convertito in l. n. 390/1981) che è dovuta a carico dell'Amministrazione Pubblica beneficiaria della prestazione la somma pari alla differenza tra somma corrisposta dall'Inps a titolo di integrazione salariale e il salario o stipendio che sarebbe stato percepito in costanza del rapporto di lavoro e comunque in misura non superiore a quello dei lavoratori che nell'Amministrazione Pubblica interessata svolgono pari mansioni.

L'atto di riconoscimento della prestazione — afferma la Corte — non ha pertanto carattere autoritativo, cioè non costituisce un provvedimento amministrativo in senso tecnico, dal momento che non implica alcuna disponibilità del bene della vita che forma oggetto della situazione giuridica soggettiva del lavoratore con la conseguenza che rappresenta un mero atto amministrativo con natura dichiarativa della situazione giuridica vantata dall'interessato, in quanto presuppone la sua esistenza ma non ne è, allo stesso tempo, la fonte (cfr. in dottrina M. CINELLI, *Diritto della Previdenza Sociale*, Giappichelli, Torino, 2003, 263).

Alla luce di tali considerazioni, la Corte di Cassazione con la pronuncia in commento

ha affermato la sussistenza della giurisdizione del giudice ordinario in quanto la pretesa del lavoratore socialmente utile a ricevere il relativo trattamento economico si configura come un vero e proprio diritto soggettivo, per la mancanza nel soggetto utilizzatore di qualsiasi discrezionalità sull'*an* e sul *quantum* dell'ammontare dovuto.

9. Pubblico impiego

9.1. Trib. Bolzano 26 novembre 2004 (in  *Boll. Adapt*, 2005, n. 8).

Pubblico impiego - Concorso - Valutazione dell'anzianità di servizio - Principio di salvaguardia delle posizioni di lavoro per i cittadini chiamati alla leva - Equiparazione del periodo di leva al periodo di servizio in impieghi civili presso enti pubblici.

Per effetto del principio sancito dall'art. 52, comma 2, Cost., alla cui stregua l'adempimento del servizio militare non deve pregiudicare la posizione di lavoro del cittadino, la norma (art. 77, comma 7, d.P.R. 14 febbraio 1964, n. 237, come modificato dall'art. 22, l. 24 dicembre 1986, n. 958) secondo cui « I periodi di effettivo servizio militare di leva, di richiamo alle armi, di ferma volontaria e di rafferma, prestati presso le Forze armate e nell'Arma dei carabinieri, sono valutati nei pubblici concorsi con lo stesso punteggio che le commissioni esaminatrici attribuiscono per i servizi prestati negli impieghi civili presso enti pubblici » deve essere interpretata nel senso di richiedere che il periodo di servizio militare venga computato, nei concorsi interni che contemplano tra i criteri di valutazione l'anzianità di servizio nella Pubblica Amministrazione, anche qualora detto periodo si sia compiuto non in pendenza di un rapporto di lavoro.

Il principio costituzionale di salvaguardia delle posizioni di lavoro dei cittadini alle armi, in quanto fonda la disposizione di cui all'art. 77, comma 7, d.P.R. n. 237/1964, deve coerentemente, secondo il Tribunale di Bolzano, orientare la relativa interpretazione in senso estensivo (le rare decisioni in merito alla norma *de qua* risalgono prevalentemente alla giurisprudenza amministrativa: cfr. TAR Molise 3 febbraio 1995 n. 98, in *TAR*, 1995, I, 1825; C. Stato, sez. V., 6 giugno 1996 n. 662, in *FA*, 1996, 1889; C. Stato, sez. V, 12 giugno 1993 n. 691, in *FA*, 1993, 1277).

Nel caso di specie, relativo ad un concorso interno per l'attribuzione di una posizione economica superiore, il dipendente pretermesso aveva contestato il mancato computo nella propria anzianità di servizio, costituente elemento di valutazione per la formazione della graduatoria, del periodo di ferma volontaria svolto precedentemente all'assunzione. La controversia, in punto di diritto, concerne l'applicabilità alla descritta fattispecie del succitato art. 77, negata dall'ente convenuto in quanto dal tenore letterale della norma si evincerebbe che il principio di equiparazione tra il servizio civile prestato presso enti pubblici e il servizio militare, al fine del punteggio attribuibile nei pubblici concorsi, valga solo per il servizio militare prestato in pendenza di un rapporto di lavoro, ed inoltre solo in occasione di concorsi esterni. Il Giudice respinge tale interpretazione restrittiva, poiché la disparità di trattamento che essa determinerebbe tra chi, come il ricorrente, abbia svolto il servizio militare non in pendenza di rapporto di lavoro e chi invece abbia svolto servizio civile in ente pubblico diverso da quello di appartenenza, vanificherebbe la regola dell'art. 52, comma 2, Cost. in quanto il primo vedrebbe negarsi il punteggio connesso all'espletamento del servizio militare mentre al secondo lo stesso punteggio verrebbe riconosciuto.

Il Tribunale di Bolzano propone dunque una lettura ampia del dettato costituzionale, estendendone il significato dalla garanzia dei diritti del lavoratore a fronte della sospensione di un rapporto di lavoro in essere, dovuta allo svolgimento del servizio

militare (cfr. C. Cost. 16 settembre 1963 n. 8, in *GC*, 1963, III, 84; C. Stato, sez. VI, 19 giugno 1989 n. 803, in *CS*, 1989, I, 779; C. Stato, sez. VI, 20 ottobre 1986 n. 822, in *CS*, 1986, I, 1639; sul tema in dottrina cfr. P. SANDULLI, *Servizio Militare (Trattamento dei lavoratori)*, in *NDI*, 1970, vol. XVII, 208; R. DEL PUNTA, *La sospensione del rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1992), ad una più generale funzione protettiva volta ad impedire che il servizio militare possa costituire un fattore penalizzante per qualunque cittadino riguardo alle proprie aspettative di lavoro (*contra*, apparentemente, C. Stato, sez. IV, 23 marzo 1987 n. 161, in *CS*, 1987, I, 300).

10. Regioni (competenza delle)

10.1. C. Cost. 28 gennaio 2005 sentenza n. 51 (in  *Boll. Adapt*, 2005, n. 4).

Omissis. Ricorsi della Regione Emilia-Romagna - Ineranza della normativa statale impugnata ad una materia devoluta alla competenza legislativa residuale delle Regioni - Illegittimità costituzionale - Legge 27 dicembre 2002, n. 289, art. 47, comma 1 - Costituzione, art. 117, quarto comma, e 119. Formazione professionale - Norme della legge finanziaria 2003 - Finanziamenti statali per la formazione nell'apprendistato - Ricorsi della Regione Emilia-Romagna - Potere del Ministro del lavoro di definire criteri e modalità di destinazione - Denunciata violazione della potestà legislativa, finanziaria e amministrativa delle Regioni - In subordine: invocata necessità che i poteri statali siano esercitati previa intesa con la Conferenza Stato-Regioni (nel rispetto del principio di leale collaborazione) - Non fondatezza della questione - Legge 27 dicembre 2002, n. 289, art. 47, comma 2 - Costituzione, art. 117, 118 e 119. Formazione professionale - Norme della legge finanziaria 2003 - Fondi interprofessionali per la formazione continua - Istituzione e gestione a livello nazionale - Ricorsi della Regione Emilia-Romagna - Incidenza della disciplina impugnata con materie di competenza esclusiva statale, nonché residuale e concorrente delle Regioni - Mancata previsione di strumenti idonei a garantire una leale collaborazione tra Stato e Regioni - Illegittimità costituzionale in parte qua - Legge 27 dicembre 2002, n. 289, art. 48 (modificativo dell'art. 118 della legge 23 dicembre 2000, n. 388) - Costituzione, art. 117 e 118. (In *GU*, 2 febbraio 2005, n. 5).

Per ragioni di omogeneità della materia da decidere, le questioni di legittimità costituzionale, relative agli artt. 47, commi 1 e 2, e 48 della legge n. 289 del 2002, che disciplinano, rispettivamente, il finanziamento di interventi per la formazione professionale e i fondi interprofessionali destinati dalle parti sociali alla formazione continua - sollevate con lo stesso ricorso insieme ad altre, concernenti diverse disposizioni del medesimo testo legislativo, ma prive di collegamento tra loro - possono essere oggetto di trattazione separata.

È fondata in relazione agli artt. 117, quarto comma, e 119 Cost., la questione di legittimità costituzionale dell'art. 47, comma 1, della legge n. 289 del 2002, che disciplina il « Finanziamento di interventi per la formazione professionale ». Ed invero, appartenendo la formazione professionale alla competenza residuale delle Regioni, non è consentita l'erogazione di nuovi finanziamenti a destinazione vincolata in materie spettanti alla competenza legislativa, esclusiva o concorrente, delle Regioni, poiché, in primo luogo, il ricorso a questo tipo di finanziamento può divenire uno strumento indiretto, ma pervasivo, di ingerenza dello Stato nell'esercizio delle funzioni delle Regioni e degli enti locali, nonché di sovrapposizione di politiche e di indirizzi governati centralmente a quelli legittimamente decisi dalle Regioni negli ambiti materiali di propria competenza e, in secondo luogo, il tipo di ripartizione delle materie fra Stato e Regioni di cui all'art. 117 Cost. « vieta comunque che in una materia di competenza legislativa regionale, in linea generale, si prevedano interventi finanziari statali seppur destinati a soggetti privati, poiché ciò equivarrebbe a riconoscere allo Stato potestà legislative e amministrative sganciate dal sistema costituzionale di riparto delle rispettive competenze ».

Non è fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 47, comma 2, della legge n. 289

del 2002, in relazione agli artt. 117, 118 e 119 Cost. Infatti, premesso che, nell'attuale assetto del mercato del lavoro la disciplina dell'apprendistato si colloca all'incrocio di una pluralità di competenze: esclusive dello Stato (ordinamento civile), residuali delle Regioni (formazione professionale), concorrenti di Stato e Regioni (tutela del lavoro, istruzione), l'intervento legislativo dello Stato – proprio perché incidente su plurime competenze tra loro inestricabilmente correlate – deve prevedere strumenti idonei a garantire una leale collaborazione con le Regioni, che si è in concreto realizzata, (pur se non nella forma più pregnante costituita dall'intesa), in quanto la ripartizione è stata nella specie attuata previo parere favorevole reso dal « Coordinamento tecnico regioni per la formazione professionale e il lavoro ».

È costituzionalmente illegittimo, in relazione agli artt. 117 e 118 Cost., l'art. 48 della legge n. 289 del 2002, nella parte in cui non prevede strumenti idonei a garantire una leale collaborazione fra Stato e Regioni. Ed invero, premesso che i « fondi interprofessionali per la formazione continua », disciplinati dalla norma impugnata, operano in materia di formazione professionale, che appartiene alla competenza residuale della Regione, l'intervento legislativo dello Stato – a tutela di interessi specificamente attinenti a materie attribuite alla sua competenza legislativa esclusiva – deve rispettare la sfera di competenza legislativa spettante alle Regioni in via residuale (o, eventualmente, concorrente), sfera legislativa che non risulta nella specie rispettata, là dove la disciplina impugnata non prevede strumenti idonei a garantire al riguardo una leale collaborazione fra Stato e Regioni.

La formazione professionale tra Stato e Regioni: alcuni importanti chiarimenti

Sommario: 1. Premessa. — 2. Gli interventi finanziari per la formazione. — 3. La formazione in apprendistato. — 4. I fondi interprofessionali per la formazione. — 5. Qualche punto fermo in tema di formazione.

1. La sentenza n. 51/2005 riveste una particolare importanza nella definizione dei rapporti tra Stato e Regioni per ciò che concerne la materia della formazione professionale. Materia, questa, particolarmente delicata, se è vero che, per un verso, essa forma oggetto di un'importante norma costituzionale (l'art. 35) e che, per altro verso, essa si pone al centro di un progressivo percorso verso il decentramento. Infatti, dal primo trasferimento di funzioni, attuato con d.P.R. n. 10/1972, corrispondente alla potestà legislativa concorrente prevista dall'originario titolo V in materia di istruzione artigiana e professionale, cui corrisponde la formazione professionale (L. ZOPPOLI, *Il lavoro di Aracne: formazione e politiche attive dell'impiego nelle recenti dinamiche istituzionali*, in *DLM*, 2003, 101), si è passati ad un ben più marcato trasferimento di funzioni con il d.lgs. n. 112/1998, cui ha corrisposto, con la riforma costituzionale del 2001, l'attribuzione di una piena potestà legislativa alle Regioni, nell'ottica di pervenire ad una « forte integrazione tra politiche diverse: del lavoro, della formazione, del diritto allo studio » (A. POGGI, *Il settore dell'istruzione*, in G. BERTI, G.C. DE MARTIN (a cura di), *Le garanzie di effettività dei diritti nei sistemi policentrici, Atti del Convegno – Roma 9 giugno 2003*, Giuffrè, Milano, 2003, 306 ss.). La decisione della Consulta, dunque, nel risolvere la questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Regione Emilia-Romagna nei confronti degli artt. 47 e 48 della Legge Finanziaria 2003 (l. n. 289/2002), che prevedevano forme di finanziamento di interventi per la formazione professionale da parte dello Stato, coglie l'occasione per chiarire tre aspetti, sui quali ci si intende soffermare con attenzione, contribuendo così a porre qualche punto fermo per quanto riguarda la ripartizione costituzionale di competenze tra Stato e Regioni in *subiecta materia*. Tali aspetti sono: 1) la questione della possibilità, per lo Stato, di prevedere interventi finanziari per la formazione; 2) il caso particolare della formazione interna

all'azienda, e soprattutto della formazione in apprendistato, di cui la Corte si era già occupata nell'immediato precedente costituito dalla sentenza 28 gennaio 2005 n. 50 (in *GCost*, 2005, fasc. 1, 384 ss.), nota per avere riconosciuto la validità dell'impianto della riforma del mercato del lavoro, che qui viene richiamata e confermata; 3) la problematica dei fondi interprofessionali per la formazione.

È opportuno a questo punto passare all'esame di ognuno dei tre aspetti sopra richiamati, che corrispondono ad altrettante specifiche censure avanzate dalla Regione ricorrente.

2. Una delle ragioni principali alla base dell'impugnativa regionale della legge era la previsione della possibilità per lo Stato di finanziare, attraverso la costituzione di un apposito fondo, interventi in materia di formazione professionale. L'art. 47 della finanziaria impugnata stabiliva infatti che venissero rifinanziati due fondi a ciò destinati, le cui risorse avrebbero dovuto essere ripartite sulla base di criteri e modalità stabiliti da un decreto ministeriale.

La questione di legittimità, così impostata, offre l'occasione alla Consulta per ricostruire anzitutto il quadro costituzionale del riparto di competenze per ciò che attiene in generale alla formazione professionale, che per la prima volta viene in rilievo autonomamente e non in rapporto alla materia dell'istruzione, cui è strettamente legata, della quale il giudice delle leggi aveva già avuto modo di occuparsi in alcuni precedenti, tra cui in particolare C. Cost. 23 dicembre 2003 n. 370, in *GCost*, 2003, e C. Cost. 5 novembre 2004 n. 320, in www.cortecostituzionale.it, in tema di asili nido, C. Cost. 27 gennaio 2005 n. 37, in www.cortecostituzionale.it, 2005, fasc. 1, e soprattutto C. Cost. 13 gennaio 2004 n. 13, in *GCost*, 2004, 218 ss., che riconosce espressamente la programmazione scolastica come ambito inerente la competenza regionale in tema di istruzione (per un primo commento a questa decisione si vedano A. POGGI, *Un altro pezzo del « mosaico »: una sentenza importante per la definizione del contenuto della competenza legislativa concorrente delle Regioni in materia di istruzione*, in www.federalismi.it, 2004, n. 3, e P. MILAZZO, *La Corte costituzionale interviene sul riparto di competenze legislative in materia di istruzione e « raffina » il principio di continuità*, in *Le Regioni*, 2004, 963 ss.). Per quanto riguarda nello specifico la formazione, dunque, la Corte, accogliendo l'ipotesi decisamente maggioritaria in dottrina (*ex plurimis*, A. LASSANDARI, *La disciplina del mercato del lavoro nel nuovo disegno costituzionale*, in *RGL*, 2002, 277 ss.; M. RUSCIANO, *Riflessioni sui contratti di apprendistato e di inserimento nel decreto legislativo 276 del 2003*, in *DLM*, 2004, 264; L. ZOPPOLI, *La riforma dei contratti con finalità formative: troppa burrasca per giungere in porto?*, e G. ORLANDINI, *Contratti formativi e competenze normative delle Regioni*, entrambi in R. DE LUCA TAMAJO, M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI (a cura di), *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli del sistema*, ES, Napoli, 2004, rispettivamente 546 ss. e 515 ss., nonché C. ALESSI, *Professionalità e contratto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2004, spec. 57 ss.), osserva come l'espressa esclusione della formazione dalla potestà concorrente in materia di istruzione e il suo mancato inserimento nelle materie riservate alla potestà esclusiva dello Stato debbano farne discendere la sua riconducibilità alla potestà residuale delle Regioni. Mentre pertanto, pur con gli sforzi interpretativi e le varie ipotesi ricostruttive avanzate in dottrina (A. POGGI, *Istruzione, formazione professionale e titolo V: alla ricerca di un (indispensabile) equilibrio tra cittadinanza sociale, decentramento regionale e autonomia funzionale delle istituzioni scolastiche*, in *Le Regioni*, 2002, 799 ss.; P. CARETTI, *Il ruolo della Regione in materia di istruzione scolastica e di istruzione e formazione professionale alla luce del nuovo testo del Titolo V della Costituzione: problemi interpretativi e prospettive*, in *Id.*, *Stato, Regioni, Enti locali tra innovazione e continuità*, Giappichelli, Torino, 2003, 141; G.C. DE MARTIN *et al.*, *Istruzione e formazione*, in V. CERULLI IRELLI,

C. PINELLI (a cura di), *Verso il federalismo. Normazione e amministrazione nella riforma del titolo V della Costituzione*, Il Mulino, Bologna, 2004, 141 ss.), continua a rimanere incerto il confine della potestà legislativa in tema di istruzione — in cui in particolare appare difficoltoso discernere il discrimine tra norme generali e principi fondamentali, riservati allo Stato, e norme di dettaglio, di competenza regionale, tanto che la stessa Consulta, nella citata sentenza n. 13 del 2004, parla di un « complesso intrecciarsi nella stessa materia » di tali norme tra esse e con la parimenti garantita autonomia delle istituzioni scolastiche — molto più semplice è la soluzione, in quanto suggerita direttamente dal testo della Carta costituzionale, per quanto attiene alla formazione professionale.

Impostato in tal modo il problema, resta allora da chiarire se, in tali ambiti, lo Stato possa prevedere autonomi interventi finanziari. E su questo punto la Corte non deve fare altro che richiamare la propria giurisprudenza per fornire al quesito una risposta negativa.

Infatti, giustamente, il giudice delle leggi, testualmente citando precedenti decisioni aventi ad oggetto interventi finanziari dello Stato in materie di competenza regionale (si vedano almeno, oltre a quelle citate in precedenza, le sentenze 16 gennaio 2004 n. 16, in *GCost*, 2004, 302 ss.; 29 gennaio 2004 n. 49, in *GCost*, 2004, 646; 29 dicembre 2004 n. 423, in www.cortecostituzionale.it, e 29 dicembre 2004 n. 424, in www.cortecostituzionale.it, osserva che, qualora dovesse ritenersi ammissibile, ciò « equivarrebbe a riconoscere allo Stato potestà legislative e amministrative sganciate dal sistema costituzionale di riparto delle rispettive competenze ». D'altra parte, come pure affermato dalla Corte nella sentenza n. 320/2004, « le funzioni attribuite alle Regioni ricomprendono pure la possibilità di erogazione di contributi finanziari a soggetti privati, dal momento che in numerose materie di competenza regionale le politiche pubbliche consistono appunto nella determinazione di incentivi economici ai diversi soggetti che vi operano e nella disciplina delle modalità per la loro erogazione ».

In sostanza, l'iter argomentativo della Corte prende le mosse dalla considerazione che, dopo la riforma del titolo V, le Regioni hanno sì maggiori poteri e sfere di autonomia più ampie, ma continuano ad essere escluse dalla regolazione dei rapporti tra i cittadini per occuparsi soprattutto dei rapporti tra Pubblica Amministrazione e amministrati, nonché della elaborazione di politiche pubbliche (G. FALCON, *Le funzioni*, in S. BARTOLE, R. BIN, G. FALCON, R. TOSI, *Diritto regionale. Dopo le riforme*, Il Mulino, Bologna, 2003, 135 ss.) che molto spesso vengono perseguite, se non esclusivamente, almeno principalmente, attraverso la leva del finanziamento agli operatori del settore. In un simile contesto, allora, è chiaro che consentire allo Stato di intervenire attraverso autonome risorse finanziarie, da erogare secondo criteri stabiliti dallo Stato medesimo, equivale a riconoscere ad esso la possibilità di regolare in qualche modo quel settore, perseguendo una propria politica pubblica, parallela, quando non confliggente, con quella regionale, così di fatto negando l'autonomia legislativa, amministrativa e finanziaria della Regione. Da qui — correttamente — la declaratoria di illegittimità costituzionale *in parte qua* dell'art. 47 della finanziaria impugnata.

3. Il secondo punto di interesse della sentenza in esame riguarda la formazione in apprendistato e, nuovamente, la legittimità di finanziamenti statali *in subiecta materia*. La Corte costituzionale, contrariamente a quanto ci si potrebbe a prima vista attendere sulla base delle conclusioni cui era pervenuta in precedenza, dichiara infondata la questione di legittimità del comma 2 dell'art. 47 impugnato, recante, appunto, la previsione del finanziamento di attività di formazione in apprendistato, attraverso l'introduzione di una quota di 100 milioni di euro per le iniziative di formazione esterne all'azienda, previste dai contratti collettivi, di cui all'art. 118, comma 16, l. n. 388/2000 (finanziaria 2001).

L'apparente diversità di conclusione cui perviene la Consulta si giustifica in realtà attraverso la considerazione delle peculiarità che connotano la formazione nel rapporto di apprendistato. Sul punto, per chiarire l'argomentazione sottesa alla scarna motivazione della Corte, è necessario leggere la pronuncia alla luce di quanto affermato nel precedente immediato, costituito, come già visto, dalla sentenza n. 50, depositata nella medesima data di quella in commento.

In tale ultima decisione, infatti, la Consulta ha chiarito, con una posizione certo alquanto restrittiva per l'autonomia regionale, che la formazione all'interno del rapporto di apprendistato deve considerarsi, così come in generale la formazione svolta all'interno dell'azienda, ambito rientrante nella materia « ordinamento civile », completamente sottratta, perciò, in linea di principio, per la sua diretta attinenza al sinallagma contrattuale, alla regolazione regionale (in dottrina, in questo senso, si veda già P. BELLOCCHI, *Artt. 47-53*, in AA.VV., *Il nuovo mercato del lavoro*, Zanichelli, Bologna, 2004, 586 ss.). La formazione professionale che la Costituzione riserva alle Regioni, in questo contesto, va pertanto intesa, a giudizio del giudice delle leggi, soltanto come quella pubblica, sia essa fornita direttamente negli istituti professionali, ovvero tramite appositi centri di formazione od anche in convenzione con strutture private, ma giammai quella che si svolge in ambito aziendale (così si era pronunciato già G. ORLANDINI, *Contratti formativi ecc.*, cit., 520, ove l'A. sottolineava che le Regioni « dovrebbero considerarsi titolari della potestà normativa sull'attività della disciplina formativa esterna, visto che per essa non sembra invocabile l'argomento del limite dell'ordinamento civile »). Questa ipotesi ricostruttiva non dovrebbe in realtà stupire se letta in connessione con l'analogo e coerente precedente costituito dalla sentenza 26 gennaio 2005 n. 31, in *www.cortecostituzionale.it*, nella quale la Consulta, anticipando in qualche modo l'attuale decisione, ha escluso che l'alfabetizzazione informatica dei pubblici dipendenti e l'uso della telematica nelle attività formative agli stessi rivolte potessero ricadere nella potestà regionale in tema di formazione professionale, rientrando piuttosto nella organizzazione amministrativa dello Stato: anche qui, come nell'apprendistato, siamo infatti nell'ambito di attività formative svolte in favore dei lavoratori subordinati da parte del datore di lavoro e pertanto queste attività non attentano alla formazione pubblica.

Applicando questa ricostruzione alla norma oggetto di impugnazione, il giudice delle leggi ne ricava che non si tratta, *sic et simpliciter*, di un finanziamento statale in materia di formazione, che sarebbe proibito per le ragioni già esposte, quanto piuttosto di un intervento che, in quanto verte in qualche modo su materie di competenza statale, non può essere precluso al legislatore nazionale. Ciò premesso e precisato, tuttavia, è necessario aggiungere, come evidenzia la Corte costituzionale, in assonanza con buona parte della dottrina, che l'apprendistato si pone al centro di un intreccio inestricabile di competenze: quella esclusiva statale sul rapporto di lavoro (e quindi riconducibile alla materia dell'ordinamento civile), quelle concorrenti su istruzione e tutela del lavoro, e quella residuale delle Regioni, appunto, sulla formazione professionale. Ora, proprio perché l'apprendistato è al centro di un intreccio di numerose competenze, come la Regione, per quanto attiene agli aspetti formativi, non può precludere allo Stato la regolazione dei profili di sua competenza (M. MAGNANI, *Il lavoro nel titolo V della Costituzione*, in *ADL*, 2002, 660 ss.), così questo non può trascurare l'esistenza di competenze regionali. Come da tempo suggerito in dottrina (F. CARINCI, *Riforma costituzionale e diritto del lavoro*, in *ADL*, 2003, 79, e A. BELLAVISTA, *Ordinamento civile, diritto del lavoro e regionalismo*, in *DML*, 2003, 521 ss. nonché, volendo, S. SCAGLIARINI, *La disciplina del mercato del lavoro e la questione della ripartizione di competenze Stato-Regioni*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del*

lavoro, Giuffrè, Milano, 2004, 522 ss. Su una posizione analoga, ma in riferimento ai servizi per l'impiego, V. Filì, *Ragionando su servizi per l'impiego, diritto al lavoro e principio di leale collaborazione*, in *RIDL*, 2003, 331 ss.), anche la Consulta ha così affermato che in tal caso soltanto il ricorso a procedure di leale collaborazione può garantire la possibilità di una regolazione ugualmente rispettosa di tutti i soggetti aventi titolo ad intervenire.

A questo punto, corre però obbligo osservare che la leale collaborazione, nella giurisprudenza della Corte sul punto, sembra « viaggiare a velocità diverse ». Infatti, per l'ipotesi in cui essa operi a favore dello Stato, come nella regolazione dei profili formativi dell'apprendistato, il giudice delle leggi ha ritenuto ammissibile che l'esercizio di una potestà normativa sia sottoposto all'intesa con organi statali e talora anche soggetti privati, considerando, nella sentenza n. 50/2005, non contrastanti con la Costituzione alcune delle norme più discusse della riforma del mercato del lavoro, quali gli artt. 48, 49 e 50, d.lgs. n. 276/2003. Al contrario, quando la leale collaborazione è stata invocata per giustificare l'intervento (finanziario) dello Stato a sostegno della formazione in apprendistato, nella sentenza in esame, è stato ritenuto sufficientemente rispettoso del principio il semplice « parere favorevole reso ... dal "Coordinamento tecnico regioni per la formazione professionale e il lavoro" » (*Considerato in diritto*, punto 4.1).

4. Un ultimo aspetto affrontato dalla sentenza che si commenta – rilevante per i fini che ci siamo posti – è la questione della compatibilità della disciplina dei fondi interprofessionali con l'assetto del riparto di competenze tra Stato e Regioni disciplinato dalla Costituzione.

Come noto, la disciplina impugnata configura questi fondi come enti costituiti in forma associativa, con o senza riconoscimento di personalità giuridica, istituiti da soggetti privati che operano a livello nazionale per la gestione dei contributi dovuti dai datori di lavoro ad essi aderenti e che l'art. 48 della finanziaria 2003, oggetto del giudizio, modificando le originarie previsioni della l. n. 388/2000, indirizzava in funzione di finanziamento a progetti per la formazione continua, attribuendo particolari poteri di indirizzo e di gestione al Ministero del lavoro.

Ebbene, pure in relazione a tali fondi, la Regione lamentava un'invasione della propria potestà legislativa, sul presupposto che si trattasse di intervento finanziario statale in materia ad essa riservata, nonché della propria potestà amministrativa, dal momento che le venivano sottratte le funzioni di indirizzo, gestione e vigilanza su detti fondi. Tuttavia, anche su questo punto, la Corte costituzionale coglie l'occasione per provvedere ad un ulteriore « ritaglio delle competenze » in materia di « formazione professionale », individuando uno stretto legame tra le norme impuginate e le competenze esclusive dello Stato. Ed infatti, la disposizione sottoposta al giudizio della Consulta si limitava a prevedere, con norma facoltizzante, la possibilità che le organizzazioni sindacali potessero istituire fondi con la finalità di gestire i contributi previdenziali obbligatori (di qui il primo punto di contatto con le competenze esclusive statali, ovvero la materia « previdenza sociale »), disciplinandone la natura giuridica associativa ed il carattere necessariamente nazionale (e quindi ambiti nuovamente riconducibili all'art. 117, comma 2, Cost., ed in particolare alla materia « ordinamento civile »). Dunque, l'attività svolta dagli enti di gestione di questi fondi e la loro natura privatistica sono tali da giustificare l'intervento statale; tuttavia, proprio la stessa destinazione a finalità di formazione, pone nuovamente il problema del rispetto del principio di leale collaborazione, che richiede la partecipazione delle Regioni alla disciplina del concreto svolgimento sul loro territorio dell'attività formativa. Su questo punto la norma impugnata si dimostrava palesemente insufficiente, posto che l'unico riferimento alle

Regioni era costituito dalla generica previsione della necessaria coerenza delle attività formative finanziate con la programmazione regionale e dalla previsione dell'inoltro alle stesse di determinate comunicazioni: di qui l'inevitabile accoglimento della questione (sulla dubbia legittimità della norma si era espresso L. ZOPPOLI, *Il lavoro di Aracne ecc.*, cit., 108).

5. Attraverso i punti esaminati, la decisione che si sta commentando consente dunque di trarre alcune indicazioni della Corte costituzionale circa il corretto assetto dei rapporti tra Stato e Regioni in materia di formazione professionale, che dovrebbero consentire per il futuro una più chiara definizione di competenze in grado di evitare un contenzioso inutile ed assicurare l'effettiva messa a regime di un sistema formativo regionale e di un non meno efficiente sistema di formazione attraverso l'apprendistato. Anzitutto, può dirsi ormai pacifico ed acquisito che le Regioni abbiano potestà residuale in materia di formazione professionale, dovendosi intendere per essa, in linea di principio, quella fornita al di fuori dell'azienda. Come in tutte le materie di potestà residuale, anche in questo ambito lo Stato non può neppure, per non invadere surrettiziamente le competenze regionali, prevedere autonomi interventi finanziari in favore degli operatori. In questo senso, si potrebbe affermare che in materia di formazione professionale la competenza regionale è la regola, quella statale l'eccezione. La più importante di queste eccezioni è costituita dal rapporto di apprendistato. Qui, poiché la formazione si inserisce nell'ambito di un rapporto contrattuale — e come elemento essenziale di esso — vi è indubbiamente una competenza esclusiva statale, che, soprattutto laddove tale rapporto di lavoro sia indirizzato all'assolvimento dell'obbligo scolastico, si intreccia con l'altra competenza statale esclusiva sulla determinazione del livello essenziale inerente il diritto allo studio e le norme generali sull'istruzione e con le competenze concorrenti in materia di istruzione e di tutela e sicurezza del lavoro. Ma proprio l'interdipendenza di queste competenze tra loro concorrenti postula — come si è visto — che nessuno dei due soggetti, Stato e Regioni, possa regolare in esclusiva l'istituto, ma sia indispensabile una procedura di leale collaborazione che, sulla base dell'attuale (non incostituzionale) quadro legislativo, si traduce nell'intesa dei soggetti indicati dal d.lgs. n. 276/2003 per la regolazione dei profili formativi delle diverse tipologie di apprendistato e nel parere favorevole espresso dal coordinamento tecnico delle Regioni per la possibilità di prevedere incentivi finanziari statali. Proprio la valorizzazione del principio di leale collaborazione, peraltro, ha già fatto sì che in diverse Regioni (quali Veneto, Liguria e Marche, per citare soltanto le prime tra le esperienze avviate) abbiano preso il via alcune sperimentazioni, frutto di una raggiunta intesa tra i soggetti coinvolti nella regolazione dell'apprendistato. La decisione della Corte costituzionale, allora, sembra dare una ulteriore e chiara spinta verso l'individuazione di forme di leale cooperazione, anche se non sempre paritaria, avallando la tesi di chi, in dottrina, ha da sempre ritenuto inopportuno perdersi nella defatigante *actio finium regundorum* (M. BIAGI, *Il lavoro nella riforma costituzionale*, in *DRI*, 2002, 160; M. TIRABOSCHI, *Problemi e prospettive in tema di riforma dei servizi per l'impiego nella legge 14 febbraio 2003, n. 30: prospettive di attuazione*, in *Id.* (a cura di), *La riforma del collocamento e i nuovi servizi per l'impiego*, Giuffrè, Milano, 2003, 28 ss.) dell'incasellamento delle competenze, al fine di consentire, nel pur intricato quadro uscito dalla riforma costituzionale del 2001, di giungere effettivamente ad una regolazione soddisfacente del sistema formativo.

Altra eccezione è costituita dai fondi interprofessionali e, come si può ricavare portando alle congruenti conclusioni il discorso della Consulta, in generale, da tutti quegli interventi finanziari statali che, pur vertendo sull'ambito formativo di competenza regionale, presentino un legame con i compiti dello Stato, vuoi perché si

inserirlo nel più generale valore costituzionale dello sviluppo della cultura, che l'art. 9 Cost. affida alla Repubblica (e quindi a tutte le sue articolazioni, come ha espressamente statuito la Corte, in riferimento al fondo statale per favorire l'acquisto di un PC tra i giovani, nella sentenza 21 ottobre 2004 n. 307, in *GCost*, 2004, 3214 ss., ma anche, più di recente, in relazione a fondi per la ricerca scientifica, la sentenza n. 31/2005, cit.), vuoi perché si tratta, come nell'apprendistato, di una formazione legata ad un rapporto contrattuale, vuoi perché, come per i fondi professionali, si tratta di interventi legati a finalità rientranti nell'ambito di competenze esclusive dello Stato, come la previdenza obbligatoria. In tutti questi casi, però, proprio perché si verifica una inevitabile sovrapposizione di competenze, emerge nuovamente l'esigenza di procedure rispettose della leale collaborazione — e quindi di forme di intesa tra lo Stato e le Regioni — per il raggiungimento di una regolazione in qualche misura partecipata e negoziata. La via per un federalismo cooperativo, per quanto concerne la formazione professionale — ma non solo — è certamente lunga e tortuosa: è auspicabile che le luci accese dalla Consulta con la sentenza in commento possano segnare un punto di partenza verso una maggiore collaborazione tra Stato e Regioni, vero grimaldello necessario per superare gli *impasse* derivanti da un testo costituzionale quanto meno confuso.

Simone Scagliarini

Assegnista di Ricerca

Centro Studi Internazionali e Comparati « Marco Biagi »

Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia

11. Trasferimento d'azienda

11.1. Cass. 13 gennaio 2005 n. 493 (in  *Boll. Adapt*, 2005, n. 14).

Trasferimento d'azienda - Successione in appalto di servizi - Carenza di rapporti contrattuali diretti tra cedente e cessionario - Sussistenza.

Si configura trasferimento d'azienda in tutti i casi in cui muti il titolare dell'impresa, indipendentemente dalla sussistenza di rapporti contrattuali diretti tra cedente e cessionario (nella specie, si è ravvisato trasferimento d'azienda in un'ipotesi di successione nell'appalto di servizi con passaggio di beni di non trascurabile entità).

Successione nell'appalto di servizi e trasferimento d'azienda: una sentenza innovativa ma superata

Sommario: **1.** I profili di interesse emergenti dalla sentenza esaminata: la successione nell'appalto di servizi ed il trasferimento d'azienda. — **2.** Collocazione temporale del caso portato all'attenzione della Corte di Cassazione ed individuazione della disciplina applicabile. — **3.** Giurisprudenza italiana in materia di subingresso negli appalti di servizi: elementi fattuali valorizzati ai fini dell'esclusione dell'appalto di manodopera. — **4.** La nozione di « cessione contrattuale » nella giurisprudenza comunitaria. — **5.** L'ampliamento dei confini del trasferimento d'impresa e l'estensione dell'ambito di liceità dell'appalto di servizi nell'evoluzione della giurisprudenza nazionale e comunitaria. — **6.** Considerazioni conclusive.

1. La sentenza in commento offre notevoli spunti di riflessione poiché si colloca tra passato e presente in relazione alla individuazione della soglia minima al di sotto della quale non è ravvisabile un trasferimento d'azienda intervenendo sulla distinzione tra trasferimento d'azienda senza cessione contrattuale e appalto.

Il caso riguarda un lavoratore addetto all'ufficio relazioni esterne della base militare di Sigonella il quale in occasione della successione nell'appalto dei servizi di terra del predetto aeroporto non veniva riassunto dalla nuova società appaltatrice la quale, viceversa, assumeva tutto il personale addetto al servizio come da accordo intervenuto presso il Ministero del lavoro.

Il lavoratore dopo aver ottenuto in via d'urgenza l'ordine di riassunzione a carico del consorzio subentrante, rimaneva soccombente nella fase di merito. In sede di gravame (App. Catania 6 dicembre 2001, in *FI*, 2002, I, 2296), la Corte d'Appello riformava la sentenza che veniva confermata dalla Corte di legittimità.

La decisione della Corte di Cassazione in epigrafe si segnala in quanto, coerentemente ai principi elaborati in sede comunitaria, afferma con chiarezza che il trasferimento d'azienda postula soltanto che il complesso dei beni organizzati dell'impresa – nella sua identità obiettiva – sia passato ad un diverso titolare in forza di una vicenda giuridica riconducibile al fenomeno della successione in senso ampio, dovendosi così prescindere da un rapporto contrattuale diretto tra l'imprenditore uscente e quello che subentra nella gestione.

Ciò significa che il trasferimento d'azienda è configurabile anche in ipotesi di successione nell'appalto di un servizio qualora si verificano due condizioni: a) passaggio di beni di non trascurabile entità; b) assunzione da parte della nuova impresa di alcuni o tutti i dipendenti già addetti presso l'impresa precedente.

In tal caso, configurando l'operazione commerciale un trasferimento di un'entità economica (da ultimo A. LEPORE, *Ancora in tema di cessione di ramo d'azienda e tutela dei lavoratori*, in *LG*, 2004, n. 12, ora in *Decentramento produttivo e contratto di lavoro*, e qui i riferimenti bibliografici, in corso di pubblicazione) tra le due imprese, la « cessione contrattuale » suscettibile di concretizzare il trasferimento d'azienda è estensibile a tutti i casi di mutamento della persona fisica o giuridica responsabile dell'impresa che assume le obbligazioni del datore di lavoro nei confronti dei dipendenti dell'impresa medesima, sicché non è richiesta la sussistenza di rapporti contrattuali diretti tra cedente e cessionario.

2. È a tutti noto che la norma dell'art. 2112 c.c. ha subito, a partire dagli anni Novanta, una serie di « aggiustamenti » sollecitati, da un lato, dalla necessità di adeguamento alla normativa europea e, dall'altro, dalla realtà produttiva sempre alla ricerca di assetti ottimali per efficienza, flessibilità ed economicità dettati dalla necessità di stare sul mercato ma spesso ottenuti con strumenti semplicemente elusivi della disciplina inderogabile in tema di trasferimento d'azienda (o di ramo), interposizione di manodopera e licenziamenti collettivi (A. MARESCA, *Modifica all'art. 2112 comma quinto, del codice civile*, in *AA.VV., Il nuovo mercato del lavoro*, Zanichelli, Bologna, 2004, 376, e qui una efficace esemplificazione dei fenomeni di elusione, 379 ss.).

Ciò che colpisce della sentenza sono innanzitutto le date in cui si colloca la vicenda. Il lavoratore viene infatti licenziato il 9 settembre 1997, quando era ancora in vigore il testo dell'art. 2112 riformulato dal comma 3 dell'art. 47, l. n. 428/1990 (legge comunitaria per il 1990), era vietata l'interposizione di manodopera e quando ancora i confini tra appalto e somministrazione vietata erano ben delineati.

Come è noto, nella l. n. 1369/1960 la fornitura di lavoro « da organizzare » e fornitura di lavoro « organizzato » era non solo ben distinta ma altresì vietata perché, in entrambi i casi, l'appaltatore metteva a disposizione dell'utilizzatore committente null'altro che il lavoro altrui. L'appalto in poche parole, anche quando era genuino, non poteva « contenere solo lavoro », ma doveva contemplare, anche l'impiego di attrezzature, capitali, mezzi dell'appaltatore tanto che si ricadeva nella fattispecie vietata di appalto di sola manodopera quando i mezzi, attrezzature e capitali esistessero, ma fossero

forniti, seppur dietro compenso, dallo stesso committente utilizzatore (P. ALLEVA, *Ricerca e analisi dei punti critici del decreto legislativo 276/2003 sul mercato del lavoro*, in *RGL*, 2003, 887). Ai fini della distinzione tra interposizione illecita di manodopera e appalto di servizi, il criterio tradizionale era incentrato sulla natura imprenditoriale del soggetto fornitore. Per distinguere l'appalto lecito dalla interposizione illecita era dunque determinante individuare il soggetto titolare dei mezzi di produzione sul quale doveva ricadere il rischio dell'impresa. Tale criterio fondato su un concetto di impresa tradizionale, si era rivelato progressivamente inadeguato a seguito del processo di smaterializzazione dell'impresa ossia a seguito della constatazione che un'impresa può esistere anche senza il possesso di beni materiali al punto che la giurisprudenza aveva affermato che la presunzione legale di cui all'art. 1, comma 3, l. n. 1369 cit., non era configurabile ove fosse risultato un rilevante apporto dell'appaltatore mediante il conferimento di capitale (diverso da quello impiegato in retribuzioni ed in genere per sostenere il costo del lavoro), di *know how*, di *software* ed in genere di beni immateriali aventi rilievo preminente nell'economia dell'appalto (tra le tante Cass. 11 maggio 1994 n. 4585, in *MGC*, 1994, 640).

A ciò si aggiunga che all'epoca dei fatti di causa, l'art. 2112 – allora rubricato « trasferimento d'azienda » – nulla disponeva in ordine al trasferimento del ramo di azienda (sui criteri per distinguere lo pseudo appalto dalla semplice gestione del personale, dall'appalto di servizi caratterizzato invece dalla produzione di un bene diverso e ulteriore rispetto alla mera prestazione lavorativa anche in presenza del trasferimento di sola manodopera e quindi di soli lavoratori, che, per essere stabilmente addetti ad un ramo dell'impresa, e per avere acquisito un complesso di nozioni e di esperienze, siano capaci di svolgere le loro funzioni presso il nuovo datore di lavoro si v. da ultimo Cass. 30 dicembre 2003 n. 19842, in *FI*, 2004, I, 1095, con nota di R. COSIO) e alla successione negli appalti (interni o esterni); nulla inoltre era stabilito in ordine al collegamento negoziale tra trasferimento di ramo di azienda e stipula di un contratto di appalto tra alienante e acquirente dell'impresa ceduta.

3. Nel contempo sia la giurisprudenza nazionale che la giurisprudenza comunitaria avevano statuito, ancorché in termini differenti, in tema di subingresso negli appalti di servizi escludendo – la prima – che la mera successione di due imprese appaltatrici nella fornitura di servizi ad un medesimo appaltante potesse essere considerato come trasferimento d'azienda a meno che non si verificasse anche la cessione di un insieme di beni idonei all'esercizio dell'impresa (Cass. 24 febbraio 1992 n. 2285, in *RIDL*, 1993, II, 202, e Cass. 17 marzo 1993 n. 3148, in *MGC*, 1993, 512; Cass. 8 febbraio 1993 n. 1518, in *MGC*, 1993, 259, e Cass. 18 marzo 1996 n. 2254, in *MGL*, 1996, 568, con nota di R. SASSO. Per un commento analitico delle suddette sentenze v. R. FOGLIA, *La fattispecie trasferimento d'azienda alla luce della nuova direttiva 98/50: profili definitivi e interpretativi*, in *FI*, 2000, I, 866); affermando — la seconda — l'applicazione della direttiva n. 77/187/CEE anche in ipotesi di successione nell'appalto di beni di non trascurabile entità ma tale da rendere possibile lo svolgimento di una specifica impresa.

Questo breve riassunto serve per dire che la giurisprudenza nazionale, per escludere l'appalto di manodopera e applicare la disciplina del trasferimento d'azienda alla successione nell'appalto di servizi, riteneva indispensabile l'esistenza degli elementi patrimoniali dell'impresa e della permanenza sostanziale dell'attività economica di quest'ultima (diversamente, qualora la società subentrante avesse utilizzato beni di sua proprietà o viceversa avesse utilizzato il proprio personale, neppure le direttive comunitarie, comunque in sé prive di efficacia orizzontale tra privati, avrebbero ampliato la nozione di trasferimento d'azienda sino a comprendere la mera successione nell'appalto; cfr. A. VALLEBONA, *Istituzioni di diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 2004, 339; in

giurisprudenza cfr. L. NOGLER, *Continuità della prestazione lavorativa e trasferimento d'azienda*, in *RIDL*, 1993, II, 202, nota a Cass. 24 febbraio 1992 n. 2285, cit.: « il mero subingresso di un'impresa ad un'altra nella qualità di appaltatrice di servizi presso uno stabilimento industriale, non accompagnato dalla cessione, in tutto o in parte, nella sua identità obiettiva, del complesso organizzato di beni e strumenti inerenti a detta attività, non individua un'ipotesi di trasferimento d'azienda ai sensi dell'art. 2112 c.c. e quindi l'effettuazione di attività lavorativa prima alle dipendenze del cedente e poi del cessionario non configura un unico rapporto di lavoro).

Ciò spiega l'istruttoria su un aspetto decisivo vale a dire « il passaggio di tutti i beni, attrezzature, materiali di consumo, arredi, autoscale, mezzi di trasporto, materiali di cancelleria e quant'altro » dal primo al secondo appaltatore (per la disciplina del subentro nella gestione dei servizi aeroportuali, salva restando l'ipotesi di trasferimento di ramo d'azienda, si v. l'art. 14, d.lgs. n. 18/1999).

Il passaggio dei beni materiali ora indicati non è tuttavia bastato al primo giudice per affermare che nel caso di specie tra la società appaltatrice dei servizi di terra dell'aeroporto militare di Sigonella e il consorzio subentrato nell'appalto dei predetti servizi vi fosse un trasferimento d'azienda, perché dalla istruttoria era risultato che « solo una parte delle attrezzature aziendali sarebbe stata trasferita dalla Alisud alla P.a.e. mentre una parte non indifferente (computers, programmi, ed attrezzature d'ufficio) appartenevano e appartengono all'amministrazione americana, e altre attrezzature aeroportuali sono state fornite dalla Aviogel » (così nella motivazione App. Catania 6 dicembre 2001, cit.).

Tale circostanza avrebbe potuto condurre, ove richiesto e comprovato, soprattutto in relazione alla carenza di una organizzazione produttiva in capo all'appaltatore, all'accertamento della interposizione di manodopera (cfr. Cass. 22 agosto 2003 n. 12363, in *FI*, 2003, I, 2942, « La necessaria sussistenza dell'autonoma organizzazione dell'appaltatore è affermata anche dal 3° comma dell'art. 1 l. 1369/60, che fissa la presunzione d'illiceità dell'appalto in caso d'impiego, da parte dell'appaltatore di capitali, macchine o attrezzature forniti dal committente. Pur con i necessari adattamenti della presunzione all'ipotesi di appalto endoaziendale, si possono ritenere irrilevanti, ai fini dell'applicazione della norma, soltanto quei contributi logistico-organizzativi, forniti dal committente, che siano inevitabilmente connessi con la collocazione dell'attività appaltata all'interno degli ambienti di pertinenza dell'appaltante. Qualora, invece, il personale posto a disposizione dall'appaltatore sia proprio adibito al funzionamento o al controllo di apparati del committente, diviene inevitabile l'applicazione della presunzione fissata dal 3° comma dell'art. 1 cit. »); in assenza della prova – pure rigorosa – della interposizione di manodopera correttamente la fattispecie è stata ricondotta all'art. 2112 c.c. e non alla mera successione temporale nell'appalto.

4. Come abbiamo detto l'assunto che il trasferimento d'azienda sia configurabile anche in ipotesi di successione nell'appalto di beni di non trascurabile entità ma tale da rendere possibile lo svolgimento di una specifica impresa, trova conforto in numerose decisioni della Corte di Giustizia che — attribuendo valore decisivo all'assunzione da parte della nuova gestione di alcuni o tutti i dipendenti già addetti presso la precedente — ha ritenuto che per stabilire se sia stata alienata un'entità economica realmente esistente occorre che « la sua gestione sia stata effettivamente proseguita o ripresa dal nuovo titolare, con le stesse attività economiche o con attività analoghe » (C. Giust. 18 marzo 1986 C-24/85, Spijkers, in *FI*, 1989, IV, 14); inoltre la Corte ha statuito che la nozione di « cessione contrattuale », suscettibile di concretizzare il trasferimento d'azienda sia estensibile a tutti i casi di mutamento della persona fisica o giuridica, responsabile dell'impresa e che assume le obbligazioni del datore di lavoro nei con-

fronti dei dipendenti dell'impresa medesima, sicché non è richiesta la sussistenza di rapporti contrattuali diretti tra cedente e cessionario tanto che la cessione può essere realizzata anche in due fasi per effetto della intermediazione di un terzo (C. Giust. 7 marzo 1996 cause riunite C-171/94 e C-172/94, Merckx e Neuhuys, in *MGL*, 1996, 362, con nota di I. INGLESE, in *NGL*, 1996, 462; in *LG*, 1996, 717, con nota di L. CORAZZA; in *Racc.*, 1996, I-1253, punto 16). Indirizzo, questo, poi ribadito con la statuizione della applicabilità diretta della direttiva n. 77/187/CEE « ad una situazione nella quale un ente pubblico, che aveva dato in concessione il proprio servizio di assistenza a domicilio delle persone disabili o aggiudicato l'appalto per la sorveglianza di alcuni suoi locali ad una prima impresa decida, alla scadenza o in seguito a recesso del contratto che la vincolava a quest'ultima, di dare in concessione tale servizio o assegnare tale appalto ad una seconda impresa, qualora l'operazione sia accompagnata dal trasferimento di una entità economica tra le due imprese » (C. Giust. 10 dicembre 1998 C-173/96, Hidalgo, in *MGL*, 1999, 98). E che detta direttiva debba trovare applicazione anche in assenza di un atto negoziale tra due imprese – come avviene, appunto, nel caso di imprese resesi aggiudicatrici di un appalto in ordine successivo – ha trovato ulteriore conferma anche in decisioni più recenti (C. Giust. 24 gennaio 2002 C-51/00, Temco Service, in *FI*, 2002, IV, 142, e C. Giust. 20 novembre 2003 C-340/01, Abler, in *FI*, 2004, IV, 184), sempre che vi sia il trasferimento di un'entità economica (sentenza Temco Service, cit., punto 24). Per poter determinare se sussistano le caratteristiche di un trasferimento di un'entità economica, dev'essere preso in considerazione il complesso delle circostanze di fatto che caratterizzano l'operazione di cui trattasi, tra le quali rientrano, in particolare, il tipo d'impresa o di stabilimento in questione, la cessione o meno di elementi materiali, come gli edifici e i beni mobili, il valore degli elementi immateriali al momento della cessione, la riassunzione o meno della maggior parte del personale da parte del nuovo imprenditore, il trasferimento o meno della clientela, nonché il grado di analogia delle attività esercitate prima e dopo la cessione e la durata di un'eventuale sospensione di tali attività. Tali elementi costituiscono tuttavia soltanto aspetti parziali della valutazione complessiva cui si deve procedere e non possono, perciò, essere considerati isolatamente (v., in particolare, la citata sentenza Spijkers, punto 13, e la C. Giust. 11 marzo 1997 n. 13/95, Süzen, in *FI* 1998, IV, 437, con nota di R. COSIO, punto 14), considerato altresì che in determinati settori è possibile operare senza elementi patrimoniali, materiali o immateriali, significativi (sentenza Süzen, cit., punto 18). In questo caso, non si può negare l'applicazione dell'art. 2112, come pure nell'ipotesi in cui un secondo appaltatore subentri ad un primo appaltatore acquisendo da quest'ultimo beni e rapporti (G. SANTORO PASSARELLI, *Sulla nozione di trasferimento d'azienda, ex art. 2112 c.c.*, in *FI*, 2000, I, 1958).

5. Come è stato osservato, la giurisprudenza nazionale e comunitaria da tempo aveva consentito i trasferimenti di imprese « leggere » e gli appalti interni di servizi con solo apporto di personale; in entrambi i casi ammettendo una nozione dematerializzata di azienda e ciò sia per allargare il confine del trasferimento di impresa e altresì di ramo di azienda, sia per estendere l'ambito di liceità dell'appalto di servizi ai sensi dell'art. 1, l. n. 1369/1960 (A. ANDREONI, *Impresa modulare, trasferimenti di azienda, appalti interni: la soft law sul ciclo di produzione*, in G. GHEZZI (a cura di), *Il lavoro tra progresso e mercificazione*, Ediesse, Roma, 2004, 193).

Se è vero, come è vero, che nel precedente sistema « è interposizione ciò che non è appalto » e che l'appalto è « genuino » solo se l'appaltatore è dotato di sufficiente autonomia organizzativa e gestionale, preso atto della « smaterializzazione dell'impresa » (M. MAGNANI, *Le esternalizzazioni e il nuovo diritto del lavoro*, in M. MAGNANI, P.A. VARESI (a cura di), *Organizzazione del mercato del lavoro e tipologie contrattuali*,

Giappichelli, Torino, 2005, 290 ss.) prima la giurisprudenza poi il legislatore hanno finito per rilevare che nella nozione civilistica di appalto non vi è nulla che impedisca di considerare tale il contratto avente ad oggetto una prestazione realizzata prevalentemente o anche esclusivamente mediante la forza lavoro (R. DE LUCA TAMAJO, *Metamorfosi dell'impresa e nuova disciplina dell'interposizione*, in *RIDL*, 2003, I, 167). Di qui l'affermazione che l'appalto di servizi è genuino anche se si estrinseca mediante l'esercizio del solo potere direttivo e organizzativo e anche se l'appaltatore opera su beni e materiali del committente, o acquisti dallo stesso appaltante i beni o gli strumenti per l'esercizio dell'impresa (M. TIRABOSCHI, *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2004, 205 ss.).

In questo secondo caso, poco importa se tra cedente e cessionario non vi è una relazione contrattuale diretta, in quanto anche la recente formulazione dell'art. 2112 letta alla luce della giurisprudenza comunitaria e interpretata secondo « una *ratio legis* omni-comprendensiva » (A. ANDREONI, *op. cit.*, 197) consente di ritenere superflua la predetta relazione purché sussista una « operazione che comporti il mutamento nella titolarità » dell'attività economica anche soltanto accessoria e priva di rapporto di necessità con il proprio oggetto sociale (C. Giust. 10 dicembre 1998 cause riunite C-127 e 229/96, C-74/97, in *FI*, 1999, IV, 932; V. anche sentenze 18 marzo 1986 causa 24/85, Spijkers, cit., punti 11 e 12; e, da ultimo, C. Giust. 7 marzo 1996 cause riunite C-171/94 e C-172/94, Merckx e Neuhuys, cit.).

A questo punto, come è stato osservato (A. ANDREONI, *op. cit.*, 197), diventa difficile affermare che non costituisce trasferimento d'azienda il succedersi di due diversi soggetti nel possesso di singoli beni produttivi in seguito a sequestro giudiziario (Cass. 23 agosto 1996 n. 7771, in *MGC*, 1996, 1214) o a requisizione di azienda (Cass. 5 luglio 1997 n. 6070, in *MGC*, 1997, 1144; cfr. Cass. 4 febbraio 1998 n. 1152, in *RIDL*, 1998, II, 780, con nota di P. LAMBERTUCCI; Cass. 25 gennaio 1999 n. 672, in *RIDL*, 1999, II, 785) o nel caso in cui il cambiamento del responsabile dell'impresa non abbia origine contrattuale (Cass. 16 ottobre 1996 n. 9025, in *RIDL*, 1997, II, 572, con nota di P. LAMBERTUCCI) assumendo rilievo, invece, la sola circostanza che vi sia continuità nell'esercizio dell'attività imprenditoriale, restando immutati il complesso organizzato dei beni dell'impresa e l'oggetto di quest'ultima (principio affermato da Cass. 27 febbraio 1998 n. 2200, in *MGL*, 1998, 636, in fattispecie relativa all'attività di un centro estetico, inizialmente svolta direttamente dall'impresa che poi aveva stipulato contratti di *franchising* prima con l'impresa « cedente » e quindi con quella « cessionaria », e che era rimasta proprietaria di parte dei beni aziendali).

Quanto alla successione nell'appalto la Corte di Cassazione nega che possa configurarsi un trasferimento d'azienda una volta esauritosi il rapporto tra appaltante ed impresa appaltatrice precedente (Cass. 18 marzo 1996 n. 2254, cit., cfr. Cass. 20 novembre 1997 n. 11575, in *MGC*, 1997, 2233; Cass. 18 marzo 1996 n. 2254, cit.); anche perché, si fa notare, il trasferimento di azienda ricorre in ogni caso in cui, ferma restando l'organizzazione del complesso dei beni destinati all'esercizio dell'impresa, si abbia la sostituzione della persona del titolare (Cass. 5 aprile 1995 n. 3974, in *MGC*, 1995, 771). Due pertanto sono i requisiti necessari perché si abbia un trasferimento dell'azienda: uno, obiettivo, presuppone la continuità dell'azienda come entità economica organizzata, come complesso dei beni organizzati dall'imprenditore; l'altro, soggettivo, consiste nella sostituzione dell'imprenditore. Così, ad esempio, la successione nell'appalto del servizio mensa tra due imprese appartenenti allo stesso gruppo senza alcuna interruzione del rapporto di lavoro, non configura trasferimento d'azienda perché mancherebbe il subingresso nella titolarità di una attività economica organizzata (Cass. 4 aprile 2001 n.

5025, in *NGL*, 2001, 652; Cass. 9 marzo 2001 n. 3512, in *MGC*, 2001, 460; Cass. 29 novembre 1996 n. 10688, in *MGC*, 1996, 1640; Cass. 5 aprile 1995 n. 3974, cit.; Cass. 19 agosto 1991 n. 8907, in *MGL*, 1991, 676). Nel limitato contesto caratterizzato dal fisiologico *turn over* negli appalti di servizi del tutto scollegati dalla attività produttiva cui accedono (es. mense aziendali, servizi di pulizia, servizi di giardinaggio, manutenzione ecc.) in assenza di tutela legale la contrattazione collettiva aveva previsto procedure di informazione/consultazione sindacale, nonché l'obbligo dell'impresa subentrante di assumere i lavoratori già addetti all'appalto; ipotesi che la dottrina aveva ricondotto ad un vero e proprio obbligo a contrarre (art. 2932) (A. VALLEBONA, *Successione nell'appalto ecc.*, cit., 219).

Tale ipotesi va tenuta distinta da quella in cui il contratto di appalto viene preceduto dal conferimento di un ramo d'azienda (c.d. internalizzazione di ritorno) (L. DE ANGELIS, *La tutela del lavoratore ceduto*, in *Working paper*, C.S.D.L.E., « M. D'Antona », 2004, n. 50, 42 ss.) che consente all'appaltatore-cessionario di acquistare gli strumenti e acquisire automaticamente i lavoratori necessari per fornire alla cedente-appaltante beni o servizi afferenti al ciclo produttivo. Sicché se la successione nell'appalto avviene anche con il subentro nella titolarità dell'articolazione funzionalmente autonoma dell'attività economica organizzata di cui era titolare la precedente impresa non vi è solo l'acquisizione del personale e, può ritenersi sussistente un trasferimento d'azienda con ogni conseguenza di carattere legale e contrattuale (F. SCARPELLI, *Appalto e distacco*, in E. GRAGNOLI, A. PERULLI (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, Cedam, Padova, 2004, 435).

6. Sul punto il legislatore italiano si è uniformato al suddetto orientamento e con l'art. 29, comma 3, d.lgs n. 276/2003, ha sancito definitivamente che l'acquisizione del personale già impiegato nell'appalto a seguito di subentro di un nuovo appaltatore (diverso dunque dalla cessione di azienda o di suo ramo) in forza di legge, di contratto collettivo nazionale di lavoro, o di clausola del contratto d'appalto non costituisce trasferimento d'azienda o di parte di azienda, dal momento che normalmente, non vi è subingresso nella titolarità di un'attività economica organizzata.

Al riguardo si osserva che « la norma non sembra peraltro escludere che, ove quest'ultima eventualità si verifichi, la vicenda possa essere inquadrata entro lo schema dell'art. 2112 c.c. » (O. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2005, 286); anzi la distinzione tra cessione di azienda e acquisizione del personale a seguito di subentro di un nuovo appaltatore appare necessaria « perché muove dal presupposto che l'art. 2112 c.c. è applicabile anche al trasferimento di ramo d'azienda che si identifica esclusivamente con il personale dipendente organizzato per l'esecuzione di un'opera o di un servizio. Infatti in caso contrario non sarebbe stato affatto necessario considerare tale fattispecie, ..., al solo fine di escludere la qualificazione in termini di trasferimento d'azienda » (A. MARESCA, *Modifiche all'art. 2112 ecc.*, cit., 385).

Se la semplice perdita di un appalto di servizi a vantaggio di un concorrente non può rivelare di per sé l'esistenza di un trasferimento d'impresa ai sensi della direttiva n. 2001/23 — recante il testo unico delle norme comunitarie in materia di trasferimento d'azienda — l'esclusione del subingresso nell'appalto dalla disciplina del trasferimento d'impresa « non è sempre condivisibile » (G. SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, 1963); anzi la perentorietà della suddetta affermazione viene messa in dubbio proprio dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia che attribuisce un rilievo decisivo alla assunzione da parte dell'impresa successiva di tutti o alcuni dei dipendenti già addetti presso la prima alle medesime attività (R. FOGLIA, *op. cit.*, 873, ma si v. ora la sentenza Abler, cit., che ha dichiarato che l'art. 1 della direttiva n. 77/187/CEE va interpretato nel senso che quest'ultima si applica alla situazione in cui un committente, che aveva affidato con un

contratto la completa gestione della ristorazione collettiva di un ospedale ad un primo imprenditore, pone fine a tale contratto e conclude, per l'esecuzione della stessa prestazione, un nuovo contratto con un secondo imprenditore, quando il secondo imprenditore utilizza rilevanti elementi patrimoniali materiali di cui si è servito precedentemente il primo imprenditore e messi a loro disposizione in successione dal committente, anche se il secondo imprenditore abbia manifestato l'intenzione di non riassumere i dipendenti del primo imprenditore) anche nel caso in cui l'obbligo di assumere il personale a carico dell'impresa subentrante trovi la sua fonte in un contratto collettivo (C. Giust. 24 gennaio 2002 C-51/00, Temco Service, cit., e C. Giust. 2 dicembre 1999 C- 234/98 Allen, in *Racc.*, 1999, I-8643).

Del resto, non si può escludere (e la giurisprudenza comunitaria fornisce indicazioni pertinenti in merito) che in alcuni casi quella autonomia organizzativa ed economica richiesta dalla direttiva possa — in alcuni settori o aree produttive in cui le strutture materiali assumono scarsa se non nessuna rilevanza (strutture c.d. *labour intensive*) — configurarsi, anche in presenza del trasferimento di sola manodopera e quindi di soli lavoratori, che, per essere stabilmente addetti ad un ramo dell'impresa, e per avere acquisito un complesso di nozioni e di esperienze, siano capaci di svolgere le loro funzioni presso il nuovo datore di lavoro, potendosi, appunto, la suddetta autonomia spiegare non solo attraverso la natura e le caratteristiche della concreta attività spiegata, ma anche in ragione di altri significativi elementi, quali, ad esempio, la direzione e l'organizzazione del personale, il suo specifico inquadramento, le peculiari modalità di articolazione del lavoro e i relativi metodi di gestione.

Ciò può, ad es., avvenire nel caso in cui l'oggetto del trasferimento sia costituito da un gruppo di dipendenti, stabilmente coordinati e organizzati tra loro, la cui capacità operativa sia assicurata dal fatto di essere essi dotati di un particolare *know how* o, comunque, dall'utilizzo di *copyright*, brevetti, marchi ecc.

Se a ciò si aggiunge l'irrilevanza di un rapporto negoziale diretto tra i soggetti che subentrano nell'appalto (C. Giust. C-171/94, C-172/94, Merckx e Neuhuys, cit., C. Giust. 10 dicembre 1998 cause riunite C-173/96 e 247/96, Hidalgo, cit.; C. Giust. 14 settembre 2000 n. 343/98, Collino, in *FI*, 2001, IV, 154; C. Giust. 25 gennaio 2001 n. 172/99, Oy Liikenne Ab, in *FI*, 2001, IV, 153), confermato anche dalla sentenza in esame, sembra condivisibile l'analisi di chi ritiene che la norma dell'art. 29, comma 3, sia « recessiva in ragione della prevalenza dei principi della direttiva » (A. ANDREONI, *op. cit.*, 198), criticandola per essere la stessa « animata dal chiarissimo intento di aggirare gli obblighi di adeguamento alla direttiva comunitaria in materia di trasferimento d'impresa, così come interpretata dalla Corte di giustizia » (M. ROCCELLA, *Manuale di diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2004, 364).

All'opposto, se proprio in relazione alla direttiva n. 2001/23, si ritenesse che questa, disattendendo la giurisprudenza citata, torna a richiedere che il trasferimento si fondi su di « una cessione contrattuale » stipulata tra vecchio e nuovo titolare dell'attività o su un atto di fusione, vi è chi sostiene (P. ICHINO, *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco*, in AA.VV., *Il nuovo mercato del lavoro*, cit., 328) la piena compatibilità del comma 3 dell'art. 29 con la direttiva comunitaria, con l'auspicio di un *revirement* della Corte di Giustizia.

Ora se è vero che l'ordinamento comunitario dovrebbe manifestare la sua prevalenza su quello nazionale, nel senso che, tra i molteplici possibili significati che possa presentare la norma statutale, l'interprete è tenuto ad adeguarsi al significato che risulti più conforme al diritto comunitario, non vi è dubbio che fintanto che non vi sia una pronuncia della Corte di Giustizia in sede di rinvio pregiudiziale (M. D'ANTONA, *Sistema giuridico comunitario*, in A. BAYLOS GRAU, B. CARUSO, M. D'ANTONA, S. SCIARRA (a cura

di), *Dizionario di diritto del lavoro comunitario*, Monduzzi, Bologna, 1995, 35) o un nuovo intervento del legislatore interno volto ad armonizzarla con la disciplina comunitaria (A. LEPORE, *op. cit.*, 13 del dattiloscritto) la norma interna dell'art. 29, comma 3, resta applicabile a tutte le ipotesi di passaggio di lavoratori dall'appaltatore cessante a quello subentrante non seguito dalla cessione di beni materiali o immateriali che possa essere sussunta nella fattispecie regolata dall'art. 2112, comma 5, novellato dall'art. 32 del d.lgs. n. 276/2003.

Lucia Valente
Assegnista di ricerca
Università degli Studi di Roma « La Sapienza »

OSSERVATORIO DI LEGISLAZIONE, PRASSI AMMINISTRATIVE E CONTRATTAZIONE COLLETTIVA

Apprendistato

- sperimentazioni regionali (Lombardia) (1)
- apprendistato professionalizzante (in Riforma Biagi) (7.6.)

Certificazione (regolamento delle Commissioni)

- quadro normativo e prassi amministrativa (2.1.)
- ambito di competenza (2.2.)
- costituzione e composizione (2.3.)
- sottocommissioni (2.4.)
- validità delle sedute delle delibere (2.5.)
- membri della Commissione (2.6.)
- procedura (2.7.-2.12.)
- circ. Inps n. 71/2005 (2.13.)

Credito (rinnovi contrattuali)

- trattative (3.1.-3.2.)
- Ccnl (3.3.)
- fondo di solidarietà (3.4.)

Inserimento (contratto di) (in Riforma Biagi)

- quadro normativo (7.4)

Lavoro a progetto

- ruolo contrattazione collettiva (4.1.-4.2.)
- accordo AGCI-Confindustria e altri, 9 febbraio 2005 (4.3.)

Lavoro intermittente (in Riforma Biagi)

- quadro normativo (7.3.)

Lavoro occasionale accessorio (in Riforma Biagi)

- quadro normativo (7.5.)

Mercato del lavoro

- regolamentazione regionale (Marche) (5.1. - 5.3.)
- accesso al mercato del lavoro (lavoratori richiedenti asilo) (5.5. - 5.7.)
- formazione (ruolo delle parti sociali) (5.4.; 5.8.)

Previdenza

- contribuzione obbligatoria (lavoratori all'estero) (6.1. - 6.3.)
- contribuzione obbligatoria (lavoro in agricoltura) (6.4.)

Riforma Biagi

- in generale (7.1.)

Somministrazione

- inserimento lavoratori svantaggiati (in Riforma Biagi) (7.2.)

Salute e sicurezza (riparto di competenze Stato-Regioni)

- quadro normativo (8.1.)
- lo schema di TU (8.2. - 8.3.)
- bibliografia ragionata (8.4.)

Nota per la lettura dell'Osservatorio di legislazione, prassi amministrative e contrattazione collettiva


I documenti indicati con il simbolo  sono pubblicati sul sito internet del Centro Studi Internazionali e Comparati « Marco Biagi » all'indirizzo www.csmb.unimo.it

* * * * *

Si segnala che le considerazioni contenute negli interventi dei funzionari e dirigenti della Pubblica Amministrazione sono frutto esclusivo del pensiero dei rispettivi Autori e non hanno carattere in alcun modo impegnativo per l'Amministrazione alla quale essi appartengono.

1. Apprendistato


Brevi note sul modello lombardo di sperimentazione dell'apprendistato professionalizzante nel settore del Terziario della Distribuzione e dei Servizi

A seguito alla stipula del Protocollo d'intesa sottoscritto il 10 gennaio 2005 dalla Regione Lombardia, dall'Unione Regionale Lombarda del Commercio, del Turismo e dei Servizi e dalle organizzazioni di categoria regionali di Cgil, Cisl e Uil (in  *Boll. Adapt*, 2005, n. 2), l'applicazione dell'istituto dell'apprendistato professionalizzante, strumento fondamentale fra quelli introdotti dalla Legge Biagi ai fini di riformare il mercato del lavoro, è diventato una realtà concreta per le imprese e i lavoratori lombardi dei settori interessati.

Con l'accordo suddetto si è, infatti, data attuazione — per ora, in via sperimentale — a quanto previsto dall'art. 49, comma 5, del d.lgs. n. 276/2003, che rimette alle Regioni e alle Province autonome, d'intesa con le associazioni datoriali e sindacali comparativamente più rappresentative sul piano regionale, la regolamentazione dei profili formativi dell'apprendistato professionalizzante (contratto che, come noto, è volto ad agevolare l'ingresso nel mondo del lavoro e la formazione dei giovani fino ai 29 anni di età). A questa prima fase sperimentale, della durata prevista di due anni, dovrà seguire l'emanazione di una legge regionale che andrà a definire gli aspetti caratterizzanti dell'apprendistato per tutti i settori produttivi.

Il percorso attuativo dell'apprendistato professionalizzante, per quanto attiene al settore Terziario, è stato, finora, piuttosto complesso e ha visto il susseguirsi di vari passaggi, alla luce della ripartizione delle competenze e dei ruoli in materia fra Stato, Regioni e Parti sociali, così come definita dal d.lgs. n. 276/2003.

Il primo passo ha avuto luogo nel luglio 2004, quando, a distanza di oltre otto mesi dall'entrata in vigore della Legge Biagi, si era ancora in assenza di una disciplina regionale dell'apprendistato. A fronte di un'esigenza diffusa delle imprese e dei lavoratori, Confcommercio e le organizzazioni nazionali di categoria tentavano, allora, sfruttando gli spiragli lasciati aperti da un'interpretazione elastica della legge, di fornire una risposta concreta ed immediatamente esigibile, elaborando, nell'ambito del rinnovo del Ccnl per i dipendenti da aziende del Terziario, della Distribuzione e dei Servizi, una disciplina dell'istituto che recepisce i contenuti innovativi indicati dalla riforma.


La nuova normativa contrattuale, come è noto, è stata, tuttavia, oggetto di contestazione da parte del Ministero del lavoro, che con la circ. 14 ottobre 2004, n. 40 (in *GU*, 22 ottobre 2004, n. 249, e in  *Boll. Adapt*, 2004, n. 38), ha precisato che la disciplina dell'apprendistato professionalizzante doveva essere definita innanzitutto a livello regionale, anche se non necessariamente con legge regionale, con la conseguente impossibilità di attivare esclusivamente in via contrattuale il nuovo istituto.

La fase di stallo — che, se si fosse protratta a lungo, avrebbe rischiato di mettere in difficoltà le aziende del settore le quali, dopo l'eliminazione dei contratti di formazione e lavoro, si trovavano prive di contratti di ingresso contributivamente agevolati — è stata via via superata con la stipulazione di accordi fra le Regioni e le Parti sociali, i quali, con percorsi differenti l'uno dall'altro, hanno reso possibile l'applicazione, nei singoli ambiti territoriali, della disciplina contrattuale del settore Terziario.

La Regione Lombardia, come si è visto, ha avviato l'attuazione dell'apprendistato professionalizzante con il Protocollo del 10 gennaio scorso, che si distingue, rispetto agli accordi di altre Regioni, soprattutto per l'importanza che viene attribuita all'aspetto formativo dell'apprendistato.


Tale caratteristica si conforma pienamente a quanto disposto dall'art. 49, comma 5,

d.lgs. n. 276/2003, nonché dal Titolo V della Costituzione, i quali prevedono che le Regioni, d'intesa con le organizzazioni datoriali e sindacali maggiormente rappresentative sul piano regionale, siano i soggetti competenti in materia di regolamentazione dei profili formativi del contratto di apprendistato professionalizzante.

Il Protocollo della Regione Lombardia, consentendo l'attuazione di quanto stabilito dalle Parti sociali a livello nazionale, è pienamente conforme alle previsioni della delibera della Giunta regionale del 19 novembre 2004 (delibera n. 7/19432, in *BURL*, 6 dicembre 2004, n. 50, e in  *Boll. Adapt*, 2004, n. 48).

Come si è accennato, l'accordo in questione si caratterizza e si qualifica per il risalto che, al suo interno, viene dato ai contenuti dell'apprendistato professionalizzante, vale a dire ai « profili formativi » dei lavoratori che vengono assunti con tale tipologia contrattuale e che costituiscono la base per la realizzazione del Piano Formativo individuale.

I profili formativi, secondo quanto stabilito dalle parti firmatarie, sono infatti definiti tenendo conto delle indagini nazionali o territoriali sui fabbisogni formativi svolte dagli Enti Bilaterali e dal Repertorio nazionale delle professioni (attualmente in fase di costituzione), nonché della Regione Lombardia.

Il Protocollo prevede, altresì, che la sperimentazione — va infatti ricordato nuovamente il carattere temporaneo dell'accordo stesso — prenderà le mosse dall'adozione dei risultati a cui è pervenuto il lavoro di carattere scientifico, *Contenuti formativi a carattere professionalizzante di tipo tecnico scientifico ed operativo per gli apprendisti dei settori terziario, distribuzione, servizi e turismo*, redatto con l'assistenza tecnica dell'Isfol e approvato dall'apposita Commissione nazionale presso il Ministero del lavoro, relativamente ai profili professionali dei settori interessati (in  indice A-Z, voce *Apprendistato*).

È chiaro, quindi, che l'intento del modello lombardo di apprendistato professionalizzante è quello di consentire lo sviluppo di una formazione che non resti tale solo sulla carta, ma che parta dai bisogni concreti di competenze degli operatori del settore, così come sono presenti sul territorio, i quali, comunque, sono vagliati ed elaborati sulla base di parametri scientifici di elevata qualità.

Il suddetto intento appare ancor più meritorio se si considera che il quadro appena descritto non è destinato a rimanere cristallizzato sulla base delle cognizioni e dei risultati acquisiti finora: il Protocollo lombardo ha, infatti, previsto che i profili formativi saranno oggetto di continuo adeguamento alle mutevoli esigenze che si presenteranno sul territorio, con l'individuazione, nel tempo, di ulteriori e nuovi profili (non ancora contemplati dal documento Isfol), che verranno definiti, anche su proposta degli Enti Bilaterali Territoriali, previa valutazione di adeguatezza e coerenza con la sperimentazione da parte del Gruppo Tecnico appositamente costituito dalle Parti firmatarie.

È proprio sulla definizione di ulteriori profili che ha incominciato a lavorare il Gruppo Tecnico presso la Regione, definendo, con la stessa metodologia adottata dall'Isfol, le competenze di settore, di area e di profilo di una qualifica utilizzata dalle imprese di revisione contabile che non rientrava fra le qualifiche analizzate dal citato documento.

È di tutta evidenza, quindi, che il modello lombardo, così come delineato nel Protocollo, ha un grande pregio: quello di essere focalizzato su percorsi di formazione concreti e progettati *ad hoc*, che vengono individuati per ogni singolo profilo. La speranza è che l'obiettivo prefissato possa essere pienamente raggiunto, superando le esperienze di formazione assolutamente generica (se non addirittura del tutto « teorica »...) che finora hanno caratterizzato l'apprendistato in Italia.

Nonostante gli indubbi pregi che presenta il modello di apprendistato professionalizzante individuato dal Protocollo lombardo, successivamente alla sua stipulazione sono sorte alcune voci critiche rispetto a taluni aspetti contenuti nell'accordo.

Ci riferiamo, in particolare, al fatto che la sperimentazione del nuovo istituto è rivolta solo ai datori di lavoro che, secondo quanto previsto dall'art. 10 della l. n. 30/2003, applicano integralmente il Ccnl Terziario Distribuzione e Servizi.

Più specificamente, le critiche sono rivolte alla previsione dell'obbligatorietà dell'acquisizione del parere di conformità rilasciato dagli Enti Bilaterali Territoriali. Secondo taluni commentatori, infatti, l'obbligo dell'« integrale rispetto degli accordi e dei contratti » previsto dall'art. 10 suddetto, essendo riferibile unicamente all'applicazione della parte economica e normativa dei contratti collettivi, ma non della parte obbligatoria degli stessi, escluderebbe dal proprio ambito di applicazione le disposizioni istitutive degli Enti Bilaterali, avendo, queste ultime, carattere puramente obbligatorio. In caso contrario, a parere dei commentatori summenzionati, si assisterebbe a una violazione del principio costituzionale di libertà sindacale negativa, nonché della disciplina comunitaria in materia di concorrenza.

Tale interpretazione non ci appare convincente.

Anche se si ammettesse la non applicabilità dell'art. 10, l. n. 30/2003, con riferimento alla parte obbligatoria dei contratti collettivi, sulla scorta di quanto indicato dalla circ. Min. lav. n. 40/2004 (la quale, si sottolinea, rimane pur sempre una fonte interpretativa di carattere amministrativo, pertanto priva di forza vincolante), occorrerebbe, comunque, dimostrare che le clausole relative alla contribuzione agli Enti Bilaterali hanno carattere obbligatorio e non economico-normativo.

Ciò è tutt'altro che scontato; a chi scrive, piuttosto, pare vero il contrario, anche sulla base di precedenti giurisprudenziali che vanno in senso opposto all'interpretazione « critica » sopra riportata.

In particolare, una sentenza che risale a poco più di due anni orsono (Trib. Firenze 25 novembre 2002, D'Intino e altri c. Metro Cash and Carry s.p.a., in *D&L*, 2003, n. 2, 365, con nota di L. GIOMETTI), avente ad oggetto proprio una controversia promossa da alcuni lavoratori dipendenti di un'azienda del settore Terziario circa l'applicazione degli obblighi contrattuali di finanziamento dell'Ente Bilaterale Territoriale.

Il giudice del merito, dovendo affrontare la questione della riconducibilità delle clausole in oggetto alla parte obbligatoria piuttosto che a quella economica del contratto collettivo, rilevò la sussistenza dell'efficacia normativa delle stesse, dal momento che le parti collettive avevano attribuito alle quote di contribuzione all'Ente la natura di elementi indiretti della retribuzione. Conseguentemente, il meccanismo di finanziamento dell'Ente Bilaterale non vincola le sole parti stipulanti il Ccnl, ma anche le parti del rapporto individuale di lavoro.

La sentenza citata sembra, in effetti, cogliere pienamente il senso delle disposizioni contrattuali concernenti il finanziamento degli Enti Bilaterali: queste, lungi dall'introdurre semplicemente degli obblighi fra le organizzazioni firmatarie, regolano una serie di servizi rivolti ai lavoratori e alle imprese associate, acquistando, così, carattere pienamente economico-normativo.

Non si vede, a questo punto, per quale ragione si dovrebbe sostenere che un datore di lavoro il quale, volontariamente, decida di applicare ai propri dipendenti un contratto collettivo non debba poi, in virtù di tale libera scelta, essere vincolato all'integrale rispetto delle disposizioni economico-normative dell'accordo, ivi comprese quelle concernenti il versamento di contributi di assistenza sindacale alle organizzazioni stipulanti (il riferimento, nel Ccnl Terziario, è al contributo Ascom) o agli Enti Bilaterali.

Qualche commentatore, inoltre, è stato fortemente, e forse inopportuno, critico nel valutare la circolare dell'Associazione imprenditoriale che, pur dallo stesso ritenuta legittima nei confronti dei propri associati, ricordava il vincolo del rispetto degli obblighi contributivi previsti dal Ccnl per poter ottenere il parere di conformità. A tale

proposito è opportuno chiarire, per una corretta comprensione della vicenda, che il versamento del contributo di assistenza contrattuale previsto dall'art. 19, Prima Parte del Ccnl, non costituisce adesione all'Associazione imprenditoriale da parte dell'azienda o al sindacato da parte del lavoratore; infatti è con ben altra forma e contribuzione che si concretizza l'adesione ad una Associazione.

Una diversa interpretazione condurrebbe, necessariamente, alla conclusione aberrante che ciascun operatore è legittimato a procedere con un'applicazione « fai da te » degli accordi collettivi, conservando solo le parti che portano vantaggi e scartando le parti più onerose: tale soluzione è certamente inaccettabile e foriera di conseguenze imprevedibili.

Né pare che l'asserita impossibilità ad assumere con contratto di apprendistato in caso di mancato rispetto del complesso contrattuale possa essere vista come una lesione del principio costituzionale di libertà sindacale o del principio comunitario di libera concorrenza fra imprese, trattandosi, semplicemente, della logica conseguenza di una libera scelta aziendale.

È utile, infine, anche ricordare che la l. n. 30/2003 ha esplicitamente previsto all'art. 2, lett. b), il riconoscimento agli Enti Bilaterali e alle strutture pubbliche designate competenze autorizzatorie per i rapporti di lavoro con contenuto formativo e che solo i contrasti sorti nell'ambito della Conferenza Stato-Regioni hanno impedito, ad oggi, che la delega fosse attuata nel d.lgs. n. 276/2003. Sul punto è anche intervenuto il Ministero del lavoro che con la citata circolare sostiene legittimamente che *è fatto salvo tuttavia il diritto della normativa regionale di reintrodurre ... una diversa procedura autorizzativa, anche attraverso il rimando agli enti bilaterali.*

E non ci appare assolutamente infondata la tesi in base alla quale il Protocollo regionale, attuativo della Delibera di Giunta, prevedendo che al modello lombardo possano accedere solo le aziende che rispettino integralmente il Ccnl del Terziario e che quindi ottengano il parere di conformità, abbia di fatto introdotto all'interno della sperimentazione una procedura autorizzativa demandata agli Enti Bilaterali, conformemente a quanto previsto dalla legge delega.

In conclusione ci sembra di poter affermare che le critiche che si sono levate, e si levano, in merito all'accordo in parola, siano tutt'altro che fondate dal punto di vista tecnico-giuridico.

Maurizio Bernasconi
Avvocato del Foro di Varese
Studio Legale Realini e Commerciale Bernasconi

2. Certificazione (regolamento delle Commissioni)

I regolamenti adottati dalle Commissioni di Certificazione costituite presso le Direzioni provinciali del lavoro

Sommario: **2.1.** Premessa. — **2.2.** Ambito di competenza delle Commissioni. — **2.3.** Costituzione e composizione delle Commissioni. — **2.4.** Sottocommissioni. — **2.5.** Validità delle sedute e delle delibere. — **2.6.** Norme relative ai membri della Commissione. — **2.7.** La procedura di certificazione: l'istanza di certificazione. — **2.8.** *Segue:* il termine del procedimento. — **2.9.** *Segue:* la calendarizzazione dei lavori e la convocazione delle parti. — **2.10.** *Segue:* la convocazione della Commissione ed il ruolo dei relatori. — **2.11.** *Segue:* la registrazione e la conservazione dei documenti ricevuti. — **2.12.** *Segue:* il provvedimento di certificazione.

2.1. Negli ultimi mesi molte Commissioni di Certificazione, tra le numerose ormai istituite presso le Direzioni provinciali del lavoro (DPL), hanno provveduto ad approvare i propri regolamenti interni, sulla base delle disposizioni di cui al d.lgs. n. 276/2003,

al dm 21 luglio 2004 (in [Boll. Adapt](#), 2004, n. 31) e alla circ. Min. lav. n. 48/2004 (in [Boll. Adapt](#), 2004, n. 47).

Se ne riportano, di seguito, i contenuti principali.

2.2. In generale le Commissioni tacciono sul proprio ambito di competenza, probabilmente ritenendo sufficientemente esaustiva, a tal fine, la disposizione di cui all'art. 77 del d.lgs. n. 276/2003. Alcune Commissioni, però, come ad esempio quella istituita presso la DPL di Modena (in [Boll. Adapt](#), 2005, n. 13), hanno ritenuto necessario precisare espressamente la propria competenza a certificare esclusivamente i contratti di lavoro stipulati da aziende che hanno la sede (o una loro competenza) nel territorio della provincia di riferimento, con l'ulteriore avvertimento che presso di essa dovrà essere addeito il lavoratore contraente o dovrà svolgersi l'appalto.

2.3. Il regolamento della Commissione di Certificazione della DPL di Milano (in [Boll. Adapt](#), 2005, n. 13) non indica quali siano i singoli membri della Commissione, ma rinvia ad un decreto, emanato dal Direttore della DPL, che reca appunto la nomina dei membri titolari, integrato da un ulteriore decreto recante la nomina dei membri supplenti di ciascun titolare della Direzione e dalla designazione dei membri supplenti dei rispettivi enti per i casi di assenza o di impedimento. Esso dispone poi a che, a titolo consultivo, partecipino alle riunioni della Commissione un rappresentante designato dall'Agenzia delle Entrate-Direzione Regionale della Lombardia, ed un rappresentante designato dai consigli Provinciali degli Ordini Professionali di Consulenti del lavoro, Avvocati, Ragionieri e Dottori Commercialisti.

Il regolamento della Commissione di Certificazione della DPL di Roma (in [Boll. Adapt](#), 2005, n. 13) e di Ferrara (in [Boll. Adapt](#), 2005, n. 13) contengono, invece, oltre ad una elencazione dei membri consultivi in tutto e per tutto coincidente a quella della Commissione milanese, anche una specifica elencazione dei membri di diritto (il Direttore della DPL, in qualità di Presidente o suo delegato; un rappresentante dell'Inps; un rappresentante dell'Inail; due funzionari in rappresentanza del Servizio politiche del lavoro delle DPL di Roma e Ferrara). Essi stabiliscono poi che, posto che le rispettive Commissioni operano anche in materia di certificazione dei contratti di appalto, per la complessità della materia, in questi casi potranno essere convocati dalla Commissione, con funzioni consultive, anche il dirigente o un funzionario del Servizio ispezione del lavoro.

All'interno del regolamento della Commissione di Certificazione della DPL di Forlì-Cesena (in [Boll. Adapt](#), 2005, n. 13) i membri di diritto ed i membri consultivi sono poi indicati nominativamente, unitamente ai rispettivi supplenti.

2.4. Tutte le Commissioni monitorate, redigendo il proprio regolamento, hanno ritenuto necessario prospettare l'eventualità che vengano costituite una o più sottocommissioni. Il regolamento della Commissione di Certificazione della DPL di Milano, così come quelli delle Commissioni di Roma, Forlì-Cesena e Ferrara, stabiliscono così che, in relazione al carico di lavoro della Commissione, riferibile sia al numero delle istanze sia al grado di complessità e di difficoltà dei casi prospettati, oltre che alla necessità di assicurare il rispetto del termine di legge per la conclusione dei procedimenti di certificazione, i Direttori delle DPL possano costituire con proprio decreto una o più sottocommissioni. Alcuni regolamenti precisano anche il numero dei componenti delle sottocommissioni (che devono essere almeno tre per le sottocommissioni della Commissione di certificazione costituita presso la DPL di Milano), o addirittura indicano a quali enti debbano appartenere i componenti delle medesime (come nel caso della Commissione di Certificazione costituita presso la DPL di Modena, che precisa debba trattarsi di un funzionario della DPL con funzioni di presidenza e di coordinamento, di

un rappresentante dell'Inps e di un rappresentante dell'Inail), mentre altri, sul punto, tacciono (come i regolamenti delle Commissioni di Roma, Forlì-Cesena e Ferrara).

A tali sottocommissioni sono assegnati compiti esclusivamente istruttori e non deliberativi, nel senso che esse sono chiamate a provvedere, in particolare, all'esame delle istanze assegnate loro a tal fine dal Presidente ed alla predisposizione e verbalizzazione di osservazioni e proposte da sottoporre alla Commissione, nonché, all'occorrenza, alla prestazione dell'attività di consulenza e assistenza. Esse possono altresì essere incaricate di espletare l'audizione delle parti, redigendone comunque verbale e riferendone poi in Commissione.

I regolamenti delle Commissioni di Certificazione delle DPL di Roma e di Ferrara precisano infine che ai lavori delle sottocommissioni partecipano anche i rappresentanti dell'Agenzia delle Entrate e dei Consigli provinciali degli Ordini professionali, si ritiene sempre a titolo consultivo.

2.5. Secondo il regolamento della Commissione di Certificazione della DPL di Milano, la Commissione è validamente insediata ed operante quando sono presenti tutti i membri (lo stesso statuisce il regolamento della Commissione di Certificazione della DPL di Ferrara, che però precisa che deve trattarsi dei membri di diritto).


In caso di assenza o di impedimento del Dirigente preposto alla presidenza, la Commissione è presieduta da un altro funzionario delegato dal Presidente, ma, qualora il sostituto Presidente sia già membro della Commissione, questa deve essere integrata da un supplente per tutta la durata della sostituzione.

Quanto alle deliberazioni, esse avvengono a maggioranza dei membri praticamente in tutte le Commissioni (come si può riscontrare, a titolo esemplificativo, dall'esame dei regolamenti delle Commissioni costituite presso le DPL di Milano, Roma e Ferrara).

2.6. Molte Commissioni hanno previsto, all'interno dei propri regolamenti, alcune cause di astensione per i propri membri.

La Commissione di certificazione costituita presso la DPL di Milano ha statuito che tutti i membri della Commissione sono tenuti ad astenersi dal partecipare in qualsiasi forma alle attività inerenti alla « trattazione, discussione o decisione di pratiche di certificazione che possano coinvolgere interessi propri, ovvero: di loro parenti entro il quarto grado o conviventi; di persone fisiche o giuridiche con le quali essi intrattengano rapporti commerciali, professionali o di lavoro; di individui od organizzazioni con cui essi stessi o i coniugi abbiano causa pendente o grave inimicizia o rapporti di credito o debito; di individui od organizzazioni di cui essi siano tutori, curatori, procuratori o agenti; di enti, associazioni anche non riconosciute, comitati o società, di cui essi siano amministratori, gerenti o dirigenti ». È poi previsto un generale obbligo di astensione in ogni altro caso in cui esistano gravi ragioni di convenienza.

Il soggetto che ritenga di trovarsi in una delle posizioni sopra richiamate dovrà comunicare preventivamente la propria motivata astensione al Presidente, che provvederà, di conseguenza, disponendo per la sostituzione dell'astenuito con un supplente.

2.7. Secondo il regolamento della Commissione di Certificazione della DPL di Milano, l'istanza di avvio della procedura di certificazione deve essere formulata congiuntamente dalle parti interessate (come precisano anche i regolamenti delle Commissioni istituite presso le DPL di Roma e Ferrara) e da esse sottoscritta e redatta per iscritto in conformità al modello ministeriale allegato alla circ. Min. lav. n. 48/2004 (in  *Boll. Adapt*, 2004, n. 47). Alcune Commissioni (tra cui ancora una volta quelle di Roma e di Ferrara) hanno precisato, poi, che l'istanza dovrà contenere l'indicazione espressa degli effetti civili, amministrativi, previdenziali e assicurativi o fiscali in relazione ai quali le parti chiedono la certificazione e che dovrà essere corredata dall'originale del contratto

sottoscritto dalle stesse contenente i dati anagrafici e fiscali di ciascuna, oltre che avere allegata copia del documento di identità dei firmatari.

Le istanze difformi dal modello sono generalmente ritenute comunque ricevibili purché, a giudizio della Commissione, rispondano ai requisiti di legge e di regolamento. Tra i requisiti essenziali dell'istanza di certificazione rientrano:

- a) l'esatta individuazione delle parti richiedenti, del loro domicilio e della sede o della dipendenza dell'azienda interessata;
- b) l'indicazione della natura giuridica e del tipo del contratto per il quale si richiede la certificazione e della specifica qualificazione negoziale delle parti;
- c) l'indicazione espressa degli effetti civili, amministrativi, previdenziali e fiscali in relazione ai quali le parti chiedono la certificazione;
- d) l'allegazione del contratto in originale, sottoscritto dalle parti, contenente i dati anagrafici e fiscali delle stesse;
- e) la dichiarazione esplicita che non vi sono altri procedimenti certificatori pendenti e che non sono stati emessi precedenti provvedimenti di diniego sulla medesima istanza, oppure, in caso di sussistenza di tali provvedimenti, l'allegazione di copia degli stessi (il regolamento della Commissione costituita presso la DPL di Ferrara precisa poi che, nel caso in cui sia stato adottato un provvedimento di diniego, una successiva istanza potrà essere valutata dalla Commissione solo sulla base di presupposti e motivi diversi);
- f) la sottoscrizione in originale delle parti e, nel caso che una o entrambe le parti stesse non siano persone fisiche, l'indicazione della legale qualità dei firmatari;
- g) l'allegazione di copia del documento di identità dei firmatari.

Ai fini della procedibilità, poi, l'istanza dovrà essere prodotta in conformità alle norme in materia di imposta di bollo, o, secondo la dicitura utilizzata nei regolamenti delle Commissioni istituite presso le DPL di Roma e Ferrara, « in carta da bollo ».

L'istanza di certificazione, completa degli allegati, deve essere presentata alla Commissione mediante lettera raccomandata con avviso di ricevimento oppure mediante consegna a mano.

2.8. È noto che il procedimento deve essere portato a termine entro trenta giorni dal ricevimento dell'istanza, ma alcune Commissioni, come ad esempio quella istituita presso la DPL di Milano, hanno precisato che tale termine, ove la Commissione richieda alle parti documentazione ulteriore per l'analisi dell'istanza, decorrerà dal ricevimento della documentazione medesima.

Nella gran parte dei regolamenti analizzati, poi, è il Presidente che, nel rispetto dell'ordine cronologico determinato dalla data di presentazione, procede alla valutazione della regolarità e completezza delle istanze, e che, qualora le stesse risultino irregolari o carenti, provvede a richiedere alle parti le integrazioni del caso, comunicando loro la contestuale interruzione del termine suddetto.

Alcune Commissioni, infine, come ad esempio quella istituita presso la DPL di Roma, hanno previsto una sospensione del richiamato termine di trenta giorni nel periodo feriale, concordato, nel caso specifico, dal 1° agosto al 15 settembre.

2.9. Secondo il regolamento della Commissione di Certificazione della DPL di Milano, è ancora una volta il Presidente, dopo aver verificato la regolarità e la completezza delle istanze e dopo aver eventualmente acquisito le integrazioni necessarie, che redige il calendario dei lavori della Commissione, fissando le date delle sedute ed inserendovi le istanze stesse. I regolamenti delle Commissioni di Certificazione delle DPL di Roma e di Ferrara precisano poi che tale fissazione deve avvenire sulla base dell'ordine di presentazione delle istanze. Il Presidente provvede anche a convocare le parti per l'audizione dinanzi alla Commissione, indicando la data e l'ora stabilite, e a dare comunicazione del calendario delle sedute con l'indicazione delle relative pratiche

all'Inps, all'Inail e all'Agenzia delle Entrate. Tale comunicazione ha valore di comunicazione di inizio del procedimento e può essere effettuata anche tramite fax o posta elettronica (quest'ultima modalità è poi l'unica prevista dai regolamenti delle Commissioni di Certificazione delle DPL di Roma e di Ferrara, la quale ultima precisa anche che le medesime autorità pubbliche potranno presentare le proprie eventuali osservazioni in qualsiasi momento, e comunque fino al termine della seduta della Commissione).

Le parti sono generalmente autorizzate ad intervenire all'audizione anche mediante un proprio rappresentante, ma solo in caso di « effettiva, assoluta e comprovata impossibilità di presenziarvi personalmente ». Secondo i regolamenti monitorati, in questi casi il rappresentante deve intervenire munito non solo di apposito atto di delega, ma anche di fotocopia del documento di identità del rappresentato, da acquisire poi agli atti. Il regolamento della Commissione di Certificazione della DPL di Roma precisa, poi, che « in tal caso è indispensabile l'assistenza dell'organizzazione sindacale o di categoria o di un professionista abilitato ». Non è poi ritenuto sufficiente che il rappresentante derivi i propri poteri semplicemente da una procura generale. Con una precisazione del tutto opportuna, poi, finalizzata a non svuotare la certificazione della sua funzione essenziale, il regolamento della Commissione di Certificazione della DPL di Milano statuisce che l'assistenza non possa in alcun caso essere prestata dal medesimo soggetto in favore di entrambe le parti.

Secondo il regolamento della Commissione di Certificazione della DPL di Roma l'eventuale assenza anche di una sola delle parti (o del suo rappresentante, quando possibile) rende poi improcedibile l'istanza e rende necessaria la presentazione di una nuova domanda.

2.10. Il regolamento della Commissione di Certificazione costituita presso la DPL di Milano prevede che il Presidente convochi la Commissione comunicando ai membri componenti e consultivi, a mezzo posta, a mezzo telefax o a mezzo posta elettronica ai rispettivi recapiti, la data della seduta e l'elenco delle pratiche inserite nell'ordine del giorno.

I regolamenti delle Commissioni di Certificazione costituite presso le DPL di Milano, Ferrara e Roma prevedono poi che il Presidente nomini per ciascuna pratica un relatore che predispona, per ciascuna istanza pervenuta, un'apposita scheda riepilogativa, nella quale sono riportate note illustrative in merito alla ricognizione della documentazione presentata e, in particolare, alla sussistenza o meno dei requisiti richiesti dalla normativa vigente in relazione alla tipologia contrattuale per la quale si richiede la certificazione, nonché in riferimento agli ulteriori elementi, anche di carattere formale, richiesti dai regolamenti.

2.11. Il regolamento della Commissione di Certificazione costituita presso la DPL di Milano prevede che l'istanza, non appena pervenuta, venga protocollata, principalmente agli effetti della decorrenza del termine entro il quale il procedimento deve essere portato a compimento, ma anche perché l'eventuale richiesta di documentazione integrativa deve essere spedita dalla Commissione alle parti interessate sempre entro il termine di trenta giorni dalla ricezione dell'istanza. Come anche il regolamento della Commissione di Certificazione istituita presso la DPL di Roma, poi, il richiamato regolamento prevede che i dati inerenti le singole istanze vengano inseriti in un registro informatico appositamente istituito, nel quale venga elencata la documentazione afferente e vengano annotate tutte le successive fasi procedurali.


Il termine minimo di conservazione dei contratti e della relativa documentazione, pari a cinque anni, decorre dalla data di estinzione del rapporto giuridico costituito mediante il contratto oggetto di certificazione.

2.12. I regolamenti di tutte le Commissioni di Certificazione monitorati richiedono infine che il provvedimento di certificazione, così come il provvedimento di diniego della certificazione, per la loro natura di atti amministrativi, siano motivati. Essi devono poi indicare l'autorità presso cui è possibile presentare il ricorso, il termine per presentarlo e gli effetti civili, amministrativi, previdenziali o fiscali del contratto certificato, in relazione ai quali le parti hanno richiesto la certificazione. Al provvedimento adottato devono poi essere allegati il verbale di audizione delle parti e il resoconto dell'attività svolta dalla Commissione, che costituiscono parte integrante del provvedimento.



Flavia Pasquini
Assegnista di Ricerca
Centro Studi Internazionali e Comparati « Marco Biagi »
Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia

2. Certificazione (segue)

Commissioni di Certificazione: gli indirizzi operativi dell'Inps

2.13. Con la circ. n. 71/2005 (in  *Boll. Adapt*, 2005, n. 21) l'Inps ha fornito alcuni chiarimenti ed istruzioni operative in merito all'istituto della certificazione dei contratti di lavoro, introdotto dagli artt. 75 e ss. del d.lgs. n. 276/2003 attuativo della riforma Biagi (cfr., in particolare, sul punto, M. TIRABOSCHI, *L'istituto della certificazione tra decretazione ministeriale e circolari interpretative*, in *DRI*, 2005, n. 2, nonché i riferimenti bibliografici ivi riportati).

La circolare ripercorre la disciplina dell'istituto, riportando la normativa di riferimento e la regolamentazione delle Commissioni di Certificazione istituite presso le università (attuata con decreto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali di concerto con il Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca datato 14 giugno 2004, in

Boll. Adapt, 2004, n. 23), soffermandosi poi sulla disciplina delle Commissioni di Certificazione istituite presso le Direzioni provinciali del lavoro e le Province (attuata con dm 21 luglio 2004, in  *Boll. Adapt*, 2004, n. 31, nonché in  indice A-Z, voce *Certificazione*, ove si potranno trovare anche i decreti istitutivi delle Commissioni di Certificazione presso le Dpl).


In tali ultime commissioni, sia presso le Dpl che presso le Province, l'art. 1, dm 21 luglio 2004, prevede la presenza, ai fini della validità della seduta, fra gli altri membri, di un rappresentante dell'Inps.

L'Istituto previdenziale non è invece rappresentato — rimarca la circolare — nelle Commissioni di Certificazione del regolamento interno delle società cooperative riguardante la tipologia dei rapporti di lavoro con i soci lavoratori, Commissioni costituite presso le Province; ciò non toglie, in ogni caso, che il Presidente della Commissione sarà tenuto a comunicare le pratiche da trattare alle autorità (fra cui, appunto, l'Inps) nei cui confronti l'atto dovrà produrre effetto, obbligo di comunicazione stabilito in generale dall'art. 78, comma 2, del d.lgs. n. 276/2003 e che, con riferimento alla certificazione del regolamento interno delle cooperative, si evince dal rinvio operato dall'art. 83 dello stesso decreto.

Considerata la valenza attribuita all'istituto della certificazione, l'Inps sottolinea la necessità che l'Istituto assuma un ruolo attivo e qualificato nel contribuire all'operatività delle Commissioni stesse. Il che richiederà una partecipazione qualificata ed un'attenta analisi dei contenuti dei contratti da certificare.

Sotto il primo aspetto, i rappresentanti dell'Istituto in seno alle Commissioni dovranno essere individuati — sottolinea la circolare in commento — fra i funzionari di vigilanza

in possesso di comprovata esperienza e professionalità appartenenti alle sedi dell'intero territorio provinciale: al riguardo, può certo suscitare qualche perplessità la partecipazione alla Commissione proprio di personale « di vigilanza », considerando che lo stesso personale sarà così chiamato ad una duplice veste, prima certificatoria e successivamente ispettiva, con evidente commistione tra ambiti contigui di attività (cfr., al riguardo, M. PARISI, *Le Direzioni provinciali del lavoro*, in C. ENRICO, M. TIRABOSCHI (a cura di), *Compendio critico per la certificazione dei contratti di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2005).

Quanto alla analisi dei contratti, l'Inps raccomanda di attenersi alle linee guida allegate alla circ. Min. lav. n. 48/2004 (in  *Boll. Adapt*, 2004, n. 47), che riporta un elenco di elementi utili alla individuazione ed alla certificazione di alcuni contratti, come la collaborazione a progetto, il lavoro a tempo parziale, il lavoro intermittente, il lavoro ripartito, l'associazione in partecipazione, il contratto di appalto, il contratto di inserimento, il contratto di collaborazione coordinata e continuativa.

Al riguardo, l'Inps, riprendendo quanto era già stato sottolineato dal Ministero del *welfare* nella circ. n. 48/2004, evidenzia anche la funzione, nel corso dell'audizione delle parti, di consulenza ed assistenza per la stipula del contratto e del programma negoziale, attività che deve essere « effettiva » e non meramente burocratica e dovrà quindi essere finalizzata ad evidenziare sia l'esatta qualificazione del rapporto di lavoro che la disponibilità dei diritti eventualmente negoziabili.

La novità dell'istituto della certificazione e l'importanza che lo stesso potrà assumere, anche ai fini di uniformare i comportamenti dell'Istituto sul territorio, specie sul versante del contenzioso, richiede inoltre una conoscenza del fenomeno sia dal punto di vista quantitativo (numero delle richieste di certificazione) che qualitativo (tipologie contrattuali), ed a tale scopo l'Inps ha predisposto una scheda di rilevazione che ciascuna Direzione Regionale dovrà trasmettere con cadenza mensile alla Direzione Centrale di Vigilanza sulle Entrate ed Economia Sommersa ed alla Direzione Centrale Entrate Contributive.

Quanto alle conseguenze della certificazione nei confronti dell'Istituto previdenziale (su cui cfr. in particolare L. PERINA, *La certificazione nell'impianto della Riforma Biagi del mercato del lavoro: finalità, natura ed effetti*, nonché P. RAUSEI, *Efficacia della certificazione a fronte di un'indagine ispettiva*, entrambi in C. ENRICO, M. TIRABOSCHI (a cura di), *op. cit.*), va sottolineato che gli effetti dell'accertamento permangono, anche verso i terzi, fino al momento in cui sia stato accolto, con sentenza di merito, uno dei ricorsi giurisdizionali esperibili ai sensi dell'art. 80 dello stesso decreto, fatti salvi i provvedimenti cautelari.

In caso di discordanza fra il programma negoziale certificato e quello concretamente posto in essere dalle parti, l'esistenza di un atto di certificazione comporta quindi che l'Istituto non potrà più passare direttamente dalla contestazione delle pretese contributive all'azione di recupero del credito, bensì dovrà proporre ricorso giurisdizionale, ex art. 80, d.lgs. n. 276/2003, presso il competente Giudice del Lavoro previo tentativo, obbligatorio di conciliazione avanti la Commissione che ha adottato l'atto di certificazione ai sensi dell'art. 410 c.p.c.

Al riguardo l'Inps ha disposto che, qualora, dalla accertata discordanza fra il programma negoziale certificato e quello concretamente rilevato in sede di visita ispettiva, discendano addebiti contributivi, il funzionario di vigilanza proceda, fermi restando gli altri aspetti della verifica che formeranno oggetto del verbale conclusivo, alla notifica di un distinto verbale ispettivo contenente unicamente gli elementi a sostegno delle ragioni dell'Istituto e la quantificazione, ai soli fini cautelari, delle somme ritenute dovute.

Successivamente gli Uffici procederanno ad esperire il tentativo di conciliazione presso le Commissioni di Certificazione, all'esito del quale gli stessi Uffici assumeranno i conseguenti provvedimenti, quali la ridefinizione o l'annullamento dell'addebito, ov-

vero la trasmissione degli atti all'Avvocatura di Sede per attivare il giudizio dinanzi al Giudice del Lavoro.


Alessandro Corvino
Avvocato del Foro di Bergamo

3. Credito (rinnovi contrattuali)

La contrattazione nazionale del settore del credito. Le novità più significative

Sommario: **3.1.** Una lunga fase negoziale. L'accordo 13 dicembre 2003 in materia di agibilità sindacali. — **3.2.** Il protocollo 16 giugno 2004 sullo sviluppo sostenibile e compatibile del sistema bancario. — **3.3.** I nuovi contratti collettivi nazionali. — **3.4.** L'accordo 5 maggio 2005 sulla proroga della scadenza del Fondo di solidarietà.


3.1. Si è recentemente conclusa una lunga fase negoziale, iniziata circa un anno e mezzo fa, caratterizzata dalla stipulazione, in vari ambiti, di numerosi accordi sindacali tra l'ABI e i Sindacati di settore.

Una prima tappa di fondamentale rilievo per il settore del credito è rappresentata dall'accordo 13 dicembre 2003 (*Testo coordinato degli accordi nel settore del credito in materia di agibilità sindacali*, in  *Boll. Adapt*, 2004, n. 1) (esso attua nel settore bancario lo Statuto dei lavoratori) che, nel rivedere il sistema delle agibilità sindacali, ha realizzato una razionalizzazione complessiva dell'intero impianto, adeguando la disciplina di settore all'evoluzione organizzativa del comparto creditizio, anche con riferimento ai gruppi bancari.

Tale accordo ha, inoltre, il pregio di aver introdotto regole operative e sistematiche, definendo criteri chiari, certi e inderogabili di fruizione dei permessi sindacali per i dirigenti sindacali nazionali e di strutture periferiche territoriali (c.d. permessi « a cedola »); anche attraverso un sistema informatico gestito a livello nazionale che monitora l'effettivo utilizzo dei permessi ed il rispetto delle dotazioni iniziali.

Di recente, poi, nell'ottica di un più efficace funzionamento dei meccanismi in essere, l'ABI e le Organizzazioni sindacali hanno sottoscritto un verbale di accordo che interviene su taluni profili della menzionata intesa del 2003, tra i quali il più significativo è quello attinente alla concentrazione dei permessi sindacali c.d. « a cedola » presso singole aziende.



La norma convenuta modifica il precedente sistema nell'intento di realizzare un'equa ripartizione tra le imprese degli oneri conseguenti all'utilizzo dei permessi in questione: la nuova previsione consente, infatti, un più efficace funzionamento dell'impianto in essere, attraverso l'individuazione di parametri oggettivi cui raffrontare le singole situazioni aziendali, individuando le ipotesi di eccessiva concentrazione di permessi a cedola presso le singole aziende, attraverso la definizione di una specifica percentuale di scostamento rispetto alla media di settore.

3.2. Altro *step* di rilievo nel panorama negoziale del credito è stata la firma, il 16 giugno 2004, del Protocollo sullo sviluppo sostenibile e compatibile del sistema bancario (in  *Boll. Adapt*, 2004, n. 23).

Con tale intesa, l'ABI e le Organizzazioni sindacali hanno sviluppato una più ampia riflessione sulle tematiche connesse al miglior utilizzo delle risorse umane (la cui centralità di ruolo è stata riaffermata), con l'obiettivo di orientare l'evoluzione delle imprese bancarie verso uno sviluppo socialmente sostenibile e compatibile.

I risultati raggiunti con tale intesa, di indubbio rilievo sia a livello nazionale che nel

panorama europeo, testimoniano, ancora una volta, l'efficacia del metodo « concertativo » adottato dalle Parti nel settore creditizio.

3.3. Negli ultimi mesi, poi, hanno visto la luce i nuovi contratti collettivi nazionali del credito: a febbraio quello per le aree professionali ed i quadri direttivi (Testo dell'Accordo di rinnovo del Ccnl per i quadri direttivi e per il personale delle aree professionali dipendenti dalle imprese creditizie, finanziarie e strumentali, 12 febbraio 2005, in  *Boll. Adapt*, 2005, n. 6), ad aprile quello per i dirigenti (*Accordo per il nuovo ccnl dei dirigenti bancari*, 19 aprile 2005, in  *Boll. Adapt*, 2005, n. 15). Si è conclusa così una lunga e articolata trattativa resa ancor più complessa dalle divisioni insorte tra le Organizzazioni sindacali, che hanno comportato che il confronto si svolgesse su più « tavoli » separati.

Ancora oggi, la Fabi — maggior sindacato del settore per numero di iscritti — non ha sottoscritto l'accordo di rinnovo del personale non dirigente, né, per adesione, quello dei dirigenti.

Tali intese hanno rappresentato un efficace equilibrio tra le esigenze di competitività delle imprese bancarie e quelle di salvaguardia del potere di acquisto delle retribuzioni. In particolare, per quanto concerne l'accordo di rinnovo del 12 febbraio 2005 per le aree professionali e i quadri direttivi, gli incrementi retributivi convenuti confermano la linea seguita dalle Parti stipulanti negli ultimi rinnovi contrattuali, volta a definire una dinamica delle retribuzioni coerente con i principi rivenienti dal Protocollo sulla politica dei redditi del 23 luglio 1993.

Si è, pertanto, previsto un aumento complessivo a regime, per il periodo 2004-2005, del 5,8% quale somma di una percentuale dell'1,9% a titolo di recupero del *gap* inflazionistico del biennio 2002-2003, del 2,0% per l'inflazione reale verificatasi nel 2004 ed, infine, di un ulteriore aumento dell'1,9% per il 2005, eventualmente da conguagliare in relazione a quella che sarà l'inflazione reale per l'anno medesimo.

Di significativo rilievo è, anche, la revisione della c.d. scala parametrica per i primi tre livelli dei quadri direttivi, nonché per il 3° ed il 4° livello della 3ª area professionale, conseguente alle modifiche introdotte per la categoria dei quadri direttivi con particolare riguardo alla prestazione lavorativa.

Sui profili normativi, è di particolare rilievo quanto convenuto relativamente alle « Politiche attive per l'occupazione », le cui previsioni contrattuali sono state profondamente innovate tenendo conto delle rilevanti modifiche intervenute sul piano legislativo.

In particolare, alla luce di quanto disposto dal d.lgs. n. 276/2003 (c.d. Legge Biagi) il contratto nazionale disciplina, per la prima volta, l'istituto dell'apprendistato professionalizzante, regolando, anzitutto, quegli aspetti espressamente rinviati dalla legge alla contrattazione collettiva.

I principali contenuti di tale disciplina riguardano: la possibilità di costituire il rapporto a tempo pieno o a part-time; la durata, fissata in 4 anni; la possibilità di un doppio « sottoinquadramento » dei lavoratori per il primo biennio ed un « sottoinquadramento » per il secondo; il riconoscimento, limitato ad un biennio e circoscritto a scatti di anzianità e automatismi, dell'anzianità maturata come apprendista, nel caso di prosecuzione del rapporto di lavoro con contratto a tempo indeterminato al termine del quadriennio; la possibilità di effettuare la formazione nelle misure di legge (120 ore annue) con modalità *e-learning* e *on the job*.

Di particolare rilevanza è, anche, la « Dichiarazione delle Parti » che sostanzialmente invita le aziende che assumano lavoratori con tipologie contrattuali diverse dal rapporto a tempo indeterminato a valutare con la massima disponibilità la possibilità di confer-

mare in servizio gli interessati alla scadenza del relativo rapporto, nella prospettiva di non disperdere il patrimonio umano e professionale acquisito.

Infine, le Parti hanno ritenuto opportuno modulare, attraverso un approccio graduale nel tempo, l'applicazione di altri istituti della riforma Biagi, come il contratto a chiamata e lo *job sharing*, in considerazione delle esigenze del settore del credito, riservandosi di inserire un'appropriata regolamentazione nel Ccnl dopo il 31 dicembre 2005.

Altro aspetto di particolare rilievo dell'intesa in commento è, poi, quanto convenuto in tema di quadri direttivi.

L'introduzione di tale categoria costituì uno dei profili più significativi del Ccnl 11 luglio 1999. La portata di tale innovazione, tuttavia, non consentì allora una completa operazione di armonizzazione delle preesistenti normative afferenti al personale inserito nella nuova categoria: armonizzazione che le Parti nazionali hanno implementato con l'accordo di rinnovo in commento.

Le Parti hanno, infatti, condiviso l'obiettivo di valorizzare la categoria, di elevarne la flessibilità di utilizzo, adottando soluzioni equilibrate rispetto alla necessità di mantenersi nell'ambito di compatibilità economiche generali.

Una delle più interessanti novità per realizzare l'armonizzazione della disciplina dei quadri direttivi, attiene, in particolare, alle modifiche apportate alla normativa sulla prestazione lavorativa, con l'obiettivo di valorizzare il criterio dell'« autogestione » introdotto con il precedente contratto.

Si è, quindi, confermato che la prestazione lavorativa dei quadri direttivi è orientata al raggiungimento di obiettivi e risultati prefissati, nell'ambito di un rapporto fiduciario e con caratteristiche di flessibilità temporale proprie di tale categoria e criteri di « autogestione » individuale che tengano conto delle esigenze operative.

Fermo quanto sopra, l'accordo di rinnovo ha inciso in maniera sensibile sulle modalità di compensazione delle eventuali prestazioni aggiuntive non recuperate attraverso il più volte citato meccanismo dell'autogestione, superando le precedenti previsioni contrattuali in materia, che avevano dato luogo a talune problematiche applicative.

Più in particolare, si è previsto che è rimessa all'azienda, nell'ambito del processo di valutazione della prestazione del singolo lavoratore regolato dal Ccnl, la possibilità di corrispondere al quadro direttivo un'apposita erogazione a fronte di un impegno temporale particolarmente significativo durante l'anno.

Ulteriore, rilevante innovazione rispetto al passato attiene alla disciplina in tema di missioni dei quadri direttivi, il cui nuovo assetto tiene conto — come accennato — della necessità di collocare l'« armonizzazione » dei trattamenti della categoria all'interno di compatibilità economiche generali.

In proposito, il precedente Ccnl prevedeva che, una volta che fosse superato il limite delle quattro giornate di missioni nel mese (per le quali spettava unicamente il rimborso delle effettive spese sostenute per la consumazione dei pasti principali e per il pernottamento), la normativa contrattuale in tema di « diarie » trova applicazione per tutti i giorni di missioni nel mese; in altri termini venivano attratti a tale regime anche i primi quattro giorni.

Rispetto a tale situazione, l'accordo di rinnovo ha espressamente disposto che nei confronti dei quadri direttivi tale meccanismo non opera e, dunque, per gli stessi, il trattamento di diaria resta comunque escluso per i primi 4 giorni di missione nel mese. Anche per quanto concerne le relazioni sindacali si è intervenuti sulla generalità degli istituti previsti dal Ccnl 11 luglio 1999, rivedendo e arricchendo la relativa strumentazione contrattuale.

Tra gli interventi più significativi, si segnala quello relativo all'« incontro annuale », per

il quale si è convenuto di dedicare un'apposita sessione di confronto alla qualità delle risorse umane, sulla base di « indicatori » condivisi tra le Parti ed individuati, a titolo esemplificativo, nel Ccnl.

Di particolare rilevanza è, infine, quanto stabilito con una separata intesa in occasione della definizione dell'accordo 12 febbraio 2005, in tema di computabilità nel trattamento di fine rapporto delle somme versate dalle aziende ai fondi di previdenza integrativa.

Tale accordo riveste notevole rilevanza per il settore in quanto definisce, sul piano sindacale, una questione interpretativa che ha dato luogo ad un rilevante contenzioso, che avrebbe potuto determinare riflessi significativi sul piano degli oneri per le aziende. Con la firma dell'accordo, l'ABI e le Organizzazioni sindacali hanno risolto la problematica — anche con riferimento ai dirigenti — confermando di aver inteso, tempo per tempo, escludere dalla base di calcolo del TFR i contributi versati dalle imprese per il finanziamento dei trattamenti previdenziali riconosciuti al personale delle aziende di credito, anche in considerazione dei complessivi livelli retributivi definiti in sede di contrattazione collettiva.


Più recentemente, è stato anche stipulato l'accordo di rinnovo del Ccnl per i dirigenti del settore, riconfermando sostanzialmente il precedente impianto normativo, in considerazione anche della sua capacità di tenuta consolidata nel periodo di vigenza contrattuale appena concluso.

La notizia, se si vuole, consiste proprio nel fatto che sia stato stipulato ancora una volta un contratto nazionale destinato alla dirigenza che costituisce circa il 2% del personale bancario.

Le Parti hanno previsto i medesimi incrementi tabellari — riferiti al livello economico minimo dei dirigenti — già concordati per il restante personale. Anche le soluzioni individuate sui profili normativi dell'intesa sono in linea, con gli opportuni adattamenti, con quelle già definite per il restante personale.

Le Parti hanno, infine, previsto la costituzione di Commissioni paritetiche in tema di sistema incentivante e azionariato e di rappresentanza sindacale, quest'ultima con il compito di definire i criteri e le modalità per il riconoscimento di organismi sindacali aziendali autonomi per i dirigenti.

3.4. Il più recente risultato di questo lungo periodo negoziale ha riguardato, infine, il « Fondo di solidarietà per il sostegno del reddito, dell'occupazione, della riconversione e riqualificazione professionale del personale dipendente dalle imprese di credito ».

Infatti, il 5 maggio 2005 l'ABI e le Organizzazioni sindacali hanno sottoscritto un accordo che proroga al 30 giugno 2020 la scadenza del Fondo (già fissata al 2010, dal Regolamento in vigore) (in  *Boll. Adapt*, 2005, n. 24).


L'intesa mira a salvaguardare l'esigenza di permettere che il Fondo possa continuare a svolgere la propria funzione di sostegno agli esodi, nel rispetto degli attuali criteri temporali di erogazione dell'assegno straordinario che accompagna i lavoratori in esubero, per un massimo di 60 mesi, alla pensione.

Giancarlo Durante
Direttore Centrale ABI
Responsabile dell'Area Sindacale e del Lavoro

4. Lavoro a progetto

L'accordo campano per la regolamentazione dei rapporti di lavoro a progetto nelle cooperative sociali


Sommario: **4.1.** Premessa. — **4.2.** La negoziazione collettiva in tema di collaborazioni a progetto. — **4.3.** L'accordo campano del 9 febbraio 2005.

4.1. Il 9 febbraio 2005 è stato siglato in Campania uno dei primi accordi concernenti la regolamentazione del lavoro a progetto nelle cooperative sociali (il testo integrale dell'accordo è reperibile in  *Boll. Adapt*, 2005, n. 5). Le parti firmatarie, e cioè gli organismi territoriali di rappresentanza dei collaboratori, da un lato, e l'AGCI, la Confcooperative e la Lega delle Cooperative, dall'altro, hanno però preferito la formula del c.d. « Protocollo d'intenti » piuttosto che quella dell'accordo normativo in senso stretto. Di conseguenza, la natura programmatica dell'accordo in esame non consentirà valutazioni analitiche, non rinvenendosi, in esso, una regolamentazione dettagliata degli istituti disciplinati; tuttavia, l'intesa ha la sua rilevanza, in quanto predispone strumenti — anche originali — volti al miglioramento dell'organizzazione di un sistema complesso quale è quello del lavoro sociale.

Infatti, la cooperazione sociale in Campania rappresenta una realtà economica rilevante e sempre più strutturale e costituisce il settore in cui si ricorre più di frequente a forme contrattuali atipiche. In questa prospettiva, dunque, diviene essenziale l'individuazione di nuove linee di sostegno e consolidamento del lavoro di tali forme societarie.

4.2. In questa sede non sarà possibile dar conto dei principali orientamenti dottrinali sul ruolo dell'autonomia negoziale, specie collettiva, nella disciplina del lavoro a progetto, ciò nonostante è comunque opportuno esaminare brevemente la peculiarità di tale tipo di negoziazione.

L'attività sindacale condotta sin ora è stata intensa anche se sperimentale (cfr. C. LAZZARI, *Il lavoro a progetto fra disciplina legislativa e autonomia collettiva*, in *DLM*, 2004, I, 53) e si è realizzata attraverso la predisposizione di accordi di tipo aziendale e, talvolta, territoriale. La natura decentrata di queste intese discende sia dal difficile inquadramento dei collaboratori « nelle tradizionali categorie merceologiche ... di cui la contrattazione collettiva nazionale è espressione » (G. CELLA, T. TREU, *La contrattazione collettiva*, in G. CELLA, T. TREU (a cura di), *Le nuove relazioni industriali. L'esperienza italiana nella prospettiva europea*, Il Mulino, Bologna, 1998, 187), sia dalla difficile individuazione di organismi di rappresentanza collettiva dei lavoratori e dei datori di lavoro (basti pensare al primo Ccnl per le collaborazioni coordinate e continuative dell'8 aprile del 1998 che è stato sottoscritto, secondo una parte della dottrina, « da sigle della cui reale rappresentatività sembra lecito dubitare »; per una completa bibliografia sul tema v. C. LAZZARI, *Rapporti di collaborazione e tutela collettiva: i primi tentativi di regolazione sociale*, in *DML*, 2001, 62).

Del resto, la scelta del livello decentrato, quale sede ideale della contrattazione delle collaborazioni coordinate, è un *trend* costante e lo dimostra anche un recente contratto aziendale che disciplina analiticamente le collaborazioni a progetto (per il testo integrale dell'accordo sottoscritto il 13 gennaio 2005 dal Gruppo COS di Palermo e le organizzazioni sindacali di categoria consulta  *Boll. Adapt*, 2005, n. 7).

4.3. Passando all'analisi dell'accordo siglato in Campania, vanno innanzitutto messe a fuoco le principali aree tematiche su cui l'intesa insiste: finalità, profili retributivi e formativi; tenendo presente che in tali ambiti si individuano indicazioni di principio e

non articolate, stante, come già detto, la natura meramente programmatica dell'accordo.

Gli organismi di rappresentanza territoriale dei collaboratori a progetto e le associazioni datoriali concordano sulla necessità che la flessibilità, intrinseca al lavoro sociale, non debba costituire uno strumento per incidere negativamente sul sistema di tutele e garanzie dei lavoratori impegnati in questo settore. A tal fine, infatti, l'accordo si prefigge l'obiettivo di « proporre un modello di contratto di collaborazione a progetto, con particolare riferimento all'estensione dei diritti e delle tutele per prevedere forme di tutela contrattuale ».

Inoltre, è previsto il coinvolgimento della Regione Campania e dell'Associazione Nazionale Comuni Italiani per l'istituzione di un Osservatorio Regionale al quale si attribuiscono accanto ad ampi poteri di monitoraggio, anche funzioni di promozione e sperimentazione di strumenti volti al miglioramento delle condizioni di lavoro dei collaboratori a progetto. In particolare, i poteri di controllo si esplicano con riguardo alle eventuali violazioni della normativa del lavoro (in special modo, delle norme in materia di sicurezza sul lavoro) e in materia di competenze dei lavoratori. Su un altro versante, sono attribuiti all'Osservatorio Regionale compiti di promozione di percorsi formativi e di aggiornamento professionale; di sperimentazione di strumenti di certificazione e riconoscimento delle competenze acquisite; di analisi delle caratteristiche delle collaborazioni a progetto e di creazione di strumenti finalizzati a rendere più tutelato il lavoro dei collaboratori.

La novità più interessante introdotta dall'accordo concerne, tuttavia, il profilo retributivo. Infatti, le parti — nel prevedere la fissazione di « un corrispettivo minimo per i collaboratori a progetto, ove il minimo netto, inserito nel contratto individuale, non sia inferiore al salario netto di un lavoratore di pari professionalità stabilito dal CCNL di riferimento » — predispongono l'istituzione di un tariffario, la cui realizzazione sarà di competenza dell'Osservatorio Regionale. Pertanto, una funzione che da sempre è assolta dal contratto collettivo, ossia quella di determinare il trattamento economico, in questa sede, viene delegata ad un organismo bilaterale quale è, appunto, l'Osservatorio, già di per sé soggetto peculiare in ragione delle funzioni che l'accordo gli attribuisce. Passando al merito della disposizione citata, va posto in luce il criterio di determinazione del corrispettivo. Tale criterio si discosta nettamente da quello delle « analoghe prestazioni di lavoro autonomo » sancito dal legislatore del d.lgs. n. 276/2003. L'art. 63 del provvedimento citato, infatti, dispone che il corrispettivo deve tener conto dei « compensi corrisposti per analoghe prestazioni di lavoro autonomo nel luogo di esecuzione del rapporto ». In tal caso, sembra che le parti si siano richiamate addirittura alle indicazioni provenienti dal disegno di legge Smuraglia e dalla Relazione di accompagnamento al disegno di legge delega della l. n. 30/2003. Infatti, in base a tali provvedimenti, l'entità del corrispettivo non sarebbe potuta essere inferiore ai « minimi previsti, per prestazioni analoghe, dalla contrattazione collettiva del settore o della categoria affine ». Per tale profilo, dunque, l'accordo si inserisce in quella schiera di contratti collettivi — soprattutto siglati nella fase iniziale per cui fortemente influenzati dal ddl n. 2049/1999 — che riprendono la formula del « minimo contrattuale » al fine di scongiurare il pericolo di un abbassamento eccessivo del costo del lavoro (cfr. con gli accordi Promolavoro di Firenze, 20 aprile 1999; Confesercenti della Provincia di Firenze, 2 giugno 1999; l'Istituto degli Innocenti del 12 aprile 2000; l'Azienda Usl 10 di Firenze del 14 aprile 2000; l'Ires di Firenze del 16 dicembre 1998; e *amplius*, C. LAZZARI, *Il lavoro a progetto*, cit., 57; ID., *Rapporti di collaborazione*, cit., 61, 66).

Infine, la formazione professionale. Rientrando tale materia nelle competenze istituzionalmente attribuite alle Regioni, il contratto ripartisce le competenze in materia di

promozione dei progetti formativi e di aggiornamento professionale dei lavoratori a progetto, tra l'ANCI e la Regione Campania, le quali opereranno per il tramite dell'Osservatorio Regionale.

In conclusione, dunque, l'accordo — sebbene programmatico — si pone come un ottimo punto di partenza per un maggiore e più efficace intervento dell'autonomia collettiva nei processi di cambiamento riguardanti il complesso settore delle collaborazioni a progetto.


Anna Maria Montrone

*Dottoranda di ricerca in Relazioni di lavoro internazionali e comparate
Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia*

5. Mercato del lavoro

Il mercato del lavoro nella legislazione regionale: la legge della Regione Marche 25 gennaio 2005, n. 2


Sommario: **5.1.** La nozione di « tutela e sicurezza del lavoro ». — **5.2.** L'adeguamento del modello regionale dei servizi per l'impiego alla riforma Biagi. — **5.3.** Le norme « promozionali ».

5.1. La legge della Regione Marche 25 gennaio 2005, n. 2, intitolata *Norme regionali per l'occupazione, la tutela e la qualità del lavoro* (vedi la relativa deliberazione legislativa approvata dal Consiglio Regionale il 19 gennaio 2005, in  *Boll. Adapt*, 2005, n. 2) si caratterizza per lo sforzo quantitativamente e qualitativamente rilevante di utilizzare la potestà legislativa concorrente riconosciuta alle Regioni in materia di lavoro con la riforma del Titolo V della Costituzione.

Sino ad oggi la legislazione regionale ha esplorato poco, ed in maniera incerta, gli spazi aperti dalla riforma; questa inerzia è probabilmente in gran parte dovuta alla scarsa chiarezza della norma costituzionale (l'art. 117 Cost.) che, per designare la materia attribuita alla potestà legislativa concorrente Stato-Regioni, utilizza la vaga ed imprecisa nozione di « tutela e sicurezza del lavoro ».

L'imprecisione della formula è aggravata dal fatto che mancano nel nostro ordinamento, anche a livello di legislazione ordinaria, precedenti che possano contribuire a riempirla di significato, non potendo essere annoverata tra questi la differente nozione di « salute e sicurezza sui luoghi di lavoro ».

L'endiadi costituzionale è stata in parte ricostruita dalla dottrina che ha dedicato alla tematica un intenso sforzo interpretativo (per una ampia panoramica delle posizioni sul tema cfr. AA.VV., *Il nuovo titolo V della Costituzione. Stato/Regioni e Diritto del Lavoro*, in *LPA*, 2002, n. 1, suppl. 1), culminato nella definizione di un criterio di ripartizione della potestà legislativa fondato sulla bipartizione tra il « mercato del lavoro » (di competenza concorrente) e il « rapporto di lavoro » (oggetto di potestà legislativa esclusiva statale, in quanto nozione riconducibile a quella di ordinamento civile).

Tale ricostruzione, su cui si è attestata la quasi unanimità della dottrina, ha trovato una conferma nella recente pronuncia della C. Cost. 28 gennaio 2005, n. 50, (in  *Boll. Adapt*, 2005, n. 4) la quale ha utilizzato il binomio mercato-rapporto del lavoro come criterio distintivo tra la potestà legislativa concorrente e quella esclusiva dello Stato; la Corte, peraltro, ha utilizzato tale criterio in maniera dinamica, in quanto ha evidenziato sia la necessità di evitare rigide bipartizioni di competenza, sia quella di tenere presente la portata intersettoriale della competenza statale in materia di « determinazione dei

livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti in tutto il territorio nazionale », di cui all'art. 117, comma 2, lett. *m*).

Nonostante il contributo della dottrina e della Corte Costituzionale, i dubbi interpretativi connessi alla nuova ripartizione di potestà legislativa non possono ancora ritenersi dissipati, in quanto il criterio distintivo basato sul binomio mercato-rapporto lascia ancora aperto il problema dell'individuazione delle « materie » che, in concreto, possono essere ricondotte all'una o all'altra categoria.

Tale operazione non sempre è agevole, se si considera che ormai da tempo le linee di demarcazione fra rapporto e mercato del lavoro si sono andate oscurando (cfr. da ultimo A. LASSANDARI, *La disciplina del mercato del lavoro nel nuovo disegno costituzionale*, in *RGL*, 2002, 240), come è ben visibile nei molteplici interventi pubblicistici da cui è stata interessata la disciplina dei rapporti di lavoro (si pensi agli interventi relativi alla costituzione del rapporto nel collocamento c.d. speciale — un tempo anche in quello ordinario — a quelli riguardanti le condizioni del licenziamento collettivo, alla disciplina dell'orario legata ai profili della salute e della sicurezza, fino alle regole sullo svolgimento dei rapporti misti di formazione lavoro. Sul punto cfr. T. TREU, *La riforma dei servizi per l'impiego e le competenze regionali*, in M. MAGNANI, P. VARESI (a cura di), *Organizzazione del mercato del lavoro e tipologie contrattuali*, Giappichelli, Torino, 2005, 50-63).

Rispetto a questo tema, la legge della Regione Marche assume una valenza interpretativa notevole in quanto contiene una ampia ed estesa « elencazione » delle materie ritenute di competenza regionale concorrente.

Alcune di queste materie sono pacificamente riconducibili nell'alveo della potestà legislativa regionale; si pensi ai servizi per l'impiego (Titolo II, art. 9-15), la cui riconduzione all'interno della nozione di « tutela e sicurezza del lavoro » è pacifica, come ha confermato anche la Corte Costituzionale nella citata sentenza n. 50/2005, secondo cui « ... quale che sia il completo contenuto che debba riconoscersi alla materia 'tutela e sicurezza del lavoro', non si dubita che in essa rientri la disciplina dei servizi per l'impiego ed in specie quella del collocamento ».

Un'altra materia disciplinata dalla legge regionale che, al pari dei servizi per l'impiego, è in genere pacificamente ricondotta alla competenza concorrente, è quella delle politiche attive (Titolo III), che peraltro nella legge regionale vengono configurate con una accezione molto ampia; infatti, accanto a interventi di carattere più tradizionale, non mancano alcuni spunti innovativi, come ad esempio la norma che prefigura il riconoscimento di misure di sostegno al reddito legate a percorsi di inserimento lavorativo.

All'interno del Titolo dedicato alle politiche attive rientrano poi delle misure, che la legge regionale definisce come strumenti per la promozione della « qualità del lavoro », accomunate dalla caratteristica di promuovere forme di adesione volontaria all'adozione di comportamenti « virtuosi » (cfr. *infra*).

Tali norme abbracciano temi molto diversi tra loro, alcuni dei quali tradizionalmente poco considerati dalla legislazione regionale, quali la valorizzazione della responsabilità sociale dell'impresa, la promozione dell'emersione dal lavoro irregolare, la promozione della salute e della sicurezza sui luoghi di lavoro.

La « dilatazione » della potestà legislativa regionale verso queste tematiche è agevolata dalla natura « promozionale » delle norme stesse; infatti, nel momento in cui queste norme non pongono precetti prescrittivi ed inderogabili, il tema del riparto di potestà legislativa si sdrammatizza, atteso che nel nuovo impianto costituzionale non risulta esclusa la possibilità di interventi legislativi di natura meramente promozionale della Regione anche rispetto a tematiche per le quali essa è sprovvista di potestà legislativa. Così, ad esempio, anche se si esclude la potestà legislativa della Regione di stabilire

norme prescrittive in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro, attesi i numerosi profili di ordinamento civile in essa presenti, sembra difficile negare la legittimità di una norma, come l'art. 33 della legge regionale, diretta a promuovere l'adozione di comportamenti volontari tesi a migliorare l'applicazione della normativa vigente.

Ovviamente, resta ferma l'esigenza, sottolineata anche in passato dalla Corte Costituzionale, che siffatti interventi non incidano sui principi fondamentali che regolano la materia, e che le norme regionali non si concretizzino nell'introduzione di strumenti coercitivi che finirebbero con incidere sui profili di ordinamento civile (in particolare, la sentenza 19 dicembre 2003 n. 359, in *FI*, 2004, I, 1692, avente ad oggetto la legge della Regione Lazio n. 16/2002 — Disposizioni per prevenire e contrastare il fenomeno del *mobbing* nei luoghi di lavoro — che ha evidenziato che « le Regioni possono intervenire, con propri atti normativi, anche con misure di sostegno idonee a studiare il fenomeno in tutti i suoi profili e a prevenirlo o limitarlo nelle sue conseguenze. Deve, viceversa, ritenersi certamente precluso alle Regioni di intervenire, in ambiti di potestà normativa concorrente, dettando norme che vanno ad incidere sul terreno dei principi fondamentali, che è quanto si è verificato nel caso di specie »).

Un discorso a parte merita il tema della formazione, che la legge regionale (Titolo III, Capo I) affronta per gli aspetti connessi con le politiche attive del lavoro.

In forza del nuovo metodo di riparto delle competenze, fondato sulla attribuzione alle Regioni di una potestà legislativa generale (cfr. art. 117, comma 4, Cost.) la materia della formazione professionale dovrebbe, in teoria, ritenersi oggetto di competenza legislativa regionale piena ed esclusiva, con, ovviamente, i limiti generali che vincolano tutta la legislazione statale e regionale (il rispetto della Costituzione, dell'ordinamento comunitario e degli obblighi internazionali).

Questo criterio, apparentemente agevole, di sistemazione della materia è tuttavia meno chiaro di quanto possa apparire, se si considera che in ogni caso la potestà esclusiva delle Regioni dovrà necessariamente tenere conto dei limiti generali che derivano dalla riserva allo Stato di competenza legislativa esclusiva per la « determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali ».

Tale profilo è stato richiamato anche dalla Corte Costituzionale che, nella recente sentenza n. 50/2005, ha evidenziato che nella materia dell'apprendistato « ... le molteplici interferenze di materie diverse non consentono la risoluzione delle questioni stesse sulla base di rigidi criteri ... ».

Questa « stratificazione » di competenze fa sì che la disciplina dell'unico contratto formativo esistente dopo l'abrogazione del contratto di formazione e lavoro — l'apprendistato — finisca per coinvolgere verticalmente sia la competenza esclusiva dello Stato, sia la competenza concorrente Stato-Regioni, sia infine quella esclusiva delle Regioni, come emerge chiaramente già nel complesso meccanismo regolatorio che la riforma Biagi dedica a questa tipologia contrattuale.

In questo quadro il legislatore regionale, pur avendo un ruolo centrale nella disciplina degli aspetti formativi del contratto, potrà regolamentare gli aspetti di sua competenza solo dopo aver esperito complessi percorsi di concertazione istituzionale e sociale.

Nel caso della legge regionale delle Marche, è evidente come questo percorso non sia ancora compiuto. Essa infatti, nel capo intitolato « lavoro e formazione », prevede una serie di strumenti ed azioni finalizzati, in generale, ad integrare gli strumenti di politica del lavoro con quelli formativi, mentre rispetto alla specifica materia dell'apprendistato si limita a fissare unicamente l'iter procedimentale necessario per l'attivazione delle diverse tipologie (fatto salvo l'art. 17, ultimo comma, il quale prevede che « la formazione teorica da espletarsi nel corso dell'apprendistato deve essere svolta ...

secondo le modalità previste dalla contrattazione e comunque, in prevalenza, esternamente all'azienda »).

5.2. All'interno della legge regionale è possibile rinvenire un filone di interventi finalizzati all'adeguamento del modello regionale di organizzazione dei servizi per l'impiego alle innovazioni introdotte con la riforma Biagi.

Anche queste misure sembrano caratterizzate da un costante riferimento ai principi ed agli istituti che hanno fatto il proprio ingresso nella Carta Costituzionale con la riforma del 2001.

In particolare la legge, nel disegnare il nuovo sistema regionale dei servizi per l'impiego, declina il principio di sussidiarietà, che si è affacciato formalmente nella Carta Costituzionale solo con la riforma del Titolo V, nella sua doppia specificazione di « sussidiarietà verticale » (art. 118, comma 1, e art. 120, comma 2), e di « sussidiarietà orizzontale » (art. 118, comma 3) (la costituzionalizzazione del principio è stata certamente favorita dal riferimento esplicito fatto dal legislatore con la l. n. 59/1997, e dai numerosi contributi della dottrina i quali, recependo la produzione legislativa e giurisprudenziale dell'ordinamento comunitario, hanno creato un contesto culturale e giuridico favorevole all'assimilazione di istituti « pensati » e costituiti in ambito europeo, cfr. G. ARRIGO, *Osservazioni sulla riforma del Titolo V della Costituzione. Il lavoro tra diritto comunitario e diritto interno*, in *LPA*, 2002, n. 1, suppl.), ed anche i connessi principi di differenziazione e adeguatezza (art. 118) che impongono, nella dislocazione delle funzioni amministrative a livello locale, di tener conto delle dimensioni e della capacità di governo dei singoli enti, oltre che del principio di « leale collaborazione » (art. 120, comma 2).

La declinazione in senso « verticale » del principio di sussidiarietà è ben visibile nei criteri utilizzati dal legislatore regionale per operare la ripartizione tra la Regione e le Province dei compiti e delle funzioni in materia di organizzazione e gestione del mercato del lavoro locale (artt. 2, 7).

Tale ripartizione viene infatti operata dislocando l'amministrazione a livello locale, e mantenendo a livello regionale solo i compiti e le funzioni che richiedono un esercizio unitario su tutto il territorio, superando il tradizionale criterio del parallelismo tra le funzioni legislative ed amministrative.

Così, alla Regione vengono assegnate le funzioni di programmazione e di indirizzo in materia di politiche del lavoro, il monitoraggio, il controllo e la valutazione delle attività inerenti le politiche del lavoro, l'analisi delle tendenze e dei fenomeni relativi al mercato del lavoro.

Al contrario, alle Province (individuate, tanto dal d.lgs. n. 469/1997, quanto dalla Legge Biagi, come i soggetti chiamati a gestire i nuovi servizi pubblici per l'impiego) viene assegnato il compito di gestire in concreto le funzioni ed i compiti connessi ai servizi per l'impiego.

Il principio di sussidiarietà viene declinato dalla legge regionale anche in senso « orizzontale », nel momento in cui essa prefigura, coerentemente con l'impostazione dettata sia dal d.lgs. n. 469/1997 sia, in misura più accentuata, dalla riforma Biagi, la costruzione di un sistema dei servizi per l'impiego nel quale operano, in regime di concorrenza o di raccordo a seconda degli ambiti di attività, tutti i soggetti, pubblici e privati, che svolgono funzioni nel mercato del lavoro.

In particolare la legge, oltre a dare attuazione alle norme previste dal d.lgs. n. 276/2003 in materia di autorizzazione regionale, valorizza il momento della collaborazione tra pubblico e privato, che viene dotata di strumenti in grado di agevolare l'instaurazione di forme qualitativamente elevate di cooperazione.

Si fa riferimento, in particolare, all'istituzione delle procedure di « accreditamento » dei

soggetti che intendano svolgere servizi al lavoro, la cui costruzione viene delineata, ma non imposta, dalla stessa riforma Biagi.

L'art. 7 del d.lgs. n. 276/2003, superando alcune imprecisioni tecniche che caratterizzavano la vecchia disciplina dell'accreditamento contenuta nell'art. 10 del d.lgs. n. 469/1997 (dove esso, nonostante il nome, aveva funzioni e struttura analoghe a quelle dell'autorizzazione) caratterizza l'accreditamento come uno strumento finalizzato a selezionare quegli organismi cui potrebbero essere affidati dalla Pubblica Amministrazione i servizi per l'impiego.

La legge regionale (art. 12) sviluppa in modo coerente questo disegno normativo, dotando il sistema regionale di un filtro in grado di selezionare, sulla base di criteri di qualità e serietà, i possibili *partners* cui la Regione e le Province potranno affidare lo svolgimento di servizi specialistici.

La legge non prefigura tuttavia una « esternalizzazione » indiscriminata di servizi ai soggetti privati, ma richiede (art. 13) il rispetto di alcune condizioni per poter affidare loro lo svolgimento di servizi (economicità del ricorso al soggetto privato, impossibilità del servizio pubblico a svolgere il servizio da affidare, assenza di oneri in capo ai lavoratori per la fruizione dei servizi erogati). Inoltre, la legge si preoccupa di far scaturire dalla collaborazione pubblico-privato dei risultati durevoli; a tal fine, prevede l'obbligo per i soggetti affidatari di « trasferire » alla Regione ed alle Province le buone pratiche realizzate, nonché le informazioni e i dati relativi all'attività svolta e ai risultati conseguiti.

5.3. La legge, come accennato, contiene una serie di norme aventi una duplice natura, sia preventiva sia promozionale, finalizzate ad aumentare il livello « qualitativo » del mercato del lavoro.

Tali norme postulano una interessante declinazione a livello regionale della tecnica, sempre più emergente, delle *soft laws*, cioè di quelle norme che mirano ad orientare l'attività dei soggetti destinatari al raggiungimento di un determinato obiettivo finale, senza predeterminare in maniera minuziosa quali comportamenti debbano essere adottati per il loro raggiungimento.

L'emergenza di queste tecniche, il cui utilizzo è caldeggiato già dal *Libro Bianco sul mercato del lavoro in Italia*, è rintracciabile innanzitutto a livello comunitario, sia negli orientamenti definiti annualmente dal Consiglio Europeo, nell'ambito della Strategia europea per l'occupazione, sia negli accordi stipulati dalle parti sociali comunitarie, che iniziano ad assumere la forma di « linee guida ».

Molte delle norme della legge regionale che utilizzano queste tecniche nascono in realtà in un contesto normativo, quello della potestà legislativa regionale, che precluderebbe in ogni caso l'adozione, su determinate materie, di discipline di tipo tradizionale; tuttavia, anche in presenza di questa motivazione contingente, esse costituiscono delle interessanti forme di sperimentazione di norme alternative alla tradizionale impostazione precettiva e prescrittiva.

Si pensi, ad esempio, alla norma (art. 29, comma 2) che prevede il sostegno ai processi aziendali di trasformazione organizzativa e di innovazione tecnologica finalizzati alla stabilizzazione dei rapporti di lavoro, o a quella (art. 32) dedicata al tema della « responsabilità sociale dell'impresa ».

La tematica sta progressivamente entrando nell'agenda delle politiche del lavoro, sia comunitarie sia nazionali, in quanto la società esprime, in modo sempre più intenso, una spiccata sensibilità all'impatto non solo imprenditoriale dell'attività delle aziende, su temi quali la sostenibilità dello sviluppo, le implicazioni sociali dell'attività, le condizioni di lavoro e l'ambiente circostante (cfr. il progetto del MINISTERO DEL LAVORO E DELLE

POLITICHE SOCIALI, *Responsabilità sociale delle imprese*, in www.minwelfare.gov.it).

La legge regionale prevede la promozione dell'utilizzo di quegli strumenti volontari tesi a « misurare » l'impatto sociale dell'impresa, quali il bilancio sociale e la certificazione etica, che vengono valorizzati come utili a garantire la qualità, la sicurezza e la regolarità delle condizioni di lavoro ed assicurare uno sviluppo « sostenibile ».

Per le medesime finalità, la legge prevede forme di sostegno (che potrebbero consistere tanto in incentivi quanto in meccanismi premiali, quali marchi di qualità sociale, ecc.) alle iniziative imprenditoriali, concordate con le organizzazioni sindacali, che siano finalizzate al miglioramento dei livelli di salute, di sicurezza, di qualità del lavoro, all'ampliamento delle forme di partecipazione dei lavoratori all'impresa, alla tutela delle condizioni ambientali.

Infine, altri esempi di norme promozionali si rintracciano nelle norme dedicate alla conciliazione dei tempi di vita, di cura e di lavoro (art. 24), all'emersione del lavoro irregolare (art. 34) ed alla materia della sicurezza sui luoghi di lavoro (art. 33). Per quanto concerne quest'ultimo aspetto, la legge regionale, sempre utilizzando una tecnica promozionale, prevede la realizzazione, anche in collaborazione con gli organismi paritetici di cui all'art. 20 del d.lgs. n. 626/1994, di azioni specifiche sul territorio, finalizzate ad informare adeguatamente sui rischi derivanti dall'attività lavorativa, e a diffondere la cultura della prevenzione e della sicurezza.

Giampiero Falasca
Avvocato del Foro di Roma

5. Mercato del lavoro (segue)

Nota di commento alle « Proposte per lo sviluppo e la competitività del sistema economico marchigiano »

5.4. Chissà, se potrà aiutare il fatto che si tratti di « un accordo che non ha precedenti, in fatto di unità d'intenti per il sistema produttivo locale », come si è commentato a caldo tra i segretari sindacali regionali, co-firmatari delle « Proposte per lo sviluppo e la competitività del sistema economico marchigiano » (in *Boll. Adapt*, 2005, n. 11), recentemente sottoscritte tra le parti sociali del mondo produttivo della Regione.

E chissà — soprattutto — se ciò servirà a porre decisamente l'economia al centro dell'agenda politica, come indicato dal Presidente di Confindustria Marche Maria Paola Merloni.

In effetti, il documento d'intesa predisposto da industriali, artigiani e organizzazioni sindacali la scorsa primavera è stato principalmente pensato appunto come un contributo a beneficio del nuovo Governo della Regione Marche, in vista delle imminenti elezioni amministrative regionali.

Ma, come dichiarato dai firmatari nella premessa, questo progetto condiviso e comune intende « sfidare in primo luogo noi che lo proponiamo », al fine di promuovere — ciascuno per il proprio ruolo — la realizzazione di una politica che sappia agire sia sull'offerta che sulla domanda dei fattori.

L'elaborato si articola sostanzialmente in quattro aree tematiche (lavoro & formazione, politiche industriali, internazionalizzazione, territorio & reti) e in questa sede viene commentata la sola prima parte, denominata « la qualità del lavoro e della formazione nella società della conoscenza ».

È proprio dalla conoscenza, dal c.d. *lifelong learning*, che prende lo spunto la tematica del lavoro, nell'*incipit* della relativa sezione del documento.

Da un lato, evidenziando come le Marche rappresentino un'area che ha beneficiato — nei tempi recenti — di un positivo *trend* di sviluppo economico e occupazionale.

Dall'altro lato, peraltro, sottolineando con consapevolezza come il rallentamento dell'ultimo periodo imponga verosimilmente strumenti più articolati che in passato e percorsi nuovi.

« Un aumento di adattabilità », di tutte le parti in campo, quale requisito essenziale per affrontare i cambiamenti in atto.

Così, in una logica di condivisione e sostenibilità, e con l'obiettivo di « creare un ambiente favorevole all'attività economica », proprio la conoscenza viene individuata quale leva cardine per lo sviluppo.

Valorizzando — come evidenziato nel seguito dell'intesa, in particolare nella specifica area B dedicata appunto a « istruzione e formazione » — anche quella « conoscenza tacita che nasce sul campo » e che si accompagna alla « conoscenza formale », riconoscendo il ruolo formativo dell'impresa dotata dei requisiti definiti dalle parti sociali, canalizzando infine le politiche della formazione verso i reali fabbisogni espressi dalla realtà economica locale.

In tale quadro, « in un contesto lavorativo sempre più caratterizzato dalla flessibilità e dalla necessità di rimanere competitivi sul mercato », le parti individuano nella formazione continua uno strumento chiave per lo sviluppo delle imprese e la crescita delle persone.


Vengono indicate, in questa prospettiva, una serie di misure, analogamente « flessibili e adattabili alle esigenze delle imprese e dei lavoratori ».

Viene inoltre richiamata la qualità dei sistemi formativi, quanto alla certificazione, alla spendibilità, nonché all'adeguata valutazione dei processi formativi formali ed informali (ad es. in termini di bilancio di competenze).

E infine si sottolinea l'esigenza di semplificazione di tempi e procedure, a garanzia della miglior coerenza fra contenuti progettuali ed esigenze di attuazione.

Sul connesso tema degli strumenti di analisi, a supporto delle politiche del lavoro e della formazione, si avverte l'esigenza di un'armonizzazione delle fonti, onde « evitare moltiplicazioni di analisi sul territorio ».

Tra i capitoli più significativi dell'intesa si pone la c.d. area A « del lavoro », numerata in quattro paragrafi e identificata dal *payoff* « conseguire una più alta qualità del lavoro anche come sostegno alla competitività del sistema ».

Tale parte del documento va letta anche alla luce della l.r. Marche n. 2/2005 su « occupazione, tutela e qualità del lavoro », approvata dal Consiglio nell'ultima fase della precedente legislatura (vedi la relativa deliberazione legislativa approvata dal Consiglio Regionale il 19 gennaio 2005, in  *Boll. Adapt*, 2005, n. 2).


Nonché, alla luce dei chiarimenti interpretativi sulle rispettive competenze statali e regionali, forniti dalla Corte costituzionale con la nota pronuncia n. 50/2005, intervenuta successivamente alla pubblicazione della predetta disciplina regionale, ma nel corso del negoziato del documento d'intesa.

Riprendendo una gran parte dei contenuti della normativa regionale, le parti sociali — nei paragrafi 2, 3 e 4 — hanno quindi dato concretezza ad una serie di priorità.

Promuovendo, come detto nella rubrica del paragrafo 2, e sulla base di quanto sopra richiamato, « politiche dirette a favorire l'accesso (e la permanenza) nel mercato del lavoro in condizioni di regolarità normativa », in particolare ai fini di contrasto al lavoro sommerso.

Evidenziando come la stabilizzazione del lavoro sul territorio trovi un importante presupposto nel previsto sostegno pubblico regionale ai processi aziendali di trasformazione organizzativa, oltre che verso i nuovi insediamenti.

Richiamando l'esigenza di dare attuazione alla sperimentazione di progetti o piani di formazione, inserimento e riqualificazione professionale previsti dalla normativa regionale o statale, a favore dei c.d. soggetti svantaggiati (tematica, *by the way*, recentemente

semplificata nelle procedure dalla novella contenuta nella l. n. 80/2005, di conversione del d.l. sulla competitività, in  *Boll. Adapt*, 2005, n. 19 e, a commento, la nota di P. RAUSEI in questo osservatorio).

Evidenziando l'urgenza di dare estesa applicazione all'istituto dell'apprendistato professionalizzante, dando priorità (come poi in qualche modo novellato dalla stessa l. n. 80 sopra citata) « a quanto stabilito dalle parti nella contrattazione collettiva o nei relativi accordi interconfederali ».

Sul tema delle « politiche gestionali », viene ripreso specificamente il tema dell'adattabilità, sia delle imprese sia della prestazione lavorativa, richiamando in particolare « l'esigenza di dare attuazione ai previsti incentivi regionali verso progetti sperimentali proposti da imprese che applichino accordi contrattuali di flessibilità ».

E infine, nel paragrafo sulle crisi occupazionali, oltre ad uno specifico sostegno all'azione delle parti sociali, si evidenzia l'opportunità di dare attuazione agli ulteriori interventi di integrazione al reddito a favore dei lavoratori sospesi o licenziati, in attesa della riforma degli ammortizzatori sociali.

Previsione, quest'ultima, che si è successivamente concretizzata, tramite un accordo tra tutte le parti in questione, formalizzato nello scorso mese di maggio presso il Ministero del lavoro ed esaurientemente interpretato dalla Regione, ponendo attenzione alle esigenze delle aziende e dei lavoratori in situazione di difficoltà.

Gianluigi Pasqualetto
Direttore Assindustria Ancona
(su delega alla materia da Confindustria Marche)

5. Mercato del lavoro (segue)

I richiedenti asilo e l'accesso al mercato del lavoro in Italia tra legislazione internazionale, progetti di riforma e prassi quotidiana

Sommario: **5.5.** Chi sono i richiedenti asilo? — **5.6.** I richiedenti asilo e il mercato del lavoro. — **5.7.** Ipotesi di accesso al mercato del lavoro in Italia per i richiedenti asilo.

5.5. Per affrontare la questione del rapporto tra richiedenti asilo e mercato del lavoro nel nostro Paese è innanzitutto necessario un distinguo, tutt'altro che scontato, in ordine alla natura e alle implicazioni dello *status* di « richiedente asilo ». Questi soggetti infatti, all'interno del *mare magnum* dei migranti (economici, umanitari, regolari, clandestini), si trovano in una posizione assai particolare. Essi vivono una parentesi necessariamente transitoria, in quanto « richiedenti », che alla prova dei fatti non si rivela tale; o almeno, non transitoria quanto dovrebbe.

Questa dilatazione temporale complica notevolmente l'indagine in ordine alla effettiva possibilità per i richiedenti asilo di usufruire dell'accoglienza prevista, tanto a livello costituzionale che legislativo, dal nostro sistema giuridico. Da un lato, infatti, esiste l'astratta previsione di una procedura per il riconoscimento dello *status* di rifugiato; dall'altro, i problemi connessi con un effettivo vuoto legislativo rispetto al tempo trascorso dai richiedenti sul territorio mentre la loro domanda viene esaminata.

In Italia, la procedura per il riconoscimento dello *status* di rifugiato ha conosciuto di recente cambiamenti e svolte, tanto nella regolamentazione quanto a livello giurisprudenziale. Senza scendere nel particolare dei tanti problemi interpretativi e non che assillano la vicenda, giova riassumere per sommi capi la situazione.

In Italia esistono due generi di asilo « politico » — definizione imprecisa ma indubbiamente invalsa nell'uso (è infatti « politico », nel significato più vero, l'asilo disciplinato

direttamente dalla Costituzione; mentre la procedura, di cui si dirà più avanti, discendente dalla Convenzione di Ginevra si riferisce ad un tipo di protezione più esteso): uno discende direttamente dal dettato costituzionale, l'altro è conseguenza della Convenzione di Ginevra sullo *status* di rifugiato siglata il 28 luglio 1951 (nonché del suo protocollo di attuazione approvato a New York il 31 gennaio 1967). La Costituzione italiana, art. 10, comma 3, statuisce che « lo straniero, al quale sia impedito nel suo paese l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana, ha diritto d'asilo nel territorio della Repubblica ». Ad oggi, questa previsione costituzionale non ha ricevuto riscontro legislativo; rimane applicabile ma interessa un numero esiguo di soggetti nella pratica; giova inoltre ricordare come l'indagine in ordine all'esercizio delle libertà democratiche (meglio: alla loro limitazione) sia personalissima e da svolgersi con attenzione « caso per caso ».

Più rilevante nella realtà migratoria dei nostri giorni, nonché negli sviluppi normativi, è la procedura cosiddetta « convenzionale ». Regolata negli anni da diversi provvedimenti, ma mai da una legge organica *ad hoc*, la procedura per l'ottenimento dello *status* di rifugiato in Italia (allo stato attuale, la norma di riferimento per l'ingresso in Italia dei richiedenti asilo e la successiva domanda d'asilo rimane la c.d. Legge Martelli — l. n. 39/1990, art. 1) può essere delineata, per sommi capi, in tre momenti fondamentali. Innanzitutto la presentazione della domanda d'asilo, che avviene all'ingresso dello straniero in territorio italiano ed è ricevuta dalle autorità di polizia (tanto al momento dell'ingresso, quanto in un secondo momento presso le Questure). Successivamente, la domanda viene inoltrata alla Commissione Centrale per il Riconoscimento dello *Status* di Rifugiato che convoca il richiedente per un'audizione personale al fine di valutare la richiesta. La Commissione, infine, comunica la sua decisione che può sostanziarsi in un accoglimento (il soggetto diviene rifugiato con tutti i diritti che la posizione porta con sé), un diniego « secco » (la domanda viene respinta e il soggetto viene privato di un valido titolo di permanenza sul territorio), una raccomandazione di « protezione umanitaria » (sostanzialmente, la concessione di un permesso di soggiorno della durata di un anno).

Non si vuole in questa sede analizzare approfonditamente le caratteristiche della procedura (né i principi che stanno alla base): tanto più che la stessa è stata profondamente modificata dalla c.d. Legge Bossi-Fini (l. n. 189/2002, artt. 31-32: per poter analizzare l'impatto nella pratica della profonda riforma apportata, conviene attendere l'applicazione delle suddette norme). Non essendo ancora attuate tutte le procedure da questa previste, non aiuta l'analisi che si vuole svolgere passare in rassegna le innovazioni (innovazioni che toccano tanto il momento della presentazione della domanda, quanto il successivo iter. Per completezza, si accenna brevemente ad uno sdoppiamento di procedura a seconda del possesso o meno, da parte del richiedente asilo di un valido documento per entrare nel Paese — scelta che non ha mancato di suscitare perplessità, vista la natura tendenzialmente improvvisa e disordinata degli espatri dei richiedenti asilo). Giova invece notare come, tra le altre motivazioni, una delle molle che con più insistenza ha spinto ad una riforma del sistema siano i tempi oltremodo dilatati della procedura come la conosciamo oggi. In questa dilatazione, oltre un anno di attesa per l'audizione a fronte dei quarantacinque giorni previsti « sulla carta » (parimenti previsto, per la durata massima di 45 giorni, era un contributo di prima assistenza da erogare ai richiedenti asilo a cura della Questura territorialmente competente), si inseriscono i problemi dei richiedenti asilo: cittadini stranieri legalmente sul territorio italiano, ma « sotto condizione »; in attesa di vedere riconosciuto o negato lo *status* di rifugiato, alle prese con una procedura che sovente li « perde per strada ».

5.6. La situazione del richiedente asilo sul territorio italiano deve dunque fare i conti con uno *status* « a metà »: tralasciando notazioni forzatamente superficiali riguardo alla complessità della posizione, ci si concentrerà sul rapporto tra richiedenti asilo e accesso

al lavoro; tanto alla luce di recenti sviluppi nella legislazione comunitaria, quanto considerando la normativa e la realtà del nostro Paese.

La questione può essere sintetizzata con notevole semplicità: il richiedente asilo non può lavorare in Italia nelle more della procedura per la concessione dello *status* di rifugiato. La particolare condizione transitoria di questi soggetti non ha mai reso necessario, a livello sistematico, prevedere un accesso al mercato del lavoro. A rendere necessaria quantomeno una riflessione sono tuttavia intervenuti, da un lato, i tempi della procedura, e dall'altro, una direttiva dell'Unione Europea.

La direttiva n. 2003/9/CE del Consiglio, approvata il 27 gennaio 2003, reca « norme minime relative all'accoglienza dei richiedenti asilo negli Stati membri ». Caratteristica immediatamente evidente del provvedimento è il fatto di essere espressamente ed esclusivamente rivolta ai richiedenti asilo; segno anche di una crescente attenzione dell'Unione Europea per i problemi connessi all'accoglienza ed alla procedura (un sistema comune di asilo costituisce da anni obiettivo di primo piano dell'Unione). In tal senso, la direttiva fornisce un'utile definizione di « richiedente asilo », non ricavata per sottrazione da quella pacifica di « rifugiato » — « Qualsiasi cittadino di un paese terzo o apolide che abbia presentato una domanda di asilo in merito alla quale non sia stata ancora presa una decisione definitiva », art. 2, comma 1, lett. c).


Per quanto concerne nello specifico il mercato del lavoro, la direttiva citata si accosta al problema in termini piuttosto chiari; l'art. 11 infatti, al comma 2, chiede agli Stati di stabilire a quali condizioni possa venir garantito ai richiedenti asilo l'accesso al mercato del lavoro, qualora sia passato un anno dalla presentazione della domanda d'asilo, e questa non abbia ricevuto alcuna risposta (questa disposizione segue, viene detto per completezza, un primo comma che recita: « Gli Stati membri stabiliscono un periodo a decorrere dalla data di presentazione della domanda di asilo in cui i richiedenti asilo non hanno accesso al mercato del lavoro ». Non è dunque una dichiarazione di impiego necessario per i soggetti destinatari della norma; indica tuttavia un'attenzione delle Istituzioni al problema e una volontà di piattaforma comune nell'affrontarlo). La norma appena descritta, nella sua indicazione di massima, offre un valido punto di partenza per vagliare come, nel nostro ordinamento, sia ipotizzabile un impiego regolamentato ed efficace dei richiedenti asilo. Nell'analisi non è possibile ignorare alcune semplici premesse di fatto. Innanzitutto le cifre e le proporzioni del fenomeno: in Italia ogni anno vengono presentate diverse migliaia di domande d'asilo; la durata media della procedura di audizione in Commissione (meglio: l'attesa per la convocazione) eccede mediamente i dodici mesi; si parla quindi di gruppi sostanziosi di soggetti che si trovano nell'impossibilità di accedere al mercato del lavoro per periodi anche lunghi. Le conseguenze di questo « sbarramento », al di là dell'ovvio disagio patito dagli interessati, sono di proporzioni non trascurabili: permanenza legittima sul territorio senza possibilità di impiego e remunerazione, intervento necessario di misure alternative (alloggi, mense) con le prevedibili complicazioni di natura logistica e normativa.

D'altro canto, un altro elemento cui non può sottrarsi la nostra premessa è la natura « transitoria » del soggiorno del richiedente asilo sul territorio: egli infatti attende la decisione della Commissione centrale e, qualora (come spesso accade) questa si risolva in un diniego, vedrà venire meno il titolo di permanenza in territorio nazionale (non si vuole in questa sede analizzare la questione dei possibili ricorsi spettanti al richiedente asilo in caso di diniego. La materia, oggetto da ultimo di ricorsi di legittimità costituzionale, pur interessante e variegata non tange se non in via sussidiaria l'argomento centrale della nostra analisi).

Il panorama brevemente delineato fino ad ora permette già a prima vista di constatare,

da un lato, il bisogno di un intervento chiarificatore e, dall'altro, le difficoltà che circondano tale iniziativa.

5.7. Per chiarezza e schematicità della trattazione si è evitato fino a questo punto di menzionare i presupposti legislativi di natura internazionale che confortano l'ipotesi di diritto al lavoro per i richiedenti asilo (*Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo*, Risoluzione dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite 217 A-III, 10 dicembre 1948, art. 23 (1); *Trattato Internazionale sui Diritti Economici, Sociali e Culturali*, Risoluzione dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite 2200 A -XXI, 16 dicembre 1966, art. 6 (1); *Carta Sociale Europea*, adottata dal Consiglio il 18 ottobre 1961 ed emendata da ultimo con il Protocollo del 21 ottobre 1991, art. 1 e ss.); risulta infatti necessario definire se la presenza legittima sul territorio di questi soggetti equivalga nella pratica alla « residenza legale », presupposto per la concessione da parte dello Stato ospitante dei diritti menzionati. La questione non è chiara: la direttiva europea citata più sopra pone infatti un'esplicita riserva in proposito al comma 4 del medesimo art. 11 (« Per ragioni legate alle politiche del mercato del lavoro, gli Stati membri possono dare la priorità ai cittadini dell'UE ..., nonché ai cittadini di paesi terzi in soggiorno regolare »). È d'altro canto pacificamente ipotizzabile che il titolo di soggiorno dei richiedenti asilo non escluda la possibilità di impiego, né pregiudichi per i detentori l'inserimento a vario titolo nel mercato del lavoro, pur con le condizioni già viste.

Nell'esaminare le forme d'impiego potenzialmente adatte per i richiedenti asilo, una prima distinzione s'impone rispetto a forme di impiego a « tempo determinato »; insormontabile sembra infatti la condizione sospensiva della concessione dello *status*. Utilizzando come punto di partenza l'intervento in materia di occupazione e mercato del lavoro sostanziatosi nel d.lgs. n. 276/2003 (in  indice A-Z, voce *Riforma Biagi*), conviene confrontare alcune tipologie d'impiego ivi previste con la posizione soggettiva dei richiedenti asilo. La lettera della riforma nel definire il « lavoratore svantaggiato » — art. 2, lett. k) — fa esplicito riferimento all'« articolo 2 lettera f), del regolamento CE n. 2204/2002 della Commissione (...) ». Il punto ii) dell'articolo richiamato recita: « qualsiasi lavoratore migrante che si sposti o che si sia spostato all'interno della Comunità o divenga residente nella Comunità per assumervi lavoro »; ad una prima lettura, appare come la situazione soggettiva del richiedente asilo — lavoratore, migrante, spostatosi all'interno della Comunità — (per quanto concerne la residenza, si richiamano le osservazioni svolte in precedenza e si rimanda per approfondimento a CONSIGLIO ITALIANO RIFUGIATI (a cura di), *L'accesso al lavoro dei richiedenti asilo in Europa — tra etica e legalità*, nel contesto del progetto comunitario « Equal », Roma, 2003, 11) possa astrattamente rientrare nel novero. In mancanza di giurisprudenza sul punto, appare verosimile che l'ultima parte della norma, « ... per assumervi lavoro », possa anch'essa risultare compatibile con la posizione in esame; soprattutto a fronte della situazione effettivamente venutasi a creare sul territorio. Situazione che, nel vuoto legislativo che circonda la condizione personale di richiedente asilo, spinge un numero rilevante di soggetti verso lavori « in nero » o condizioni lavorative in bilico tra legalità e sfruttamento.

Qualora al contrario fosse riconosciuta esplicitamente, come sembra siano inclini a fare alcune proposte di legge al vaglio del Parlamento, la possibilità di lavoro, svariate tipologie di impiego sarebbero ipotizzabili alla luce della riforma Biagi. A partire dal lavoro a progetto ed occasionale, passando per i contratti di inserimento (con il limite dei ventinove anni di età), fino alle prestazioni occasionali di tipo accessorio (l'art. 71, lett. d), include nel novero dei soggetti i: « lavoratori extracomunitari, regolarmente soggiornanti in Italia, nei sei mesi successivi alla perdita del lavoro ». Ancora una volta

un'indicazione non univoca ma potenzialmente aperta all'interpretazione). Un intervento legislativo, capace di fugare i dubbi interpretativi che circondano le ipotesi appena delineate, aprirebbe un grande spiraglio di organizzazione su un periodo fumoso e incerto come l'attesa della decisione in merito alla concessione dello *status* di rifugiato. Dal momento che, se è vero che altre e assai complicate sono le scelte di politica generale da adottare nei confronti del fenomeno (vastissimo) dell'immigrazione (nonché del più ristretto territorio dell'asilo), d'altro canto è la stessa realtà quotidiana dell'attesa che domanda regole e possibilità, capaci di fornire anche ai potenziali datori di lavoro un'indicazione sicura in merito alla facoltà di impiego e assunzione dei richiedenti asilo, ad oggi attraversata da dubbi di applicazione e legalità non indifferenti (si vedano ad esempio le sanzioni previste dal comma 10 dell'art. 22 del d.lgs. n. 286/1998 (TU sull'immigrazione) per l'assunzione di lavoratori extracomunitari non muniti di valido permesso di soggiorno).

In conclusione, isolare nel più ampio contesto della disciplina dell'asilo la posizione soggettiva dei richiedenti asilo è problema suscitato da più parti; non ultima la legislazione comunitaria. Inserire i soggetti interessati, oltre ad adottare provvedimenti di natura generale riguardanti l'intera procedura per la concessione dello *status* di rifugiato, in un contesto lavorativo e, di seguito, produttivo, potrebbe contribuire ad appianare le tante buche che rendono disagevole e disordinato il percorso.

Marco Sideri



*Collaboratore della cattedra di Diritto del Lavoro
Università degli Studi di Genova*

5. Mercato del lavoro (*segue*)

La formazione può incidere sulla crescita complessiva del Paese?

5.8. Investire sull'innalzamento del livello di competenza del « capitale umano » significa incrementare qualitativamente i livelli di *performance* dei sistemi di istruzione e formazione, in funzione di un reale incontro tra domanda e offerta di lavoro.

Per raggiungere tale traguardo è necessario superare innanzitutto la tradizionale distinzione manichea tra percorso « accademico » ed istruzione professionale. In genere, infatti, la scuola e l'Università forniscono solide conoscenze teoriche ma eccessivamente astratte per essere concretamente e direttamente spendibili in ambito lavorativo; l'educazione professionale, invece, è spesso caratterizzata da un « vuoto » di teoria che comporta una formazione strettamente legata ad uno specifico contesto lavorativo, difficilmente generalizzabile e applicabile ad altre realtà.

Il Protocollo di Intesa tra Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca e Confindustria (in  *Boll. Adapt*, 2005, n. 12) — coerentemente con gli orientamenti comunitari (per aggiornamento in materia cfr., in questa *Rivista*, le note raccolte alla voce *Mercato del lavoro*, in *Osservatorio di giurisprudenza e politiche comunitarie*) — intende trovare la giusta via di mezzo tra queste due possibilità, suggerendo di costruire percorsi di formazione professionale di alto profilo che riescano a declinare efficacemente al loro interno il sapere teorico, acquisito nel corso del processo di apprendimento, in operatività effettiva, anche, e soprattutto, attraverso un confronto diretto con la realtà produttiva (cfr. in questo senso anche il recente rapporto del CNEL, *Osservazioni e proposte del 31 marzo 2005 — Educazione e formazione*, in  *Boll. Adapt*, 2005, n. 13).

Questo obiettivo si traduce praticamente nella programmazione di iniziative e interventi che realizzino un'attiva collaborazione tra sistemi di istruzione, formazione e imprese, innescando una dinamica co-evolutiva tra formazione e lavoro in risposta sia

alle esigenze delle aziende che chiedono insistentemente forza lavoro competente sia ai bisogni dei giovani in cerca di prima occupazione sia, infine, a quelli degli adulti che necessitano di riqualificazione.

La novità particolarmente interessante di questa dichiarazione di intenti risiede proprio nella volontà di rinvigorire la formazione professionale all'interno delle scuole superiori in stretta collaborazione con le aziende che, diversamente rispetto al passato, oltre al reclutamento della forza lavoro sono chiamate a rivestire anche il ruolo di soggetti erogatori di formazione. Per attuare tali propositi, Ministero e Confindustria consigliano di incrementare gli *stage* o i tirocini all'interno delle aziende e di costruire percorsi di formazione in alternanza scuola-lavoro, che aiutino le aziende a trasformarsi, in accordo con le istituzioni educative, in veri e propri laboratori « formativi » altamente professionalizzanti.

Accanto a questi percorsi, generalmente destinati ai giovani in obbligo formativo, il protocollo sottolinea l'esigenza di intensificare percorsi di formazione continua finalizzati all'aggiornamento e alla riqualificazione di adulti e lavoratori per consentire loro di rimanere stabilmente, e con maggiore soddisfazione personale, all'interno di un ambiente produttivo in continuo cambiamento e che necessita quindi di forza lavoro non solo competente ma soprattutto flessibile ed adattabile.

Per verificare l'effettivo raccordo tra istituzioni educative e mondo del lavoro, il protocollo propone di valutare lo standard qualitativo raggiunto dai sistemi educativi in base alla coerenza degli *output* formativi rispetto alle reali richieste dei datori di lavoro. Un percorso formativo, in questa prospettiva, è considerato efficace se fornisce alle risorse conoscenze e strumenti cognitivi utili a muoversi liberamente all'interno del mondo del lavoro. La valutazione del valore della formazione dovrebbe poi tradursi, al termine di ogni percorso formativo, in « certificazioni » che permettano di definire in modo inequivocabile le competenze raggiunte e di collegarle ad una particolare figura professionale. In questo modo l'identificazione del profilo individuale diventa più immediata e agevole sia per le aziende sia per i soggetti. Le aziende, infatti, in fase di reclutamento e selezione, sono facilitate nella ricerca del personale perché, in funzione delle loro esigenze, possono selezionare i candidati in possesso di specifici diplomi che attestino la presenza di determinate competenze; i soggetti possono invece decidere più consapevolmente di proporsi ed inserirsi in un particolare ambito lavorativo o di continuare la propria formazione in base alle conoscenze realmente possedute e opportunamente testate.

Secondo Miur e Confindustria, inoltre, definire e sperimentare un sistema di crediti formativi personali — da spendere sia negli itinerari scolastici e formativi sia nella transizione tra istruzione e mondo del lavoro — potrebbe essere un ulteriore strumento sia per facilitare lo scambio tra scuola, università e lavoro sia per recuperare alcune delle risorse che hanno abbandonato la scuola prima di avere ottenuto almeno un titolo di studio.

L'attuale mercato del lavoro è una realtà in continuo cambiamento, una successione di fasi di transizione che costringono costantemente gli individui ad assumere decisioni di particolare importanza per continuare ad adattarsi al contesto in cui vivono e lavorano. Percorsi di orientamento o ri-orientamento in supporto al processo decisionale risultano quindi fondamentali per la crescita personale e professionale delle persone.

In particolare, l'orientamento « informativo » e personalizzato è il punto di partenza per un incontro efficace tra giovani e mondo del lavoro; essi, infatti, per diventare risorse attive e motivate, devono essere a conoscenza non solo delle proprie potenzialità personali ma anche delle possibilità di crescita effettivamente esistenti sia all'interno del percorso formativo sia all'interno del mercato del lavoro.

Infine, il Protocollo considera di particolare importanza la comparazione, sia in tema di occupazione sia in tema di educazione, tra realtà nazionale e realtà internazionale per valutare ed eventualmente incrementare la solidità, l'efficacia e l'efficienza del sistema educativo nel suo insieme. Il confronto risulta infatti essere molto utile sia per evidenziare eventuali lacune rispetto agli standard europei sia per attivare scambi sempre più frequenti con l'estero con l'obiettivo di favorire, attraverso la conoscenza reciproca, la mobilità di studenti, ricercatori, docenti, in funzione di una maggiore cooperazione internazionale a tutti i livelli.

Presupposto fondamentale alla modernizzazione del sistema educativo è ovviamente la formazione adeguata e l'aggiornamento continuo del personale che opera a diverso grado e livello in ambito educativo: uno *staff* di esperti in grado di preparare al meglio le risorse umane all'incontro con l'ambiente lavorativo rappresenta la condizione necessaria all'avvio di qualsiasi processo di cambiamento riguardante i fondamenti dei modelli di apprendimento di riferimento.

Giuseppina Tiraboschi


Esperta in processi formativi - Ricercatore

Adapt-Centro Studi Internazionali e Comparati « Marco Biagi »

6. Previdenza

Retribuzioni convenzionali per i lavoratori italiani all'estero: decreto ministeriale 17 gennaio 2005 e circolare Inps 23 febbraio 2005, n. 34

Sommario: **6.1.** Le retribuzioni convenzionali nel decreto ministeriale 17 gennaio 2005. — **6.2.** Aspetti previdenziali: la circ. Inps n. 34/2005. — **6.3.** Aspetti fiscali.

6.1. Il dm 17 gennaio 2005 (in *GU*, 2005, n. 22, e in  *Boll. Adapt*, 2005, n. 7, in allegato alla circ. Inps n. 34/2005), contiene le retribuzioni convenzionali valevoli per l'anno 2005 da prendere a base per il calcolo dei contributi dovuti per le assicurazioni obbligatorie e per le imposte dei lavoratori operanti all'estero, ai sensi del d.l. n. 317/1987, convertito in l. n. 398/1987.

Il citato decreto ministeriale prevede una normativa *ad hoc* in materia di tutela dei lavoratori italiani operanti nei Paesi extracomunitari non legati all'Italia da accordi di sicurezza sociale ovvero legati da convenzioni parziali, nonché per il calcolo delle imposte sul reddito da lavoro dipendente, ai sensi dell'art. 48, comma 8-*bis*, del d.P.R. n. 917/1986.

Le retribuzioni convenzionali vengono diffuse con un apposito decreto entro il 31 gennaio di ogni anno e devono essere determinate prendendo a riferimento i contratti collettivi nazionali di lavoro raggruppati per settori omogenei.


Dette retribuzioni sono differenziate per settore (industria, industria edile, autotrasporto e spedizione merci, credito, assicurazioni, commercio, trasporto aereo, agricoltura, industria cinematografica, spettacolo, artigianato, giornalismo) e categoria di appartenenza (operai, impiegati, quadri, dirigenti).

Nel caso di stipulazione di accordi parziali tra l'Italia e i Paesi extracomunitari le retribuzioni convenzionali vengono utilizzate come base imponibile su cui calcolare i contributi esclusi dalla convenzione.

Rimangono esclusi dall'applicazione delle retribuzioni convenzionali i lavoratori italiani che lavorano nei Paesi membri dell'Unione Europea, compresi i Paesi neocomunitari, i Paesi aderenti all'accordo SEE e la Svizzera che ha stipulato un accordo con l'Unione Europea entrato in vigore il 1° giugno 2002.

Per questi ultimi Paesi i contributi previdenziali per i dipendenti italiani che prestano la

propria attività lavorativa negli stessi devono essere calcolati sulle retribuzioni effettivamente corrisposte ai lavoratori.

6.2. La circ. Inps n. 34/2005 (in  *Boll. Adapt*, 2005, n. 7) prende in esame il dm 17 gennaio 2005 relativamente alla determinazione delle retribuzioni convenzionali che devono essere prese a riferimento per il calcolo dei contributi dovuti per l'anno 2005 a favore dei lavoratori operanti all'estero in Paesi extracomunitari non legati all'Italia da accordi di sicurezza sociale anche parziali.

I datori di lavoro, per i lavoratori sopra citati, nel calcolare i contributi previdenziali non considerano come imponibile previdenziale le retribuzioni effettivamente corrisposte ma, appunto, le retribuzioni convenzionali.

Tali retribuzioni contenute nel dm 17 gennaio 2005, riportato in allegato alla circolare, oltre a costituire la base di riferimento su cui calcolare i contributi previdenziali, devono essere prese a riferimento per la liquidazione delle prestazioni pensionistiche, per le prestazioni economiche di malattia e maternità nonché per il trattamento ordinario di disoccupazione per i dipendenti rimpatriati.

Le retribuzioni convenzionali sono suddivise in base al settore, alla qualifica, e alle fasce di retribuzione nazionale. Nella determinazione della fascia di retribuzione convenzionale da prendere a riferimento, non rilevano, ai fini del calcolo dei contributi, le varie indennità che vengono erogate al dipendente trasferito all'estero quali eventuali benefit, l'indennità estero e anche l'indennità sostitutiva di preavviso il cui assoggettamento segue regole speciali.

Per individuare la retribuzione convenzionale deve essere determinata la retribuzione nazionale mensile, la quale si ottiene dividendo per 12 la retribuzione annua prevista dal contratto collettivo applicato al lavoratore, « comprensivo degli emolumenti riconosciuti per accordo tra le parti », con esclusione dell'indennità estero, e raffrontare il risultato con le varie fasce retributive al fine di individuare la retribuzione convenzionale corretta.

I valori convenzionali sono divisibili per 26 in caso di assunzioni, risoluzioni del rapporto di lavoro, trasferimenti da e per l'estero nel corso del mese.

Gli importi sono espressi in euro e ai fini dell'individuazione delle retribuzioni imponibili da assoggettare a contribuzione devono essere arrotondati all'unità di euro.

Le assicurazioni sociali obbligatorie che devono essere calcolate sulla retribuzione convenzionale, previste dall'art. 1 del d.l. n. 317/1987 sono le seguenti:

- a) assicurazione per l'invalidità, la vecchiaia ed i superstiti;
- b) assicurazione contro la tubercolosi (contributo soppresso);
- c) assicurazione contro la disoccupazione involontaria;
- d) assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali;
- e) assicurazioni contro le malattie;
- f) assicurazioni di maternità.

Inoltre è dovuto il contributo per il Fondo di garanzia per il trattamento di fine rapporto istituito con la l. n. 297/1982.

L'Inps ha precisato che i lavoratori italiani operanti nei Paesi extracomunitari non convenzionati sono soggetti al contributo per il finanziamento dell'indennità di mobilità (l. n. 223/1991) se si tratta di imprese rientranti nel campo di applicazione della Cassa integrazione guadagni (circ. Inps n. 229/1991).

L'assegno per il nucleo familiare è previsto solo per i lavoratori operanti in territorio italiano. I lavoratori che prestano la propria attività all'estero in via non occasionale non ne hanno diritto.

L'aliquota contributiva previdenziale applicabile alle retribuzioni convenzionali è ridotta di 10 punti percentuali rispetto le normali aliquote, in particolare, la riduzione si

applica dapprima sul contributo IVS (invalidità, vecchiaia, superstiti) e in un secondo momento, in caso di incapacienza del predetto contributo, sulla DS (disoccupazione).

La disciplina in esame non si applica ai lavoratori italiani inviati in trasferta all'estero, ma solo ai dipendenti assunti per prestare la propria attività all'estero o distaccati all'estero.

Per quanto concerne i premi per le assicurazioni contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali, devono essere calcolati sulle medesime retribuzioni convenzionali su cui vengono calcolati i contributi previdenziali in base alle tariffe ordinarie in vigore per la generalità dei dipendenti.

Per l'anno 2005 l'Inail ha recepito le retribuzioni convenzionali contenute nel dm 17 gennaio 2005 con la circ. n. 18/2005 (in  *Boll. Adapt*, 2005, n. 12).

Paesi in cui trovano applicazione parzialmente le retribuzioni convenzionali:

Paesi extracomunitari con i quali l'Italia ha stipulato accordi parziali (retribuzioni convenzionali per le assicurazioni non contemplate)	Argentina, Australia, Brasile, Canada e Quebec, Capoverde, Israele, Jersey e Isole del Canale (Guemsey, Alderney, Herm e Lethou), (ex) Jugoslavia (Bosnia-Erzegovina, Jugoslavia, Macedonia), Principato di Monaco, Tunisia, Uruguay, Usa, Venezuela, Stato Città del Vaticano, Croazia.
--	--

Paesi in cui non trovano applicazione le retribuzioni convenzionali:

Paesi membri dell'Unione Europea	Austria, Belgio, Danimarca, Finlandia, Francia, Germania, Gran Bretagna, Grecia, Irlanda, Spagna, Lussemburgo, Olanda, Portogallo, Spagna, Svezia e, dal 1° maggio 2004, Repubblica Ceca, Repubblica di Cipro, Estonia, Lettonia, Lituania, Malta, Polonia, Slovenia, Slovacchia, Ungheria.
Paesi aderenti all'accordo SEE	Liechtenstein, Norvegia e Islanda.
Casi particolari	La Svizzera ha stipulato un accordo con l'Unione Europea in base al quale trovano applicazione i regolamenti CEE n. 1408/71 e n. 574/72. Per i lavoratori italiani distaccati in Svizzera il regime di sicurezza sociale è quello italiano.

6.3. Le retribuzioni convenzionali riportate nelle tabelle allegare del dm 17 gennaio 2005 devono essere prese a riferimento anche per calcolare l'imposta per le persone fisiche (Irpef) dei lavoratori distaccati all'estero.

L'art. 51, comma 8-*bis* del d.P.R. n. 917/1986 dispone che « in deroga alle disposizioni dei commi da 1 a 8, il reddito di lavoro dipendente, prestato all'estero in via continuativa e come oggetto esclusivo del rapporto da dipendenti che nell'arco di dodici mesi soggiornano nello Stato estero per un periodo superiore a 183 giorni, è determinato sulla base delle retribuzioni convenzionali definite annualmente con il decreto del Ministero del lavoro e della previdenza sociale di cui all'articolo 4, comma 1, del Dl 31 luglio 1987, n. 317, convertito, con modificazioni, dalla legge 3 ottobre 1987, n. 398 ».

In sintesi, l'Irpef per il personale dipendente che si trova nella situazione in esame deve essere calcolata sulle retribuzioni convenzionali contenute nelle stesse tabelle prese a riferimento per il calcolo delle contribuzioni previdenziali e assicurative.

Sotto il profilo fiscale le tabelle relative alle retribuzioni convenzionali vanno prese a riferimento per i dipendenti che si trovano nella situazione descritta (soggiorno in Stato estero per un periodo superiore a 183 giorni) in qualunque Stato estero prestino la propria attività lavorativa.

Gli eventuali accordi tra lo Stato italiano e gli altri Stati servono ad evitare il problema della doppia imposizione. Ricapitolando, da un punto di vista fiscale le retribuzioni convenzionali possono essere utilizzate se il percipiente-lavoratore dipendente:

- è fiscalmente residente in Italia;
- lavora all'estero, nell'arco dei 12 mesi, per più di 183 giorni;
- opera in base di uno specifico contratto che metta in evidenza la continuità ed esclusività dell'attività lavorativa.

Il datore di lavoro italiano, sostituto d'imposta, deve verificare che tra lo Stato italiano e lo Stato in cui presta la propria attività lavorativa il lavoratore non esista un accordo contro la doppia imposizione che preveda la tassazione del reddito solo nel Paese estero.

Nicola Porelli
Consulente del lavoro in Vicenza

6. Previdenza (segue)

L'interpretazione dell'articolo 74 del decreto legislativo n. 276/2003 in materia di prestazioni di lavoro occasionale in agricoltura

6.4. Oggetto della circ. Inps n. 22/2005 (in *Boll. Adapt*, 2005, n. 5) è l'art. 74 del d.lgs. n. 276/2003 il quale individua, quali prestazioni che esulano dal mercato del lavoro e dai relativi obblighi previdenziali, quelle derivanti dalla collaborazione occasionale dei familiari in agricoltura. La circolare ricorda innanzitutto che tale norma è l'ultima di una serie di interventi di analogo tenore; già, infatti, l'art. 122 della l. n. 388/2000 (Legge Finanziaria 2001) e l'art. 45 della l. n. 289/2002 (Legge Finanziaria 2003) avevano disciplinato, seppure in via sperimentale e con efficacia temporale limitata, le prestazioni in esame.

In verità, l'iter legislativo in materia può considerarsi avviato ancor prima e cioè con l'art. 45, comma 1, lett. *h*), del « collegato lavoro » alla Legge Finanziaria per il 1999 (l. n. 144/1999). Quest'ultimo, infatti, all'interno di un eterogeneo pacchetto di deleghe in materia di occupazione e ammortizzatori sociali aveva inserito la « previsione, in via sperimentale, della possibilità per i coltivatori diretti iscritti agli elenchi provinciali, di avvalersi, in relazione alla raccolta di specifici prodotti agricoli, di collaborazioni occasionali di parenti ed affini entro il terzo grado per un ridotto periodo di tempo complessivo nel corso dell'anno, assicurando il rispetto delle normative relative alla sicurezza e all'igiene nei luoghi di lavoro, la copertura da rischi di responsabilità civile, infortunio o morte e il versamento di un contributo di solidarietà a favore del Fondo pensioni lavoratori dipendenti ».

Scaduto poi il termine di esercizio della delega, una misura analoga è stata riproposta in occasione della manovra finanziaria per l'anno 2001. L'art. 122 della l. n. 388/2000, rubricato « Interventi per agevolare la raccolta di prodotti agricoli », stabiliva che « in sede di sperimentazione e per un periodo non superiore a due anni, i coltivatori diretti iscritti agli elenchi provinciali possono avvalersi per la raccolta di prodotti agricoli, in deroga alla normativa vigente, di collaborazioni occasionali di parenti ed affini entro il quinto grado, per un periodo complessivo, nel corso dell'anno, non superiore a tre mesi ». Rispetto alla identificazione del lavoro occasionale che era stata fatta nella

delega del 1999, risultava ampliato il presupposto soggettivo (passando il grado di parentela dal terzo al quinto), puntualmente specificato il limite temporale dell'occasionalità e, soprattutto, non si prevedevano adempimenti di sorta (non è stato, infatti, riproposto l'obbligo di copertura da rischi di responsabilità civile, infortunio o morte e di versamento di un contributo di solidarietà a favore del Fondo pensioni lavoratori dipendenti).

La circ. Inps n. 184/2001 aveva poi chiarito che le collaborazioni occasionali *ex art. 122* della l. n. 388/2000, qualora rese a titolo gratuito, non configuravano un rapporto di lavoro subordinato o autonomo e, pertanto, non potevano dar luogo all'insorgenza di obbligazioni contributive. Si derogava in tal modo alla disciplina previdenziale del lavoro in agricoltura derivante dall'art. 2 della l. n. 1412/1964, a tenore del quale sono inseriti nelle categorie dei soggetti che i datori di lavoro sono tenuti a denunciare, ai fini dell'accertamento dei contributi, i compartecipanti familiari con l'indicazione delle loro generalità e del numero di giornate di lavoro prestate.

Cessata l'efficacia dell'art. 122, dal 1° gennaio 2003 fino alla fine dell'anno la materia è stata regolata dall'art. 45 della l. n. 289/2002, rubricato « Interventi per agevolare l'artigianato e i coltivatori diretti », il quale disponeva che « in sede di sperimentazione, per l'anno 2003, gli imprenditori artigiani iscritti nei relativi albi provinciali, qualora impossibilitati per causa di forza maggiore all'espletamento dell'attività lavorativa, nonché i coltivatori diretti iscritti negli elenchi provinciali, ai fini della raccolta di prodotti agricoli, possono avvalersi, in deroga alla normativa previdenziale vigente, di collaborazioni occasionali di parenti entro il secondo grado aventi anche il titolo di studente per un periodo complessivo nel corso dell'anno non superiore a novanta giorni. È fatto comunque obbligo dell'iscrizione all'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali ». A differenza di quanto in precedenza stabilito, il regime agevolato si estendeva anche all'artigianato, sia pure su presupposti più rigorosi (la causa di forza maggiore, non richiesta per il lavoro agricolo, per la cui individuazione, come per le altre modalità di attuazione della norma, il comma 2, del citato art. 45 rinviava ad un successivo decreto ministeriale, che non è mai stato emanato) e restringeva il campo dei soggetti di cui avvalersi (passando il grado di parentela dal quinto al secondo).

L'art. 74 del d.lgs. n. 276/2003 (vedi E. GRAGNOLI, A. PERULLI (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali: commentario al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, Cedam, Padova, 2004, 818), attuando la delega conferita con l'art. 4, lett. f), della l. n. 30/2003 (vedi P. BELLOCCHI, *Sub art. 4, comma 1°, lett. a), c), d), e), f). 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 mercato del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2003, 225), ha introdotto una nuova tipologia di prestazioni occasionali, la cui disciplina, a differenza delle precedenti, è diretta e cioè non richiede provvedimenti attuativi né limiti temporali di efficacia. Esso prevede che « con specifico riferimento alle attività agricole, non integrano in ogni caso un rapporto di lavoro autonomo o subordinato le prestazioni svolte da parenti e affini sino al terzo grado in modo meramente occasionale o ricorrente di breve periodo, a titolo di aiuto, mutuo aiuto, obbligazione morale senza corresponsione di compensi, salvo le spese di mantenimento e di esecuzione di lavori ».

A differenza delle normative precedenti, che consideravano, quali oggetto delle prestazioni occasionali, esclusivamente le attività di raccolta dei prodotti agricoli, l'art. 74 non prevede alcuna limitazione al riguardo. L'Inps, pertanto, ha precisato con la circolare in esame che qualunque attività definibile agricola ai sensi dell'art. 2135 c.c.

può, sussistendo tutti gli altri requisiti previsti dalla norma, integrare una prestazione occasionale.

Sotto il profilo soggettivo, l'art. 74 prevede che le prestazioni devono essere svolte da parenti e affini fino al terzo grado, nulla specificando riguardo a chi riceve il lavoro e cioè al soggetto in relazione al quale deve sussistere il grado di parentela o affinità. È su questo punto che la circolare fornisce un'interpretazione della normativa alquanto discutibile. L'Inps afferma che « la norma in esame implicitamente cristallizza una disciplina già esistente, contenuta nell'art. 122 della l. n. 388/2000 e nell'art. 45 della l. n. 289/2002 e che richiamava espressamente la figura del coltivatore diretto quale soggetto destinatario delle collaborazioni occasionali di parenti e affini ». Di conseguenza « anche l'articolo 74 deve essere interpretato nel senso che le prestazioni di cui trattasi devono provenire da parenti e affini, entro il terzo grado, di coltivatori diretti ». Questa interpretazione dell'Inps, per cui l'art. 74 dovrebbe trovare applicazione solo nelle aziende diretto-coltivatrici, sembra, però, essere priva di fondamento, sia perché è basata su un supposto collegamento formale tra vecchia e nuova normativa del tutto arbitrario, sia perché non corrisponde al contenuto letterale della norma e della sua fonte. L'art. 74 (nonché l'art. 4, lett. f), della legge delega), infatti, non contiene alcuna precisazione soggettiva in ordine ad una eventuale qualifica in capo al titolare dell'impresa, riferendosi genericamente « alle attività agricole ». Da ciò dovrebbe dedursi che le prestazioni lavorative in questione possono essere effettuate nell'ambito di qualunque tipo di impresa agricola e non necessariamente nell'ambito delle piccole imprese diretto-coltivatrici (cfr. P. BELLOCCHI, *Ancora sullo statuto previdenziale delle prestazioni occasionali: il lavoro dei « parenti » in agricoltura*, in P. BELLOCCHI, F. LUNARDON, V. SPEZIALE (a cura di), *Tipologie contrattuali a progetto e occasionali, certificazione dei rapporti di lavoro*, Ipsoa, Milano, 2004, 135).

L'art. 74 prevede poi, quali ulteriori caratteri delle prestazioni in esame, che queste siano svolte in modo meramente occasionale o ricorrente di breve periodo, che siano svolte a titolo di aiuto, mutuo aiuto, obbligazione morale e che siano gratuite, ovvero senza corresponsione di compensi, salvo le spese di mantenimento e di esecuzione dei lavori. Rispetto al primo punto, l'Inps ritiene che la prestazione debba essere resa senza carattere di abitualità, in via eccezionale e straordinaria, anche ripetutamente nel corso dell'anno, ma sempre per brevi intervalli di tempo (si attende, comunque, un parere ministeriale su cosa debba intendersi per « breve periodo »). Con riferimento al secondo punto, viene precisato nella circolare che qualora la prestazione sia fornita in esecuzione di un'obbligazione giuridica, non sussistono gli estremi del lavoro occasionale. In relazione al requisito della gratuità della prestazione, vengono indicati alcuni esempi di spese di mantenimento e di esecuzione dei lavori che non alterano la suddetta gratuità: vitto, alloggio, spese per l'acquisto di mezzi.

L'Inps, infine, esplicita chiaramente la sostanza dell'art. 74: le attività prestate dal parente o affine, caratterizzate dai requisiti descritti, poiché esulano dal mercato del lavoro, non essendo riconducibili né allo schema del lavoro autonomo né allo schema del lavoro subordinato, non fanno sorgere alcuna obbligazione contributiva nei confronti degli enti previdenziali e alcun obbligo di denuncia all'Istituto.

Michela Virgili
Dottoranda di ricerca in Legislazione sociale europea
Università degli Studi di Macerata

7. Riforma Biagi


Poche ma incisive novità per la Riforma Biagi dal « pacchetto competitività »

Sommario: **7.1.** La l. n. 80/2005 converte il d.l. n. 35/2005 modificando anche il d.lgs. n. 276/2003. — **7.2.** Somministrazione in *workfare*. — **7.3.** Il lavoro intermittente dei giovani e degli ultraquarantacinquenni. — **7.4.** Il sottoinquadramento nel contratto di inserimento. — **7.5.** Il nuovo lavoro accessorio. — **7.6.** Via libera all'apprendistato professionalizzante da Ccnl.




7.1. La competitività rappresenta il primario obiettivo delle imprese nel presente e, in una prospettiva di medio periodo, del prossimo futuro.

Le imprese nazionali, che si trovano ad operare in mercati spesso troppo saturi e caratterizzati da una concorrenza crescente e schiacciante, sentono come necessità assoluta l'azione normativa e amministrativa idonea a renderle maggiormente competitive sul panorama internazionale.

In tale prospettiva a questa parola, in tempi recenti, è stato dato un connotato cromosomico atto a individuarla come una delle risorse più efficaci e foriere di maggiori risultati per l'affermazione delle nostre imprese in contesti socio-economici sempre più assoggettati alle logiche di una globalizzazione che finisce per ritorcersi contro l'Occidente industrializzato.

Nella consapevolezza, presumibilmente, della necessità di far sviluppare e, al contempo, di difendere un fattore critico di successo delle nostre imprese è stato approvato dal Governo italiano, lo scorso 8 marzo 2005, il Piano d'azione per lo sviluppo economico, sociale e territoriale, composto di un decreto legge e di un disegno di legge (in  *Boll. Adapt*, 2005, n. 9).

Per effetto delle previsioni costituzionali in materia di decretazione e di conversione in legge, al primo dei due atti normativi (decreto legge) è stata data priorità assoluta e, data la rilevanza di taluni profili lavoristici, al suo interno sono state inserite alcune delle previsioni originariamente contenute nel disegno di legge.

In effetti, la l. n. 80/2005 (in *GU*, 14 maggio 2005, n. 111, suppl. ord. n. 91, e in  *Boll. Adapt*, 2005, n. 19) di conversione, con modificazioni, del d.l. n. 35/2005, recante disposizioni urgenti nell'ambito del Piano di azione per lo sviluppo economico, sociale e territoriale (in *GU*, 16 marzo 2005, n. 62, serie gen., e in  *Boll. Adapt*, 2005, n. 10), reca importanti novità che incidono, significativamente, sul testo del d.lgs. n. 276/2003, già riformato dal d.lgs. n. 251/2004 (in  indice A-Z, voce *Riforma Biagi*).

Le modifiche sono state inserite nel testo dell'art. 1-*bis* e del comma 13-*bis* dell'art. 13 del d.l. n. 35/2005.


Prima di esaminare distintamente ciascuna delle novità normative in materia di riforma del mercato del lavoro, si tenga presente che a norma dell'art. 15, comma 5, della l. n. 400/1988 (Disciplina dell'attività di Governo e ordinamento della Presidenza del Consiglio dei Ministri), le modifiche apportate dalla l. n. 80/2005 al testo originario del d.l. n. 35/2005 hanno efficacia dal giorno successivo a quello della sua pubblicazione, pertanto esse sono entrate in vigore lo scorso 15 maggio 2005.

Si noti, peraltro, che le modifiche operate dall'intervento legislativo che qui si commenta incidono direttamente su alcuni degli istituti normativi che l'art. 86, comma 12, del d.lgs. n. 276/2003 individuava come « sperimentali », sottoponendoli ad un esame congiunto Governo-Parti sociali, che avrebbe poi dovuto sfociare nella sede parlamentare all'esito della verifica prevista alla scadenza dei 18 mesi dall'entrata in vigore del decreto di riforma del mercato del lavoro (maggio 2005).

Deve allora interpretarsi la volontà del legislatore anche nel senso di riconfermare la



piena vigenza delle disposizioni inizialmente introdotte con la caratteristica della sperimentality ed ora ripristinate *in toto* con gli interventi correttivi e modificativi in argomento.

7.2. Il comma 1 dell'art. 1-*bis*, rubricato dichiaratamente « modifiche al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276 », si apre con una abrogazione, la lett. *a*), infatti, recita testualmente « all'articolo 13 [del d.lgs. n. 276/2003], il comma 6 è abrogato ».

Nel Capo II del Titolo II del d.lgs. n. 276/2003 trova allocazione, come noto, l'art. 13 posto a tutela dell'occupazione dei *lavoratori svantaggiati* — art. 2, comma 1, lett. *k*) —, vale a dire di « qualsiasi persona appartenente a una categoria che abbia difficoltà a entrare, senza assistenza, nel mercato del lavoro ai sensi dell'art. 2, lett. *f*), del Regolamento (CE) n. 2204/2002 della Commissione del 12 dicembre 2002 relativo alla applicazione degli articoli 87 e 88 del Trattato CE agli aiuti di Stato a favore della occupazione, nonché ai sensi dell'art. 4, comma 1, della legge 8 novembre 1991, n. 381 ». La norma su cui incide la l. n. 80/2005 ha riguardo all'inserimento o al reinserimento di essi nel mercato del lavoro, mediante politiche di *workfare* (art. 13, comma 1, su cui vedi anche la circ. Min. lav. n. 41/2004, in  *Boll. Adapt*, 2004, n. 39). Al fine di raggiungere questo obiettivo il legislatore ha previsto degli incentivi a favore delle agenzie di somministrazione affinché esse possano muoversi in una sinergia pubblico-privato che poggi, nel caso di specie, sulla cosiddetta « presa in carico » del lavoratore svantaggiato da parte dell'operatore.


Così le Agenzie per il lavoro autorizzate alla somministrazione di lavoro possono derogare al regime generale della somministrazione, e in special modo al principio della parità di trattamento, purché: il lavoratore venga assunto dall'Agenzia con contratto di durata non inferiore a 6 mesi; sia contestualmente attivato un piano individuale di inserimento o reinserimento lavorativo dello stesso; siano previsti interventi formativi idonei ad una qualificazione o riqualificazione professionale; sia designato un *tutor* con adeguate competenze e professionalità che assista il lavoratore.

Analogamente, quale contropartita incentivante per la presa in carico del lavoratore svantaggiato, l'operatore potrà detrarre dalla retribuzione da corrispondersi al lavoratore interessato i compensi percepiti dal lavoratore a titolo di indennità di mobilità, di disoccupazione (ordinaria o speciale) o altro sussidio o indennità connessi allo stato di disoccupazione o inoccupazione, detraendo parallelamente anche i relativi contributi figurativi dalla contribuzione complessivamente dovuta.

Il lavoratore che rifiuti di essere avviato ad un progetto di reinserimento occupazionale ovvero ad un percorso formativo, oppure non accetti l'offerta di un lavoro che sia inquadrato ad un livello retributivo non inferiore al 20% rispetto al livello cui appartenevano le mansioni da ultimo svolte, decade dai trattamenti di mobilità, di disoccupazione e da ogni altro sussidio relativo allo *status* di disoccupato, se il lavoro o il corso di formazione sono congrui rispetto alla qualificazione già raggiunta dal lavoratore e si svolgono in luogo raggiungibile in 80 minuti dal luogo di residenza con mezzi pubblici. Le misure di incentivazione ora sintetizzate, nel testo originario del d.lgs. n. 276/2003, prima dell'intervenuta modifica di cui all'art. 1-*bis*, comma 1, lett. *a*), del d.l. n. 35/2005, per effetto delle modifiche introdotte dalla l. n. 80/2005, dovevano essere concretamente e dettagliatamente disciplinate da specifiche norme regionali: le disposizioni di cui all'art. 13, comma 1, infatti potevano trovare transitoriamente applicazione soltanto in presenza di una apposita *convenzione* fra le Agenzie per il lavoro autorizzate alla somministrazione e gli enti territoriali (forme sperimentali di convenzione sono state abbozzate in protocolli di intesa nelle Regioni Abruzzo, Puglia, in  *Boll. Adapt*, 2005, n. 4, e Veneto, in  *Boll. Adapt*, 2005, n. 6, sulle quali, a commento, cfr. M. TIRABOSCHI, *Lavoratori svantaggiati e somministrazione di lavoro. Prime attuazioni dell'art. 13, d.lgs. n. 276/2003, in DRI*, 2005, n. 2).


L'abrogazione del comma 6 dell'art. 13, tuttavia, ha propriamente eliminato il rinvio


alla normazione di livello regionale, rendendo, di fatto, immediatamente operativo il regime di incentivi sopra riassunti, che in precedenza richiedevano, come detto, la stipula di una preventiva apposita convenzione.

L'intervento correttivo del d.l. n. 35/2005, peraltro, segna l'avvio vero e proprio dell'utilizzo in concreto dell'assunzione incentivata in *workfare* e seppure trova occasione nella palese inerzia delle Regioni, trae senza dubbio giustificazione dall'orientamento della Corte Costituzionale (sentenza 28 gennaio 2005 n. 50, in  *Boll. Adapt*, 2005, n. 4), che ha riconosciuto costituzionalmente legittima la riserva in capo al legislatore statale delle competenze in materia di incentivi alla c.d. *presa in carico* da parte delle Agenzie di somministrazione.

7.3. Il contratto « a chiamata » (c.d. *job on call*) è un vero e proprio « normotipo » contrattuale da inquadrarsi negli schemi classici della subordinazione.

La tipologia del lavoro « intermittente », peraltro, sebbene esuli dalla tradizionale impostazione del lavoro dipendente, sembra porsi l'ambizioso obiettivo di risolvere *a priori* il contenzioso amministrativo e giudiziario per le ipotesi di attività lavorative discontinue, ma ricorrenti, che vengono fiscalmente celate dietro l'emissione di fatture o note corrispondenti a prestazioni di « pseudo-lavoro autonomo » rese da soggetti ai quali invero viene appunto domandata una prestazione lavorativa « intermittente » come lavoratori dipendenti, specializzati o per attività diversificate.

Con la circ. n. 4/2005 (in  *Boll. Adapt*, 2005, n. 4) il Ministero del lavoro ha proceduto a fornire agli operatori gli attesi chiarimenti sui molteplici aspetti applicativi del contratto di lavoro intermittente, con ciò individuando i connotati tipici delle tre ipotesi tassative di cui all'art. 34 del d.lgs. n. 276/2003, come modificato dal d.lgs. n. 251/2004, che nei suoi primi due commi indica con chiarezza le fattispecie in cui è possibile fare ricorso al contratto di lavoro intermittente:

1) *intermittente per requisiti oggettivi*: si tratta della fattispecie che potrebbe definirsi a giusto titolo *standard* del lavoro intermittente per lo svolgimento di prestazioni di carattere oggettivamente discontinuo o intermittente, individuate, secondo le specifiche esigenze rilevate, dai contratti collettivi stipulati da associazioni dei datori e prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o territoriale (art. 34, comma 1, prima parte, d.lgs. n. 276/2003), di cui al dm 23 ottobre 2004 (in  *Boll. Adapt*, 2004, n. 39) che fa rinvio, transitoriamente, in attesa delle determinazioni della contrattazione collettiva, alle « tipologie di attività » contenute e indicate nella tabella allegata al r.d. n. 2657/1923;

2) *intermittente per requisiti temporali*: è la prima forma di intermittente che (nel corso dell'estate 2004) ha preso concretamente avvio, quella per periodi predeterminati nell'arco della settimana, del mese o dell'anno: fine settimana, periodi delle ferie estive, delle vacanze natalizie e pasquali (art. 34, comma 1, seconda parte, d.lgs. n. 276/2003), secondo le specificazioni e le definizioni della menzionata circ. n. 4/2005;

3) *intermittente per requisiti soggettivi*: si tratta dell'intermittente inizialmente introdotto in via « sperimentale », soggetto a successiva valutazione d'impatto, che poteva essere stipulato, in qualsiasi settore e per qualsiasi attività o mansioni, esclusivamente con soggetti in stato di disoccupazione o di inoccupazione (ai sensi del d.lgs. n. 181/2000, come modificato dal d.lgs. n. 297/2002, con meno di 25 anni di età ovvero con lavoratori con più di 45 anni che fossero stati espulsi dal ciclo produttivo o che risultassero iscritti alla liste di mobilità o di collocamento (art. 34, comma 2, d.lgs. n. 276/2003).

Proprio su questa terza figura di lavoro a chiamata è intervenuto il legislatore con la l. n. 80/2005, prevedendo all'art. 1-*bis*, comma 1, lett. *b*), del d.l. n. 35/2005 che il testo del comma 2 dell'art. 34 del d.lgs. n. 276/2003 venisse sostituito con quello ora vigente che

recita « Il contratto di lavoro intermittente può in ogni caso essere concluso con riferimento a prestazioni rese da soggetti con meno di venticinque anni di età ovvero da lavoratori con più di quarantacinque anni di età, anche pensionati ».

Ne consegue che i giovani *under 25* anni e i soggetti *over 45* anni di età potranno essere chiamati a svolgere attività di lavoro intermittente da qualsiasi datore di lavoro in qualsivoglia settore di attività e per ogni tipo di mansioni, senza alcun limite, se non quelli eventualmente stabiliti dalla contrattazione collettiva.

D'altra parte, non si sottovaluti neppure l'enorme significato dell'eliminazione dal testo di legge della « sperimentalià » dell'istituto del lavoro intermittente « soggettivo » che ora ha identica dignità giuridica alla pari delle altre due forme sopra sinteticamente richiamate, nella chiara convinzione del legislatore di leggere nella flessibilità del lavoro a chiamata una chiave di volta del sistema di lotta attiva al lavoro sommerso (e in questo senso evidente propulsore di migliore competitività), quale strumento di emersione di prestazioni lavorative rese « in nero » (spesso quale « doppio lavoro », in particolar modo nell'ambito dei pubblici esercizi).


7.4. La l. n. 80/2005 ha altresì previsto, introducendo il testo dell'art. 1-*bis*, comma 1, lett. c), del d.l. n. 35/2005 che all'art. 59, comma 1, del d.lgs. n. 276/2003 le previsioni originarie in materia di inquadramento del lavoratore, inferiore fino a un massimo di due livelli rispetto alla categoria spettante in applicazione del contratto collettivo nazionale di lavoro, venissero integrate dalla seguente eccezione: « Il sottoinquadramento non trova applicazione per la categoria di lavoratori di cui all'art. 54, comma 1, lett. e), salvo non esista diversa previsione da parte dei contratti collettivi nazionali o territoriali sottoscritti da associazioni dei datori di lavoro e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale ».

La previsione, in linea generale, di fatto parifica, in termini retributivi, l'inserimento all'apprendistato, consentendo al datore di lavoro di « sottoinquinare » quasi tutte le categorie di lavoratori assunti con contratto di inserimento, fatte salve, ora, per effetto del « decreto competitività », le donne di qualsiasi età residenti in una area geografica in cui il tasso di disoccupazione femminile supera del 10% quello maschile ovvero il tasso di occupazione femminile sia inferiore almeno del 20% di quello maschile.

Dall'entrata in vigore della nuova disposizione, dunque, le donne potranno essere retribuite fino a due livelli inferiori a quello contrattuale di riferimento soltanto se previsto dal contratto collettivo nazionale o territoriale, nel caso di assunzione con contratto di inserimento ai sensi della lett. e) dell'art. 54 del d.lgs. n. 276/2003, oppure anche in assenza di qualsivoglia previsione collettiva qualora l'assunzione avvenga per una delle altre causali di cui alle lett. da a) a d) o alla lett. f) del medesimo articolo.

Quanto al livello di contrattazione « territoriale », la locuzione adottata può essere intesa come sinonimo concettuale di « secondo livello » o « decentrato », pertanto la contrattazione di riferimento, al fine di verificare la possibilità del sottoinquinamento femminile, sarà quella nazionale ovvero, sulla base di questa o *aliunde*, quella territoriale o di secondo livello. D'altra parte, con riguardo alle organizzazioni firmatarie la norma testualmente parla di: « associazioni dei datori di lavoro e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale », dunque non vi sono ragioni per sostenere una individuazione delle associazioni e organizzazioni sindacali e datoriali diverse da quelle « comparativamente » rilevanti in ambito nazionale.

In via generale, la norma — sotto un profilo operativo — deve essere letta ora nel senso negativo, vale a dire che nel silenzio di una specifica previsione *ad hoc* del Ccnl (o di quello territoriale nel senso anzidetto), all'atto della stipula del contratto di inserimento ai sensi dell'art. 54, lett. e), le lavoratrici dovranno percepire la retribuzione prevista per il normale inquadramento contrattuale.

D'altra parte i limiti di durata — da 9 a 18 mesi — del contratto *de quo* impone di mettere calma sulla questione, immediatamente insorta, circa la portata della nuova previsione, tanto più che il decreto da emanarsi di concerto tra MLPS e MEF e chiamato ad individuare le aree territoriali predefinite con i requisiti occupazionali menzionati dal legislatore, ufficialmente, ancora non c'è, sebbene dall'ottobre 2004 (in  *Boll. Adapt*, 2004, n. 39) si è avuta notizia della firma del decreto che attende la pubblicazione in Gazzetta Ufficiale (nel testo del decreto ministeriale, peraltro, viene individuato tutto il territorio nazionale, alla luce della persistenza di almeno uno dei due requisiti indicati dalla norma: tasso di occupazione femminile inferiore del 20% rispetto a quello maschile, tasso di disoccupazione femminile superiore del 10% di quello maschile).

Resta fermo, in conclusione, che l'assunzione delle donne a norma dell'art. 54, lett. e), non appena sarà dato il via libera al decreto ministeriale predetto, farà godere sempre al datore di lavoro gli incentivi previsti dal d.lgs. n. 276/2003, già in precedenza riconosciuti per le assunzioni con contratto di formazione e lavoro.

7.5. Ulteriore effetto della l. n. 80/2005 è quello che tocca l'unico istituto contrattuale della riforma Biagi che ancora non ha trovato effettiva attuazione, nonostante le modifiche più recenti introdotte dal d.lgs. n. 251/2004: il lavoro (occasionale) accessorio. L'art. 1-*bis*, comma 1, lett. d), e), f) e g), del d.l. n. 35/2005 prevede ora diverse modifiche ad alcune delle norme dettate dal d.lgs. n. 276/2003 in materia di lavoro accessorio, vale a dire di quelle prestazioni lavorative di natura puramente occasionale che sono svolte da soggetti a rischio di esclusione sociale o in fase di ingresso o re-ingresso nel mercato del lavoro o, infine, in pericolo di uscirne.

All'art. 70, comma 1, viene aggiunta una nuova lettera che inserisce fra le attività che possono essere oggetto di assunzione con lavoro accessorio anche gli ambiti operativi « dell'impresa familiare di cui all'art. 230-*bis* del codice civile, limitatamente al commercio, al turismo e ai servizi »: la limitazione al commercio, turismo e servizi fa sì che nel contesto familiare di gestione di negozi o di piccoli esercizi, nei limiti predefiniti dal legislatore è possibile procedere ad attivare lavori accessori.

Il vecchio comma 2 dell'art. 70, è stato sostituito con il seguente: « Le attività lavorative di cui al comma 1, anche se svolte a favore di più beneficiari, configurano rapporti di natura meramente occasionale e accessoria, intendendosi per tali le attività che non danno complessivamente luogo, con riferimento al medesimo committente, a compensi superiori a 5.000 euro nel corso di un anno solare ».

L'effetto di questa « riforma della riforma » è sostanzialmente quello di elevare il tetto massimo raggiungibile, sotto il profilo economico, a 5.000 euro (esattamente alla pari del lavoro occasionale) e, non meno importante, di avere eliminato il riferimento temporale alla durata massima di 30 giorni della prestazione di lavoro accessorio.

Non solo, perché il decreto legge ha chiarito che il limite pecuniario deve essere inteso con esclusivo riferimento ad uno stesso committente e non, come precedentemente consentiva il testo normativo, alla platea dei diversi committenti.

Il limite è ancora più elevato nelle imprese familiari che possono utilizzare prestazioni di lavoro accessorio per un importo complessivo non superiore, nel corso di ciascun anno fiscale, a 10.000 euro (art. 70, comma 2-*bis*): si noti che qui il riferimento non è più all'anno « solare », ma all'anno « fiscale ».

Anche il comma 4 dell'art. 72, è stato sostituito dai nuovi commi 4 e 4-*bis*. Per effetto delle modifiche il concessionario dei *vouchers* provvede al pagamento delle spettanze al lavoratore che presenta i buoni, registrandone i dati anagrafici e il codice fiscale. Al concessionario spetta poi effettuare il versamento per conto del lavoratore accessorio dei contributi per fini previdenziali all'Inps, nella apposita gestione separata di cui

all'art. 2, comma 26, della l. n. 335/1995, in misura pari al 13% del valore nominale del buono, e per fini assicurativi contro gli infortuni all'Inail, in misura pari al 7% del valore nominale del buono, trattenendo l'importo autorizzato, a titolo di rimborso spese. Tale disciplina non opera però per l'impresa familiare (art. 70, comma 1, lett. e)-bis) per la quale trova applicazione la normale disciplina contributiva e assicurativa del lavoro subordinato.

Infine, nel corpo dell'art. 72, comma 5, la parola « metropolitane » è stata soppressa, con l'effetto di lasciare libero il Ministro del lavoro e delle politiche sociali di individuare le aree sperimentali di attivazione dell'istituto a prescindere dalla caratterizzazione « metropolitana » delle stesse.




7.6. Infine, all'art. 13 del d.l. n. 35/2005, dopo il comma 13, è stato aggiunto un nuovo comma (13-bis), per effetto del quale all'art. 49 del d.lgs. n. 276/2003, dopo il comma 5, è stato inserito il seguente: « 5-bis. Fino all'approvazione della legge regionale prevista dal comma 5, la disciplina dell'apprendistato professionalizzante è rimessa ai contratti collettivi nazionali di categoria stipulati da associazioni dei datori e prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale ».

Fino all'approvazione della legge regionale prevista dal comma 5, dunque, la disciplina dell'apprendistato professionalizzante è rimessa ai contratti collettivi nazionali di categoria stipulati da associazioni datoriali e sindacali comparativamente più rappresentative in campo nazionale.

La « disciplina » dell'apprendistato del « secondo tipo » viene, pertanto, rimessa direttamente, senza intermedio, ai Ccnl.

La norma è stata ritenuta di « difficile lettura » dai primi commentatori (cfr. M. TIRABOSCHI, *Pacchetto competitività e riforma Biagi*, in *GLav*, 2005, n. 22, 17) in ragione di un rinvio generico alla contrattazione collettiva che deve comunque essere ricondotto ai soli Ccnl che hanno provveduto a contemplare anche i profili formativi del contratto di apprendistato professionalizzante, elemento essenziale (si direbbe quasi *condicio sine qua non*) per la concreta attivazione dell'istituto contrattuale, stante la previsione normativa che collega proprio al regolare espletamento della formazione il godimento degli incentivi economici.


D'altro canto la cripticità della norma comporta anche una necessaria disamina del concetto di « disciplina » che viene rimesso alla contrattazione collettiva.

Così, nell'esempio del Ccnl Terziario Confcommercio (in  *Boll. Adapt*, 2004, n. 25), deve chiedersi se, a norma dell'art. 21-ter, anche senza alcun obbligo di iscrizione all'Ente bilaterale (come previsto dall'Interpello del 12 aprile 2005, in  *Boll. Adapt*, 2005, n. 17) e dalla circ. Min. lav. n. 40/2004 (in  *Boll. Adapt*, 2004, n. 38) occorrerà presentare all'Ente il « piano formativo » per l'acquisizione del prescritto parere di conformità in rapporto alle norme previste dallo stesso Ccnl, ai programmi di formazione indicati dall'azienda e ai contenuti intrinseci del piano formativo, finalizzato al conseguimento delle specifiche qualifiche professionali da parte del lavoratore, oppure no.

In verità, il piano sarà comunque « approvato » o direttamente o tramite il silenzio assenso, come previsto dalla stessa disciplina contrattuale, in quanto non si tratta, ben è vero, di una autorizzazione o di una certificazione (che non sarebbero in alcun modo possibili dopo l'intervento abrogativo del d.lgs. n. 276/2003 circa la preventiva autorizzazione all'apprendistato in precedenza di competenza della Direzione provinciale del lavoro), ma di un parere di conformità, appunto, al quale però parrebbe impossibile sottrarsi laddove si sposesse una lettura estensiva del termine « disciplina » capace di ricomprendere ogni aspetto, anche procedurale, dell'assunzione dell'apprendista.

Tuttavia, la richiamata circ. Min. lav. n. 40/2004 ha stabilito, che non sono da considerarsi legittime le clausole dei contratti collettivi « che subordinano la stipula del

contratto di apprendistato all'iscrizione all'Ente Bilaterale o ad altre condizioni non espressamente previste dal legislatore ». Pertanto, alla luce di questa indicazione, sono da considerarsi validi i contratti di apprendistato professionalizzante stipulati in assenza di iscrizione all'Ente bilaterale, ma non solo, giacché il richiamo alla illegittimità delle « altre condizioni non espressamente previste dal legislatore », operato nella circolare menzionata, lascia senza dubbio aperta l'ipotesi di una non necessaria sottoposizione al parere dell'Ente bilaterale, laddove si interpretasse la normativa, nel senso di rimettere al Ccnl la previsione delle attività formative e della disciplina soggettiva ed oggettiva del rapporto di lavoro in apprendistato, residuando su tutte le condizioni di legittimità circa l'instaurazione del contratto le sole previsioni legalmente dettate dal d.lgs. n. 276/2003.

Da ultimo si tenga presente che l'art. 49, comma 5-bis, non sembra idoneo ad impedire che l'apprendistato professionalizzante possa essere attivato, anche in assenza di specifiche previsioni contrattuali, sulla scorta delle « sperimentazioni » già in atto in diverse realtà regionali, anche mediante delibera di giunta, sulla scorta di quanto precisato nella circ. Min. lav. n. 40/2004 (cfr. in tal senso Delibera Giunta Regionale della Regione Marche n. 631 del 23 maggio 2005, in  *Boll. Adapt*, 2005, n. 21, doc. nazionale).

Pierluigi Rausei
Centro Studi Attività Ispettiva
Ministero del lavoro e delle politiche sociali

8. Salute e sicurezza (riparto di competenze Stato-Regioni)

Il Consiglio di Stato si pronuncia sulla salute e sicurezza sul lavoro nell'attuale assetto costituzionale

Sommario: **8.1.** La potestà legislativa statale e regionale in materia di « tutela e sicurezza del lavoro ». — **8.2.** Il « Testo Unico » di salute e sicurezza sul lavoro al vaglio del Consiglio di Stato. — **8.3.** Brevi considerazioni. — **8.4.** Riferimenti dottrinali.

8.1. L'attuale art. 117 Cost., comma 3, colloca tra le materie riservate alla potestà legislativa concorrente tra Stato e Regioni anche la « tutela e sicurezza del lavoro », mentre il successivo comma 4 dispone — ribaltando la prospettiva precedente — che « spetta alle Regioni la potestà legislativa in riferimento ad ogni materia non espressamente riservata alla legislazione dello Stato ». In ogni caso, rispetto alle materie di legislazione concorrente « la determinazione dei principi fondamentali » entro i quali deve esplicarsi la potestà legislativa concorrente delle Regioni viene « riservata alla legislazione dello Stato » (comma 3, ultimo inciso, art. 117 Cost.).

La dottrina giuslavoristica pronunciatasi su tale rinnovato assetto costituzionale ha costantemente rimarcato come il testo dell'art. 117 Cost. sia quanto meno di difficile interpretazione, se non addirittura « criptico in merito ai contenuti ed ai confini della competenza legislativa attribuita alle Regioni » (in questi termini M. MAGNANI, *Il lavoro nel Titolo V della Costituzione*, in *ADL*, 2002, n. 3, 646, la quale sottolinea altresì come tale ripartizione di materia in ambito lavoristico non risulti « essere stata oggetto di attenta discussione nei lavori parlamentari »). In particolare, è stato sottolineato come tali problemi divengano ancora più complessi ove si consideri che il diritto del lavoro è una materia relativamente alla quale opera un sistema complesso di fonti, non solo


legislative, che possono dirsi — in via di prima approssimazione — dirette a dare concretezza alla tutela di diritti fondamentali dell'individuo.


A fronte di tale realtà, il punto essenziale è quello di capire se ed in quale misura il diritto del lavoro in senso stretto, quello sindacale, quello della previdenza sociale e la salute e sicurezza sul lavoro continuino ad essere — a Costituzione variata — materie riservate alla legislazione esclusiva dello Stato o se ed in quale misura, viceversa, debbano intendersi affidate alla legislazione concorrente Stato-Regioni oppure a quella esclusiva delle sole Regioni. A tale riguardo, appare fondamentale individuare il concetto di « ordinamento civile » dello Stato (comma 2, lett. *l*), dell'art. 117 Cost. nel testo introdotto dall'art. 3 della l. cost. n. 3/2001) al fine di capire se in tale previsione debba farsi rientrare, in tutto o *in parte qua*, la materia del lavoro complessivamente e/o nelle sue singole partizioni considerata.

Con specifico riferimento all'espressione « ordinamento civile », va subito segnalato come la dottrina vi riconduca pressoché in maniera unanime l'intera disciplina del contratto e del lavoro subordinato (per tutti, si rinvia a M. PERSIANI, *Devolution e diritto del lavoro*, in *ADL*, 2002, n. 1, 19) che risulterebbe in tal modo assistita da una riserva di legge statale, anche se gli interpreti si dividono sulle ragioni in base alle quali detta disciplina debba essere considerata come appartenente all'« ordinamento civile » dello Stato. Così taluni hanno affermato semplicemente che farebbero parte dell'« ordinamento civile » dello Stato tutte le materie regolate dal Codice civile e, comunque, tradizionalmente ricomprese nel diritto privato (così, per tutti, M.G. GAROFALO, *Pluralismo, federalismo e diritto del lavoro*, in *RGL*, 2002, II, 410, secondo il quale: « sono esclusi dall'espressione solo i rapporti tra soggetti pubblici in quanto tali e l'esercizio delle potestà pubbliche nei confronti dei cittadini »), altri hanno concluso nel senso appena esposto prescindendo da una interpretazione del dettato dell'art. 117 Cost. (nel testo attualmente vigente) condotta secondo i canoni ermeneutici propri della legge ordinaria ed orientata dalla considerazione dei « principi fondamentali » enunciati dalla Costituzione (M. PERSIANI, *op. cit.*, 26). In particolare, secondo i fautori di tale seconda corrente di pensiero, la legislazione in materia di regolamentazione del rapporto di lavoro dovrebbe essere riservata al solo Stato in applicazione dei principi elaborati dalla giurisprudenza costituzionale nella vigenza del precedente testo dell'art. 117 — ritenuti applicabili anche in relazione al nuovo dettato introdotto nel 2001 — e secondo i quali: « l'ordinamento del diritto privato si pone quale limite alla legislazione regionale, in quanto fondato sull'esigenza, sottesa al principio costituzionale di uguaglianza, di garantire nel territorio nazionale l'uniformità della disciplina dettata per i rapporti tra privati » (C. Cost. 6 novembre 2001 n. 352; C. Cost. 23 giugno 2000 ord. n. 243; C. Cost. 24 luglio 1998 n. 326; C. Cost. 1° aprile 1998 n. 82; C. Cost. 24 luglio 1996 n. 307; C. Cost. 27 luglio 1995 n. 408; C. Cost. 23 dicembre 1994 n. 441). Ne deriva, sempre seguendo l'orientamento appena considerato, che il diritto del lavoro *strictu sensu* non tollerebbe una differenziazione per territorio proprio in quanto la disciplina del rapporto di lavoro potrebbe davvero dirsi rispettosa del principio costituzionale di eguaglianza solo ove essa non sia differenziata per aree geografiche. In tale ottica, la materia della salute e sicurezza sui luoghi di lavoro dovrebbe essere ricompresa tra quelle riconducibili al concetto di « ordinamento civile » in quanto trova la sua norma-cardine nell'art. 2087 c.c. che è norma diretta a disciplinare i rapporti tra privati imponendo al datore di lavoro l'obbligo di apprestare ogni misura di tutela nei confronti dei propri prestatori di lavoro (M. PERSIANI, *op. cit.*, 24).

Altra parte della dottrina è giunta ad una interpretazione parzialmente diversa del dettato costituzionale in commento, per quanto pur sempre diretta a dare coerente soluzione al problema della uniformità della disciplina legale in materia di sicurezza sul

lavoro sul territorio nazionale. In particolare, vi è stato chi ha condivisibilmente ritenuto che facendo leva sull'art. 117, comma 2, lett. *m*), Cost., che attribuisce alla potestà legislativa esclusiva dello Stato « la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale », si potrebbe superare la apparente dicotomia tra « ordinamento civile » e « tutela e sicurezza sul lavoro » e ritenere attribuita allo Stato una legislazione sui minimi — che in determinati casi potrebbe spingersi fino alla normativa di dettaglio — lasciando alle Regioni il compito di modulare oltre il minimo la legislazione in materia di lavoro e sicurezza (M. BIAGI, *Il lavoro nella riforma costituzionale*, in *DRI*, 2002, n. 2, 157).

8.2. La normativa in materia di salute e sicurezza sul lavoro avrebbe dovuto essere completamente rivisitata tramite l'attuazione della delega di cui all'art. 3 della l. n. 29 luglio 2003, n. 229 (legge « di semplificazione » 2001), il cui termine ultimo era stato, dalla l. 27 dicembre 2004, n. 306, prorogato al 30 giugno 2005. Al fine di attuare tale delega è stato approvato dal Consiglio dei Ministri, in data 18 novembre 2004, un articolato comunemente definito come « Testo Unico » di salute e sicurezza sul lavoro (in  *Boll. Adapt*, 2004, n. 44). Tuttavia, il relativo schema di decreto, dopo essere stato trasmesso alle Commissioni XI e XII per i pareri di competenza, è stato ritirato dal Governo lo scorso mese di maggio.

Tale decisione, oltre che frutto di valutazioni politiche indotte dalle posizioni critiche espresse dalla Conferenza Stato-Regioni alla seduta del 3 marzo 2005, è stata adottata anche in ragione del parere espresso sulla bozza di articolato dal Consiglio di Stato in data 7 aprile 2005 (in  *Boll. Adapt*, 2005, n. 16), il quale ha segnalato al Ministero proponente (quello del lavoro e delle politiche sociali) l'opportunità di procedere ad una modifica dell'impostazione del testo di una così ampia rilevanza da far preferire al Governo il ritiro della bozza, la quale avrebbe tramite tali modifiche perso alcune delle sue più pregnanti caratteristiche.

In particolare, in tale parere il Consiglio di Stato, sul presupposto che nel caso di specie il principio di leale collaborazione tra lo Stato e le Regioni non ha potuto operare in ragione del parere negativo (parziale, in quanto la Regione Lazio ed i Comuni avevano manifestato il proprio consenso) espresso sulla bozza di decreto legislativo in parola dalla Conferenza Stato-Regioni alla riunione del 3 marzo u.s., ha innanzitutto evidenziato come « le prescrizioni finalizzate alla tutela della salute e sicurezza sul lavoro non costituiscono (...) il frutto dell'autonomia contrattuale delle parti ma vengono eteroimposte », non rientrando pertanto nell'« ordinamento civile dello Stato », come invece sostenuto dal Ministero del lavoro nei documenti illustrativi del « Testo Unico ». Ciò, specifica il Consiglio di Stato, a differenza di quanto attinente alla materia regolata dalla « Riforma Biagi » (la quale, come evidenziato dalla sentenza della C. Cost. n. 50/2005, in *Boll. Adapt*, 2005, n. 4 è quasi del tutto riconducibile « alla disciplina intersoggettiva del rapporto di lavoro »)

Sulla base di tale presupposto logico, il parere *de quo* « inquadra » la totalità della materia della salute e sicurezza sul lavoro nell'area della concorrenza procedendo, quindi, ad una ampia dissertazione (tramite la rassegna della giurisprudenza della Corte costituzionale in materie connesse) su temi quali i « principi fondamentali », le « clausole di cedevolezza », la normativa « di dettaglio » e la attuazione delle direttive comunitarie. All'esito di tale operazione, il Consiglio di Stato espone testualmente quanto segue:

« — il legislatore statale può adottare solo norme costituenti principi fondamentali e non anche disposizioni di dettaglio, benché cedevoli;
— le disposizioni di dettaglio preesistenti restano in vigore con carattere della cedevolezza »

lezza, fino a quando esse non vengono sostituite da nuove norme dettate dall'autorità dotata di competenza nel nuovo sistema;

— in relazione a tali disposizioni di dettaglio preesistenti, lo Stato non dispone della legittimazione ad innovarle, ma può solo svolgere un'attività meramente ricognitiva, fermo restando il carattere di cedevolezza delle disposizioni stesse.

A tali principi va aggiunto che:

— nelle materie a legislazione concorrente, avendo lo Stato perduto la potestà regolamentare, le leggi previgenti, attributive della potestà regolamentare allo Stato, debbono ritenersi venute meno a seguito della emanazione del nuovo Titolo V della Costituzione che esclude che lo Stato possa disciplinare le materie predette nella loro intera estensione e, per giunta, a livello regolamentare (Cons. Stato, Ad. gen., 11 aprile 2002, n. 1/2002; 17 ottobre 2002, n. 5/2002);

— in sede di attuazione delle direttive comunitarie nelle materie attribuite alle Regioni o alle Province autonome in via esclusiva o concorrente, il potere sostitutivo attribuito allo Stato in caso di inadempimento da parte delle Regioni presuppone la possibilità che lo Stato possa intervenire in via preventiva adottando una normativa di carattere cedevole e ad efficacia differita alla scadenza dell'obbligo comunitario di attuazione della direttiva nei confronti delle sole Regioni inadempienti (Cons. Stato, Ad. Gen., 25 febbraio 2002, n. 2/2002) ».

8.3. Il parere del Consiglio di Stato riveste particolare rilevanza in quanto — come sottolineato dallo stesso Collegio — reso con riferimento al primo (progetto di) « codice » concernente la disciplina di una materia di legislazione concorrente, avalla una « lettura » del dato costituzionale in un senso che potrebbe essere definito ampiamente « federalista ».

Invero, il Ministero del lavoro e delle politiche sociali (il quale ha anche formalizzato la propria posizione rispondendo al parere interlocutorio reso sulla bozza di « Testo Unico » dal Consiglio di Stato in data 31 gennaio 2005) aveva adottato nella stesura della bozza di decreto legislativo in materia di salute e sicurezza sul lavoro una interpretazione del tutto differente del dettato dell'art. 117 Cost. Infatti, lo schema di decreto legislativo è stato redatto ritenendo esclusi da qualsiasi competenza regionale i profili inerenti l'« ordinamento civile », materia che, si ripete, ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. l), Cost., ricade nella sfera della competenza esclusiva dello Stato. L'ambito della normativa di salute e sicurezza sul lavoro riservata allo Stato risultava, peraltro, assolutamente maggioritario essendo in esso ricompresi tutti i precetti incidenti sull'insieme di diritti e doveri nei quali si sostanzia il rapporto di lavoro e, quindi, la maggior parte delle disposizioni relative alla salute e sicurezza del lavoro, innanzitutto attuative dell'obbligo generale di tutela di cui all'art. 2087 c.c. In altre parole, nella stesura della bozza di « Testo Unico » il Governo ha dimostrato di condividere l'opinione dottrinale *retro* segnalata in forza della quale la materia della salute e sicurezza sui luoghi di lavoro è « oggetto di un'obbligazione contrattuale del datore di lavoro alla quale fa riscontro il diritto del lavoratore a che siano approntate tutte le misure necessarie a garantirgli l'integrità fisica e la personalità morale » (M. PERSIANI, *op. cit.*, 24).

Si tratta, del resto, di una interpretazione condivisa dalla più recente giurisprudenza della Corte costituzionale secondo cui tutto ciò che riguarda i rapporti intersoggettivi tra datore e lavoratore deve essere ricompresa nell'« ordinamento civile » (C. Cost. n. 50/2005), compresa l'ipotetica disciplina legislativa (allo stato, inesistente) del *mobbing*, fenomeno che « rientra nell'ordinamento civile » in quanto « non può non mirare a salvaguardare sul luogo di lavoro la dignità ed i diritti fondamentali del lavoratore » (C.

Cost. n. 359/2003). Come può dirsi — a parere di chi scrive — *a fortiori* per la massima parte della disciplina vigente in materia di salute e sicurezza sul lavoro.

A favore della tesi della competenza legislativa esclusiva dello Stato nella materia della salute e sicurezza sul lavoro depone, altresì, la circostanza che la maggior parte delle norme allo stato applicabili è assistita da sanzione penale la quale, a meno che non si intenda — come l'ordinamento vigente non consente — ipotizzare una differente disciplina regionale, resta nella completa disponibilità del legislatore statale. Al riguardo — in tal modo in qualche misura « tradendo » una volontà di dare alla attuale formulazione dell'art. 117 Cost. una interpretazione che non vanifichi, con specifico riguardo alla infelice espressione « tutela e sicurezza del lavoro », il principio della « devoluzione » della legislazione alle Regioni — il Consiglio di Stato giunge addirittura ad ipotizzare la possibilità che « la disposizione statale preveda il nucleo del precetto (...), al contempo enunciando il criterio tecnico alla stregua del quale il legislatore regionale può attendere alla specificazione, sempre in chiave tecnica, dello stesso precetto statale » prefigurando una tecnica normativa « composita » che appare di ben difficile applicabilità.

In ogni caso, la posizione complessivamente assunta dal Consiglio di Stato appare in un certo senso « isolata », ancora più ove si consideri che nel parere in commento sembra argomentarsi nel senso che sarebbero le Regioni a dover legiferare in materia di salute e sicurezza sul lavoro spettando allo Stato unicamente la determinazione dei principi generali in materia in alcuni limitati casi. Al riguardo, è sufficiente rimarcare come la Corte costituzionale nella citata sentenza n. 359/2003 ha affermato che anche ove sia assente una disciplina legislativa « deve ritenersi precluso alle Regioni intervenire, in ambiti di potestà legislativa concorrente, dettando norme che vanno ad incidere sul terreno dei principi fondamentali ».

Per quanto non sia possibile in questa sede procedere ad una valutazione minimamente più dettagliata del parere reso dal Consiglio di Stato va, quindi, rimarcata già « in prima lettura » la criticità della interpretazione *ivi* adottata, la quale riserva un ruolo « residuale » allo Stato nella individuazione della normativa di sicurezza *inderogabile* ampliando, di converso, troppo l'area della competenza regionale.

Tale interpretazione dell'art. 117 Cost., come detto in contrasto con la opinione dei giuslavoristi e con le sentenze della Corte costituzionale, potrebbe in linea di principio consentire una disomogeneità tra normative territoriali di salute e sicurezza che esporrebbe i lavoratori al rischio del difetto di tutela sui luoghi di lavoro e lo Stato alla responsabilità risarcitoria per incompleta attuazione delle direttive comunitarie; ciò proprio in una materia, quale la salute e sicurezza sul lavoro, che riguarda beni di natura primaria costituzionalmente tutelati e che, pertanto, impone la sicura (ed uniforme anche a livello territoriale) individuazione di alcune garanzie di base rispetto alle quali la potestà legislativa concorrente delle Regioni si manifesti attraverso un sistema di *opting out upwards*, cioè unicamente tramite deroghe migliorative.

8.4. Sul riparto di competenze tra Stato e Regioni in materia di lavoro e sicurezza si vedano: O. BONARDI, *La sicurezza del lavoro nella comunità europea, nella costituzione e nella legge di semplificazione n. 229/03*, in *RGL*, 2004, 445; P. TOSI, *I nuovi rapporti tra Stato e Regioni: la disciplina del contratto di lavoro*, in *ADL*, 2002, n. 3, 599; M. MAGNANI, *op. cit.*, 646; M. BIAGI, *op. cit.*, 157; M. PERSIANI, *op. cit.*, 19; M. PALLINI, *La modifica del Titolo V della Costituzione: quale federalismo per il diritto del lavoro?*, in *RGL*, 2002, I, 21 ss.; S. SCIARRA, *Diritto del lavoro individuale e collettivo nel nuovo riparto delle competenze fra Stato e Regioni*, intervento al seminario ISRI, *L'ordinamento del lavoro tra Stato e Regione*, Roma, 7 febbraio 2002; M.G. GAROFALO, *op. cit.*, 410; M. ROCCELLA, *Il lavoro nella prospettiva federalista*, in *LD*, 2001, 56; E. LAMARQUE,

Osservazioni preliminari sulla materia 'ordinamento civile', di esclusiva competenza statale, in *Le Regioni*, 2001, n. 6, 1343.

Con riferimento al « Testo Unico » di salute e sicurezza sul lavoro, si vedano P. SOPRANI, *A che punto è arrivato il Testo unico sulla sicurezza?*, in *ISL*, 2005, n. 3, 125; M. LAI, *Prospettive di riforma nello schema di Testo Unico*, in *DPL*, 2005, n. 3, 137; M. TIRABOSCHI, *Verso un Testo unico della normativa in materia di salute e sicurezza del lavoro*, in *GLav*, 2004, n. 48; M. TIRABOSCHI, *Una tutela più ampia con meno formalismi*, in *Il Sole 24 Ore*, 19 novembre 2004, 25; L. MONTUSCHI, *Aspettando la riforma: riflessioni sulla legge n. 229 del 2003 per il riassetto in materia di sicurezza sul lavoro*, in *ADL*, 2004, 766; M. LEPORE, A. ANTONUCCI, *Le prospettive di un Testo Unico di sicurezza alla luce della riforma del Titolo V della Costituzione*, in *DRI*, 2003, n. 2, 191; M. LAI, *Il nuovo « codice » sulla sicurezza sul lavoro*, in *DRI*, 2003, n. 2, 2.

Lorenzo Fantini
Dirigente della Divisione III Direzione generale
della tutela delle condizioni di lavoro
Ministero del lavoro e delle politiche sociali

OSSERVATORIO DI GIURISPRUDENZA E POLITICHE COMUNITARIE DEL LAVORO

Libera circolazione delle persone

- libera circolazione dei lavoratori (nozione di lavoratore) (1.1.)

Parità

- discriminazioni di genere (accesso al lavoro) (2.1.)

Politica sociale

- diritti sociali (3.1.)

Previdenza

- lavoratori migranti (pensione di anzianità) (4.1.)
- lavoratori migranti (pensione di vecchiaia) (4.2.)

Strategia di Lisbona

- educazione e formazione (5.1.; 5.2.)
- in generale (5.3. -5.4)


*Nota per la lettura dell'Osservatorio di
giurisprudenza e politiche comunitarie del lavoro*

I documenti indicati con il simbolo  sono pubblicati sul sito internet del Centro Studi Internazionali e Comparati « Marco Biagi » all'indirizzo www.csmb.unimo.it

* * * * *

Si segnala che le considerazioni contenute negli interventi dei funzionari e dirigenti della Pubblica Amministrazione sono frutto esclusivo del pensiero dei rispettivi Autori e non hanno carattere in alcun modo impegnativo per l'Amministrazione alla quale essi appartengono.

1. Libera circolazione delle persone

1.1. C. Giust. 17 marzo 2005 in causa C-109/04, Karl Robert Kranemann c. Land Nordrhein-Westfalen (in  *Boll. Adapt*, 2005, n. 12).

Art. 48 del Trattato CE (divenuto in seguito a modifica art. 39 CE) - Libera circolazione dei lavoratori - Dipendente pubblico tirocinante - Tirocinio completato in un altro Stato membro - Rimborso delle spese di viaggio limitato al percorso compiuto dentro il territorio nazionale.

Trasferite nell'Unione Europea dei tirocinanti per le professioni legali: il problema del rimborso delle spese di viaggio

Nel caso di specie, la Corte è stata chiamata a pronunciarsi in merito alla posizione di un tirocinante per le professioni legali residente in Germania, con lo *status* formale di pubblico dipendente di nomina provvisoria, il quale dopo aver scelto di trascorrere quattro mesi del suo tirocinio come praticante in un altro Stato membro (precisamente in uno studio legale di Londra) aveva inoltrato richiesta di rimborso delle spese di viaggio sostenute per spostarsi dalla propria residenza alla sede del proprio tirocinio. La richiesta veniva respinta in primo grado ed in appello, in quanto la normativa nazionale prevede che sono rimborsabili le sole spese sostenute per il percorso del viaggio compiuto all'interno del territorio nazionale. Il ricorso contro il rifiuto di rimborso è stato, quindi, presentato dinanzi al *Bundesverwaltungsgericht*, che ha sospeso il giudizio rinviando alla Corte.

La sentenza offre numerosi spunti chiarendo la natura dell'attività svolta dai tirocinanti per le professioni legali. In primo luogo, ai fini di un corretto inquadramento della fattispecie è necessario chiarire se la situazione prospettata rientri nel campo di applicazione dell'art. 48 del Trattato CE (divenuto art. 39) e quindi se i tirocinanti per le professioni legali possano essere considerati « lavoratori » ai sensi di questa disposizione.

In base ad una giurisprudenza consolidata, è ormai pacifico che la nozione di lavoratore ha portata comunitaria e non può essere interpretata restrittivamente. Viceversa, tale nozione deve essere interpretata in modo ampio e deve essere definita in base a criteri obiettivi che caratterizzano il rapporto di lavoro sotto il profilo dei diritti e degli obblighi delle persone interessate. Sul punto, la Corte ha chiarito come la caratteristica essenziale di ogni rapporto di lavoro è data dalla circostanza che una persona fornisca, per un certo periodo di tempo, a favore di un'altra e sotto la direzione di quest'ultima prestazioni in contropartita delle quali riceva una retribuzione (C. Giust. 3 luglio 1986 in causa C-66/85, *Latrie-Blum*, in *Racc.*, 1986, 2121; C. Giust. 26 febbraio 1992 in causa C-3/90, *Bernini*, in *Racc.*, 1992, I, 1071; C. Giust. 7 settembre 2004 in causa C-456/02, *Trojani*, in *Racc.*, 2004). Pertanto, un soggetto per essere qualificato lavoratore deve svolgere attività reali ed effettive, restando escluse quelle attività talmente ridotte da potersi definire puramente marginali ed accessorie (C. Giust. 23 marzo 1982 in causa C-53/81, *Levin*, in *Racc.*, 1982, 1035; C. Giust. 26 febbraio 1992 in causa C-357/89, *Raulin*, in *Racc.*, 1992, I, 1027, in quest'ultima sentenza la Corte ha precisato che « la circostanza che, nell'ambito di un rapporto di lavoro, l'interessato abbia effettuato solo un numero assai esiguo di ore può costituire un indice del fatto che le attività esercitate sono meramente marginali ed accessorie »).

Da quanto detto consegue che, analizzando i compiti espletati dal tirocinante per le professioni legali, è evidente che l'attività svolta – consistente nella redazione di memorie, nell'effettuazione di ricerche giuridiche e nella gestione di pratiche legali –

costituisce un'attività reale ed effettiva che fa del tirocinio una preparazione pratica collegata all'esercizio vero e proprio dell'attività professionale, e dunque, rientrando nell'ambito di applicazione dell'art. 39 CE. Questa affermazione risulta rafforzata dalla considerazione che i compiti eseguiti dal tirocinante nel periodo del suo tirocinio, non giovano soltanto a lui, ma costituiscono un contributo all'attività svolta dai soggetti incaricati della sua formazione.

Inoltre, il fatto che l'indennità versata ai tirocinanti costituisca solo un aiuto economico di modesta entità, non è rilevante ai fini della qualificazione di questi ultimi quali lavoratori, in quanto la Corte ha più volte ricordato che, in base alla normativa comunitaria, non possono avere alcuna conseguenza sulla qualità o meno di lavoratore, né la natura *sui generis* del rapporto di lavoro ai sensi della legislazione nazionale, né il livello di produttività della persona interessata, né l'origine delle risorse a partire dalle quali è pagata la retribuzione o il limitato ammontare di quest'ultima.

Una volta affermato, dunque, che un tirocinante per le professioni legali cittadino di uno Stato membro che effettua parte del suo tirocinio in un altro Stato esercitando un'attività dipendente reale ed effettiva, è un lavoratore ai sensi dell'art. 39 del Trattato, il caso di specie impone un'ulteriore precisazione relativa all'operatività o meno della deroga di cui all'art. 39, n. 4, CE, che sottrae gli impieghi nella pubblica amministrazione dall'ambito di applicazione dell'art. 39 CE.

Tale problema si pone perché in Germania il tirocinio per le professioni legali costituisce un periodo di formazione ed un indispensabile presupposto per accedere ad un posto nella magistratura o alla carriera superiore del pubblico impiego. Tuttavia, il caso prospettato non rientra nell'eccezione contemplata all'art. 39, n. 4, CE, in quanto questa disposizione riguarda solo gli impieghi che implicano la partecipazione, diretta o indiretta, all'esercizio dei pubblici poteri e alle mansioni che hanno per oggetto la tutela degli interessi generali dello Stato o di altre collettività pubbliche, ed inoltre gli impieghi in cui si ravvisi un rapporto particolare di solidarietà nei confronti dello Stato. Quanto detto è confermato dalla giurisprudenza della Corte in materia. Quest'ultima in merito ha dichiarato che « la nozione di impieghi nella pubblica amministrazione non comprende impieghi alle dipendenze di un singolo o di una persona giuridica di diritto privato, quali che siano i compiti incombenti al lavoratore dipendente » (C. Giust. 31 maggio 2001 in causa C-283/99, Commissione/Italia, in *Racc.*, 2001, I, 4363).

Altro aspetto particolarmente interessante da sottolinearsi attiene al problema della violazione delle norme in materia di libera circolazione dei lavoratori. Infatti, nel momento in cui uno Stato prevede un sistema di accesso a determinati impieghi basato su di un tirocinio preparatorio e, al tempo stesso, consente al tirocinante di effettuare tale tirocinio in un altro Stato membro, deve assicurarsi che le modalità di organizzazione del tirocinio non creino alcun ostacolo alla libera circolazione dei lavoratori.

Sicuramente, una normativa nazionale che rimborsi integralmente le spese di viaggio sostenute dal tirocinante per un periodo di formazione svolto all'interno del proprio territorio, non prevedendo un identico rimborso per un tirocinio svolto in un altro Stato, influisce sulla decisione del tirocinante creando un ostacolo di ordine finanziario. Infatti, il fatto di non poter beneficiare delle spese di viaggio può dissuaderlo dall'accedere ad un tirocinio in un altro Stato creando una chiara restrizione alla libera circolazione dei lavoratori.

Una simile normativa non può altresì essere giustificata da considerazioni di ordine finanziario. Infatti, pur avendo la Corte previsto la possibilità che un provvedimento di ostacolo alla libera circolazione dei lavoratori sia ammesso qualora persegua un obiettivo legittimo compatibile con il Trattato e giustificato da motivi imperativi di interesse generale – sempre che sia adatto a garantire il raggiungimento dello scopo che

persegue e non vada oltre quanto necessario al raggiungimento di tale scopo – la stessa Corte ha però precisato che le considerazioni di natura puramente economica, non costituiscono motivi imperativi di interesse generale idonei a giustificare una limitazione di una libertà fondamentale garantita dal Trattato, come la libera circolazione dei lavoratori (C. Giust. 26 aprile 1988 in causa C-352/85, *Bond van Adverteerders et al.*, in *Racc.*, 1988, 2085; C. Giust. 6 giugno 2000 in causa C-35/98, *Verkooijen*, in *Racc.*, 2000, I, 4071; C. Giust. 16 gennaio 2003 in causa C-388/01, *Commissione/Italia*, in *Racc.*, 2003, I, 721).

In conclusione, nel disciplinare le modalità di svolgimento del tirocinio per le professioni legali gli organi governativi regionali o nazionali dei singoli Stati membri, possono, sulla base di considerazioni finanziarie, decidere se e in che misura concedere ai tirocinanti il rimborso delle spese previste tra cui quelle di viaggio, potendo anche stabilire un massimale per l'importo rimborsabile. Tuttavia, il sistema di rimborso prescelto dovrà essere conforme al principio fondamentale della libera circolazione dei lavoratori, al cui rispetto gli Stati saranno comunque vincolati.

Federica Fucito
Collaboratore

Adapt-Centro Studi Internazionali e Comparati « Marco Biagi »

2. Parità

2.1. C. Giust. 1° febbraio 2005 in causa C-203/03, Commissione c. Repubblica d'Austria (in *Boll. Adapt*, 2005, n. 5).

Direttiva n. 76/207/CEE - Parità di trattamento tra uomini e donne - Esclusione dall'impiego di donne in lavori sotterranei di carattere minerario - Convenzione OIL 21 giugno 1935, n. 45 - Discriminazione basata sul sesso - Possibilità di denunciare tale discriminazione - Rispetto del termine di cui all'art. 7, n. 2, della Convenzione e art. 307 Trattato dell'Unione Europea (oggi art. III-435 del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa) - Esclusione dall'impiego di donne in lavori in atmosfera iperbarica e nei lavori in immersione - Illegittimità.

Il difficile coordinamento fra obblighi internazionali e comunitari in materia di parità e tutela del lavoro femminile

La Corte affronta l'annoso problema del coordinamento delle normative di cui al recepimento di convenzioni da parte degli Stati membri, nonché di quelle nazionali in genere, con quelle contenute nel Trattato dell'Unione Europea, oggi divenuto Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa. Nello specifico si tratta di verificare la legittimità del comportamento tenuto dalla Repubblica d'Austria che — secondo quanto affermato dalla Commissione delle Comunità Europee, promotrice del ricorso — non avrebbe adeguato alla disposizione della direttiva del Consiglio 9 febbraio 1976, n. 76/207/CEE — relativa all'attuazione del principio della parità di trattamento fra gli uomini e le donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionale e le condizioni di lavoro — l'art. 2 della *Verordnung des Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit über Beschäftigungsverbote und -beschränkungen für Arbeitnehmerinnen* del 2001 laddove prevede delle restrizioni per l'impiego di personale femminile in lavori sotterranei di carattere minerario ed inoltre gli artt. 8 e 31 della *Druckluft- und Taucherarbeiten-Verordnung* del 25 luglio 1973 laddove prevede il divieto di impiegare donne in lavori in atmosfera iperbarica e nei lavori in immersione.

A questo punto la disamina della sentenza deve necessariamente sdoppiarsi. Da un lato

abbiamo, infatti, il mantenimento del divieto di impiegare le donne in lavori sotterranei di carattere minerario che trova la sua giustificazione nel recepimento da parte della Repubblica d'Austria della convenzione OIL 21 giugno 1935, n. 45. Dall'altra parte troviamo il divieto relativo all'impiego di personale femminile in lavori in atmosfera iperbarica e nei lavori in immersione sancito esclusivamente da una legge nazionale.

Il discorso relativo al primo dei due momenti ricostruiti in sentenza è sicuramente più articolato e complesso, ma è anche quello che ci permette di trarre maggiori considerazioni sia di ordine sostanziale che processuale. Vari, infatti, sono i principi affermati dalla Corte nella parte di sentenza dedicata alla disamina del presente *petitum*.

Il primo passaggio è quello della ricevibilità del ricorso. Sostiene la Repubblica d'Austria che il ricorso, così come proposto, sarebbe irricevibile basando tale affermazione sulla circostanza per cui lo stesso non proviene dal medesimo parere motivato della Commissione in quanto il parere era stato espresso sull'art. 16 dell'*Arbeitszeitordnung* 30 aprile 1938, mentre il ricorso è stato proposto contro il decreto del 2001 che ha modificato l'originaria disciplina. Orbene se è vero che il parere e il ricorso debbono fondarsi sui medesimi addebiti, ciò non significa, però, che debba esistere una perfetta coincidenza fra questi, soprattutto quando la seconda fase è caratterizzata da un oggetto che sostanzialmente risulta ridotto. Diversamente invece, si dovrebbe procedere, se il ricorso risultasse più ampio rispetto al parere. Risulta presente, invece, l'altro elemento necessario al fine della ricevibilità del ricorso, e cioè, la sussistenza, allo scadere del termine fissato dal parere per eliminare l'anomalia, del fatto che ha generato il parere stesso. Infatti la normativa nazionale del 2001 non ha eliminato il problema, ma lo ha soltanto in parte ridimensionato.

Superato il problema della ricevibilità del ricorso, è necessario esaminare se nei fatti vi è stata una violazione da parte della Repubblica d'Austria della direttiva n. 76/207/CEE. Le motivazioni addotte per ritenere valida la presenza di una tale normativa riguardano aspetti sostanziali e procedurali, le prime disattese, la seconda accolta. Relativamente all'aspetto sostanziale non può ritenersi valido il richiamo all'art. 2, comma 3, della direttiva citata, in quanto il decreto del 2001 non fa riferimento al divieto di utilizzo di personale femminile nei periodi di gravidanza e puerperio, ma si limita genericamente a ritenere vietata tale attività, a meno che non si tratti di donne impiegate in posti direttivi, o per lo svolgimento di attività nei servizi sociali o sanitari. Né possono essere utilizzate delle valutazioni mediche che vadano oltre la tutela delle donne nei periodi prima indicati. Discorso diverso, invece, deve farsi per ciò che riguarda i problemi legati alla procedura di denuncia della convenzione OIL da cui la stessa Repubblica d'Austria ha tratto il principio poi riversato anche nel decreto del 2001. La convenzione a cui vogliamo riferirci è la n. 45/1935, entrata in vigore il 30 maggio 1937; va, infine, tenuta presente un'altra variabile che è quella relativa al momento dell'ingresso nella Comunità Europea da parte dell'Austria che è avvenuta nel 1995. A seguito di tale ingresso, la Repubblica d'Austria si è trovata a dover coordinare le disposizioni presenti nella predetta convenzione OIL con quelle di cui alla direttiva n. 76/207/CEE. Dal combinato disposto delle norme di cui all'art. 307 del Trattato dell'Unione Europea (oggi art. III-435 del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa) e dell'art. 7 della convenzione OIL si ricava che le convenzioni concluse anteriormente al 1° gennaio 1958 non sono pregiudicate dalle norme del Trattato, ma nel caso in cui siano incompatibili con queste, si provvederà ad eliminarle, ma sempre nel rispetto della normativa, che nel nostro caso, prevede la possibilità di denunciare la convenzione solo ogni dieci anni e per un periodo di tempo di un anno, dal momento in cui la direttiva è divenuta obbligatoria. Pertanto, nel caso che qui ci occupa, la denuncia era possibile nel 1997, ma in quel momento storico l'Austria non

poteva essere a conoscenza in maniera precisa della circostanza per cui la normativa citata era in contrasto con quella di cui alla direttiva n. 76/207/CEE. Pertanto un'altra possibile denuncia sarà possibile solo nel 2007.

In tal modo la Corte, pur avendo affermato sostanzialmente la contrarietà ai principi comunitari della normativa austriaca relativamente al divieto di impiego delle donne in lavori sotterranei di carattere minerario, non ha potuto sancire l'illegittimità di tale normativa.


Diversamente, invece, si è espressa per ciò che riguarda i lavori in atmosfera iperbarica e in immersione. In questo caso, non essendo presente alcuna precedente normativa sovranazionale, la Corte ha ritenuto non accoglibili le motivazioni, essenzialmente di ordine medico, della Repubblica d'Austria tese a dimostrare la necessità delle limitazioni ai sensi dell'art. 2, n. 3, della direttiva n. 76/207/CEE.

Filomena Focillo
Assegnista di ricerca
Università degli Studi di Salerno

3. Politica sociale

3.1. Trattato Costituzionale 29 ottobre 2004 (in  *Boll. Adapt*, 2004, n. 41).

I diritti sociali fondamentali nel Trattato Costituzionale

È solo con il Trattato di Amsterdam che i diritti sociali fondamentali entrano nel Trattato istitutivo della Comunità Europea e, con essi, vengono garantite soglie di protezione minimali in materia di politica sociale. Ed è sempre da questo momento che, parallelamente, la Comunità nel suo complesso assume il compito di promuovere « uno sviluppo armonioso, equilibrato e sostenibile delle attività economiche, una crescita sostenibile (...), un elevato livello di occupazione e di protezione sociale, il miglioramento del tenore e della qualità della vita, la coesione economica e sociale e la solidarietà tra Stati membri » (art. 2, Trattato CE e art. III-108, Trattato Costituzionale). L'obiettivo di un elevato livello di occupazione e di protezione sociale entra dunque a pieno titolo nei compiti dell'Unione aprendo così definitivamente la strada al coordinamento delle politiche dei singoli Stati membri sino a dare a luogo alla definizione di una vera e propria Strategia Europea per la occupazione (vedi la documentazione relativa in  indice A-Z, voce *Strategia Europea per l'occupazione*). L'inserimento formale nel Trattato dei diritti sociali fondamentali riconosciuti nella Carta sociale europea firmata a Torino il 18 ottobre 1961 e nella Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori del 1989 non dà ancora luogo a una loro costituzionalizzazione. Tuttavia, alla luce del nuovo quadro legale, la realizzazione delle disposizioni in materia non è più rimessa alla esclusiva responsabilità degli Stati membri. La politica sociale e della occupazione diventa così competenza, seppure non esclusiva, delle istituzioni comunitarie.

Conseguentemente e coerentemente a questa evoluzione, il baricentro dell'edificio comunitario si sposta in modo sostanziale, ponendo così al centro della azione comunitaria, e non più al margine, anche la politica sociale.

Il Trattato Costituzionale, sottoscritto dai leader dei Paesi dell'Unione Europea a Roma il 29 ottobre 2004, porta a compimento – seppure non senza incertezze e criticità (cfr. T. TREU, *L'Europa Sociale: problemi e prospettive*, in *DRI*, 2001, n. 3, 307 ss.) — il lento e complesso processo evolutivo delle finalità e delle competenze comunitarie in

materia di politica sociale. Per un verso riconoscendo solennemente che « l'Unione si adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata, (...) su una economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale. (...) Combatte l'esclusione sociale e le discriminazioni e promuove la giustizia e la protezione sociali, la parità tra donne e uomini, la solidarietà tra le generazioni, la tutela dei diritti del bambino » (art. I-3, § 3, Trattato Costituzionale). Per l'altro verso annoverando espressamente, tra le competenze dell'Unione, il coordinamento non solo delle politiche economiche ma anche di quelle in materia di occupazione (art. I-12, § 2, Trattato Costituzionale).

Il maggiore bilanciamento tra l'obiettivo della integrazione economica e quello della integrazione sociale — derivante dall'invito al legislatore comunitario di tener conto di tali diritti nella definizione delle politiche sociali europee — non è risultato tuttavia adeguato alla emersione di un diritto sociale europeo di rango paritario a quello che sostiene le libertà economiche e il mercato comune. E questo in considerazione del fatto che i diritti sociali vengono riconosciuti, in questa prospettiva, alla stregua di interessi sociali oggettivi e non come posizioni soggettive direttamente azionabili.

Non si deve peraltro trascurare la circostanza che la giurisprudenza della Corte di Giustizia aveva già da lungo tempo contribuito ad avviare il processo di annessione dei diritti fondamentali nel *corpus* del diritto comunitario attraverso numerose sentenze (tra cui C. Giust. 12 novembre 1969 in causa C-29/69, Stauder, in *Racc.*, 1969, 419; C. Giust. 17 dicembre 1970 in causa C-11/70, Internationale Handelsgesellschaft, in *Racc.*, 1970, 1125; C. Giust. 14 maggio 1974 in causa C-4/73, Nold, in *Racc.*, 1974, 491; C. Giust. 28 ottobre 1975 in causa C-36/75, Rutili, in *Racc.*, 1975, 1219; C. Giust. 13 luglio 1989 in causa C-5/88, Washauf, in *Racc.*, 1989, 2609), tanto da indurre parte della dottrina a ritenere che le istituzioni comunitarie si siano sostanzialmente limitate a recepire e rendere di portata generale questo filone interpretativo-evolutivo inaugurato dalla Corte di Giustizia già sul finire degli anni Sessanta.

Nell'ottica della piena realizzazione della Europa sociale, la tappa decisiva è rappresentata dalla costituzionalizzazione dei diritti sociali fondamentali e il loro innesto nel corpo di norme che, da Amsterdam in poi, governano le azioni in materia di politiche sociali e della occupazione. Diritti e politiche sociali si integrano così in una azione complessa tale da consentire un più esteso e solido raggio di azione su una area, quella del lavoro e delle politiche per l'occupazione, che nasce e storicamente si caratterizza per una marcata — se non esclusiva — connotazione nazionale.

La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione — solennemente proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 e ora recepita nella Parte II del Trattato Costituzionale — contempla al suo interno un ampio catalogo di diritti sociali fonti di situazioni giuridiche soggettive immediatamente azionabili. La maggior parte di questi diritti assume una titolarità individuale. Non mancano neppure, coerentemente a quella che è la dimensione più propria del diritto del lavoro, diritti fondamentali ad esercizio collettivo.

Nella prima categoria sono ascrivibili la proibizione del lavoro forzato (art. I-5, Trattato Costituzionale), il diritto all'accesso alla formazione professionale continua (art. II-14, § 1, Trattato Costituzionale), il diritto di lavorare e di esercitare una professione liberamente scelta o accettata (art. II-15, § 1, Trattato Costituzionale), il divieto di ogni forma di discriminazione fondata, in particolare, sul sesso, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale (art. II-21, § 1, Trattato Costituzionale), la parità tra uomini e donne in tutti i campi, « compreso in materia di occupazione, di lavoro e di retribuzione » (art. II-23,


Trattato Costituzionale), il diritto delle persone con disabilità di beneficiare di misure intese a garantire l'inserimento sociale e professionale (art. II-26, Trattato Costituzionale), il diritto di accedere a un servizio di collocamento gratuito (art. II-29, Trattato Costituzionale), il diritto alla tutela contro ogni licenziamento ingiustificato, conformemente al diritto dell'Unione e alle legislazioni e prassi nazionali (art. II-30, Trattato Costituzionale), il diritto a condizioni di lavoro sane, sicure e dignitose (art. II-31, § 1, Trattato Costituzionale), alla limitazione della durata massima del lavoro e a periodi di riposo giornalieri e settimanali e a ferie annuali retribuite (art. II-31, § 2, Trattato Costituzionale), il diritto dei giovani a condizioni di lavoro appropriate alla loro età e la protezione contro il loro sfruttamento economico e contro ogni lavoro che possa minarne la sicurezza, la salute, lo sviluppo fisico, mentale, morale o sociale o che possa mettere a rischio la loro istruzione (art. II-32, Trattato Costituzionale), il diritto contro il licenziamento a causa della maternità e il diritto a congedi di maternità e parentali al fine di conciliare vita familiare e vita professionale (art. II-33, § 2, Trattato Costituzionale), il diritto di accesso alle prestazioni di sicurezza sociale e ai servizi sociali (art. II-34, § 1, Trattato Costituzionale).

Nella seconda categoria rientrano la libertà di associazione, compreso « il diritto di ogni individuo di fondare sindacati insieme con altri e di aderirvi per la difesa dei propri interessi » (art. II-12, § 1, Trattato Costituzionale), il diritto di informazione e di consultazione nell'ambito dell'impresa, « in tempo utile e alle condizioni previste dal diritto dell'Unione e dalle legislazioni e prassi nazionali » (art. II-27, Trattato Costituzionale), il diritto di negoziare e concludere contratti collettivi, ai livelli ritenuti appropriati (comunitario, nazionale, locale), e di ricorrere, in caso di conflitti di interessi, « ad azioni collettive per la difesa dei loro interessi, compreso lo sciopero » (art. II-28, Trattato Costituzionale).

Michele Tiraboschi

*Professore straordinario di Diritto del lavoro
Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia*

4. Previdenza

4.1. C. Giust. 20 gennaio 2005 in causa C-101/04, Noteboom (in  *Boll. Adapt*, 2005, n. 4).

Previdenza sociale dei lavoratori migranti - Regolamento (CEE) n. 1408/1971 - Prestazioni di vecchiaia - Assegno per le vacanze concesso al beneficiario di una pensione di anzianità - Lavoratore frontaliero disoccupato avente diritto ad un regime pensionistico.

Natura dell'assegno vacanze concesso al beneficiario di una pensione di anzianità

La sentenza C-101/04 affronta un tema particolarmente interessante. Il Sig. Noteboom, cittadino belga che ha lavorato nei Paesi Bassi mantenendo il suo domicilio in Belgio, poco prima del suo pensionamento viene a trovarsi disoccupato. Durante l'anno precedente a quello in cui ha acquisito il diritto al versamento di una pensione di vecchiaia, egli percepisce ininterrottamente prestazioni di disoccupazione fissate ed erogate secondo la normativa belga in virtù del disposto dell'art. 71, n. 1, lett. a), sub ii), del regolamento n. 1408/1971. Il 1° gennaio del 1999 il Sig. Noteboom diviene titolare di una pensione di vecchiaia nell'ambito del regime belga per i lavoratori subordinati. Nel corso dello stesso anno l'Ente previdenziale belga gli versa oltre alla pensione, una

somma a titolo di assegno vacanze. Nell'agosto del 1999 tale Ente chiede la restituzione della suddetta somma, adducendo di averla indebitamente versata.

La sentenza della Corte pone due interrogativi fondamentali. In primo luogo, se una prestazione come l'assegno per le vacanze di cui alla normativa belga costituisca una prestazione di vecchiaia ai sensi dell'art. 4, n. 1, lett. c), del regolamento (CEE) n. 1408/1971 — di seguito « il regolamento » — (nella versione modificata e aggiornata dal regolamento (CE) del 2 dicembre 1996, n. 118/1997, come modificato del regolamento (CE) n. 1606/1998). La risposta a tale interrogativo richiama necessariamente il problema relativo al campo di applicazione *ratione materiae* del regolamento.

La Corte ha più volte chiarito che la distinzione tra le prestazioni che sono escluse dalla sfera di applicazione del regolamento e le prestazioni che vi rientrano è basata essenzialmente sull'analisi degli elementi costitutivi di ciascuna prestazione, ed in particolare sulle sue finalità, sui presupposti per la sua attribuzione, non rilevando il fatto che essa sia o meno qualificata come previdenziale da una normativa nazionale (C. Giust. 16 luglio 1992 in causa C-78/91, Hughes, punto 14, in *Racc.*, 1992, I, 4839, e C. Giust. 10 ottobre 1996 in cause riunite C-245/94 e C-312/94, Hoever e Zachow, punto 17, in *Racc.*, 1996, I, 4895). Inoltre, affinché una prestazione possa essere qualificata come previdenziale, è necessario che la prestazione sia attribuita ai beneficiari prescindendo da ogni valutazione individuale e discrezionale delle loro esigenze personali, in base ad una situazione legalmente definita e si riferisca ad uno dei rischi espressamente elencati nell'art. 4, n. 1, del regolamento (C. Giust. 15 marzo 2001 in causa C- 85/99, Offermanns, punto 28, in *Racc.*, 2001, I, 2261, e C. Giust. 7 novembre 2002 in causa C-333/00, Maaheimo, punto 22, in *Racc.*, 2002, I, 10087).

Dall'esame degli elementi costitutivi emerge che l'assegno per le vacanze deve essere considerato una prestazione di vecchiaia ai sensi dell'art. 4, n. 1, lett. c), del regolamento, erogata come assegno complementare di cui all'art. 1, lett. t), dello stesso regolamento. Infatti, l'assegno per le vacanze risponde ai requisiti suelencati in quanto risulta versato esclusivamente ai beneficiari di una pensione di vecchiaia e/o superstiti ed, inoltre, le fonti di finanziamento di questi assegni sono le stesse di quelle che finanziano tali pensioni. Per di più non deve essere trascurato il dato che l'assegno in parola permette ai beneficiari di sopperire ai loro bisogni, attraverso un'integrazione finanziaria che consenta loro di andare eventualmente in vacanza.

Il secondo interrogativo, posto dal caso in esame, attiene alle modalità di individuazione della concessione della prestazione « assegno per le vacanze ».

Il punto controverso, nel caso in oggetto, è dato dal fatto che il Sig. Noteboom era domiciliato in Belgio, pur svolgendo la propria attività lavorativa nei Paesi Bassi. La Corte ha sottolineato che, ai fini della concessione di tale prestazione, non bisogna soffermarsi sul dato relativo al luogo in cui l'interessato ha svolto la propria attività lavorativa e in cui è insorta la disoccupazione, in quanto in questo modo si falserebbe la *ratio* stessa del regolamento — ed in particolare gli artt. 71 e 45 del regolamento — individuando erroneamente nei Paesi Bassi il vero debitore delle prestazioni di disoccupazione.


Come noto, infatti, l'art. 71 dispone che il lavoratore frontaliero che è in disoccupazione completa beneficia delle prestazioni secondo le disposizioni della legislazione dello Stato membro nel cui territorio risiede, come se fosse stato soggetto durante l'ultima occupazione a tale legislazione; tali prestazioni vengono erogate dall'istituzione del luogo di residenza e sono a carico della medesima. L'art. 45, d'altro canto, nell'enunciare il principio del cumulo dei periodi di assicurazione compiuti sotto la legislazione di ogni Stato membro per l'acquisizione, il mantenimento o il recupero del diritto alle prestazioni, al punto 6 stabilisce che il periodo di disoccupazione completa nel corso del

quale il lavoratore dipendente beneficia di prestazioni ai sensi dell'art. 71. n. 1, lett. a), sub ii), del regolamento, è preso in considerazione da parte dell'istituzione competente dello Stato membro in cui risiede il lavoratore, conformemente alla legislazione che applica tale istituzione, come se fosse stato assoggettato a tale legislazione nel corso della sua ultima occupazione.

Dal combinato disposto di queste due norme consegue, pertanto, che l'istituzione dello Stato membro di residenza competente a determinare il diritto all'assegno per le vacanze, ai fini della concessione della prestazione, deve prendere in considerazione i periodi di disoccupazione completa del lavoratore frontaliero che hanno dato luogo alle prestazioni di disoccupazione ai sensi dell'art. 71, n. 1, lett. a), sub ii), del regolamento, come se egli fosse stato assoggettato alla normativa dello Stato membro di residenza nel corso della sua ultima occupazione.

*Federica Fucito
Collaboratore*

Adapt-Centro Studi Internazionali e Comparati « Marco Biagi »

4.2. C. Giust. 20 gennaio 2005 in causa C-306/03, Salgado Alonso (in  *Boll. Adapt*, 2005, n. 4).

Previdenza sociale dei lavoratori migranti - Artt. 12 CE, 39 CE e 42 CE - Artt. 45 e 48, n. 1, del regolamento (CEE) n. 1408/1971 - Vecchiaia e morte - Disoccupazione - Periodi minimi di assicurazione - Periodi di assicurazione presi in considerazione ai fini del calcolo dell'ammontare delle prestazioni, ma non del riconoscimento del diritto a tali prestazioni - Periodi di disoccupazione - Cumulo.

L'autonomia nazionale in materia di sicurezza sociale alla luce del regolamento (CEE) n. 1408 del 1971

Nel caso in esame, la Corte è chiamata a verificare il contrasto o meno con la normativa comunitaria della legislazione spagnola in materia di previdenza sociale. In base a tale legislazione i contributi per l'assicurazione pensionistica, versati dall'Istituto Nazionale del Lavoro a favore dei beneficiari del sussidio speciale di disoccupazione, possono comportare unicamente un aumento delle prestazioni erogabili, ma sono inidonei a far sorgere il diritto alle prestazioni stesse. Pertanto, i beneficiari del sussidio speciale di disoccupazione debbono già soddisfare tutti i presupposti necessari per la concessione di una pensione contributiva di vecchiaia, ad eccezione di quello relativo all'età pensionabile.

Il punto centrale della questione attiene, in sostanza, alla compatibilità o meno di tale normativa con gli artt. 39 e 42 CE, nonché con l'art. 45 del regolamento (CEE) n. 1408/1971 (nella versione modificata e aggiornata dal regolamento (CE) del 2 dicembre 1996, n. 118/1997, come modificato del regolamento (CE) n. 1606/1998), relativo all'applicazione dei regimi di sicurezza sociale ai lavoratori subordinati e ai loro familiari che si spostano all'interno della Comunità (di seguito « il regolamento »).

Prima di soffermarsi sulla questione pregiudiziale, la Corte di Giustizia precisa che ai fini della corretta risoluzione del caso in oggetto, è necessario innanzitutto chiarire la portata del regolamento e la sua esatta interpretazione e applicazione.

Come noto, con tale regolamento il legislatore comunitario non ha inteso istituire un vero sistema di sicurezza sociale per tutti i lavoratori migranti, bensì ha realizzato l'intento di coordinare, non quindi armonizzare, la normativa in materia dei vari Stati membri. Infatti, sia il Trattato che il suddetto regolamento non garantiscono al lavoratore che la sicurezza sociale sia disciplinata in modo uguale in tutti gli Stati membri, ma presuppongono la sussistenza di differenze sostanziali e formali tra i diversi

sistemi previdenziali nazionali (C. Giust. 19 marzo 2002 in cause riunite C-393/99 e C-394/99, *Hervein et al.*, punto 50, in *Racc.*, 2002, I, 2829).

Quanto detto, si coglie principalmente nel fatto che il regolamento si limita a tracciare una sorta di linee guida che devono essere seguite dagli Stati membri, rimettendo sostanzialmente alla autonomia nazionale la definizione di aspetti tecnici specifici.

Due sono gli aspetti che, a giudizio della Corte, devono essere considerati nel caso di specie.

In primo luogo, il regolamento non stabilisce se ed in quale misura sia possibile subordinare un diritto pensionistico al compimento di periodi contributivi, per cui è lasciata alla competenza dei singoli Stati la determinazione delle condizioni richieste per la concessione delle prestazioni previdenziali. Questi, come più volte ha sottolineato la stessa Corte, possono persino rendere più severe tali condizioni, purché i requisiti adottati non comportino alcuna discriminazione, palese o dissimulata, tra i lavoratori comunitari (C. Giust. 25 febbraio 1999 in causa C-320/95, *Ferreiro Alvite*, punti 22-24, in *Racc.*, 1999, I, 951; C. Giust. 20 settembre 1994 in causa C-12/93, *Drake*, punto 27, in *Racc.*, 1994, I, 1337).

In secondo luogo, il regolamento non stabilisce quali periodi costituiscano periodi di assicurazione, limitandosi a disciplinare esclusivamente il cumulo dei periodi di assicurazione compiuti in Stati membri diversi. Infatti, attraverso il combinato disposto dell'art. 42, lett. a), CE e dell'art. 45, si è imposto agli enti pensionistici di considerare, in sede di calcolo dei periodi di assicurazione e di residenza, anche i periodi che il richiedente ha compiuto in altri Stati membri. Il legislatore comunitario, osserva la Corte, si è dunque preoccupato di garantire che fosse rispettato il principio fondamentale per cui l'esercizio del diritto alla libera circolazione, conferito dal Trattato, non abbia l'effetto di privare un lavoratore dei vantaggi previdenziali ai quali avrebbe potuto avere diritto se avesse compiuto l'intera sua carriera in un unico Stato membro. Più precisamente, sancendo il principio del cumulo dei periodi contributivi ha garantito che i lavoratori migranti non perdano né diritti, né vantaggi previdenziali (C. Giust. 10 marzo 1983 in causa C-232/82, *Baccini*, punto 17, in *Racc.*, 1993, 583; C. Giust. 3 ottobre 2002 in causa C-347/00, *Barreira Pérez*, punto 41, in *Racc.*, 2002, I, 8191). Una volta realizzato questo obiettivo, il legislatore ha, dunque, rimesso alla normativa nazionale dello Stato membro la disciplina dei presupposti ai quali è subordinato il perfezionarsi dei periodi di occupazione o di assicurazione, che sono pertanto fissati dalla legislazione dello Stato sotto la quale i periodi in questione sono stati compiuti.

Da queste due circostanze la Corte fa discendere come prima conseguenza il fatto che gli Stati, nell'esercizio di tale autonomia, sono pienamente legittimati a prevedere un periodo contributivo minimo ai fini del riconoscimento del diritto ad una pensione di vecchiaia. Inoltre questi sono, al tempo stesso, legittimati a subordinare la concessione di una prestazione alla condizione che gli interessati abbiano compiuto periodi qualificati come « periodi di assicurazione » ai sensi della legislazione nazionale.

Partendo da queste considerazioni la Corte, consolidando il proprio orientamento giurisprudenziale, conclude affermando che, in un caso come quello in oggetto, uno Stato può legittimamente stabilire con normativa nazionale che i contributi per l'assicurazione pensionistica versati dal competente Istituto Nazionale del Lavoro a favore dei beneficiari del sussidio speciale di disoccupazione, comportino unicamente un aumento delle prestazioni erogabili, ma siano inidonei a far sorgere il diritto alle prestazioni stesse, avendo, dunque, soltanto un'efficacia ampliativa di un diritto altrimenti perfezionatosi, e non costitutiva dello stesso. Quindi, il legislatore nazionale può legittimamente attribuire ai contributi versati in determinati periodi di tempo un'efficacia al contempo costitutiva ed ampliativa del diritto alle prestazioni previdenziali, ma

può anche riconoscere ad altri periodi contributivi soltanto tale efficacia ampliativa e non anche costitutiva. L'art. 45 infatti, correttamente interpretato, impone soltanto di garantire che i periodi di assicurazione compiuti all'estero vengano considerati alla stregua di periodi compiuti ai sensi della legislazione nazionale di riferimento.

Federica Fucito
Collaboratore

Adapt-Centro Studi Internazionali Comparati « Marco Biagi »


5. Strategia di Lisbona

5.1. COM(2005)152 final, 20 aprile 2005 (in  *Boll. Adapt*, 2005, n. 15).


Mobilizzare gli intelletti europei: creare le condizioni affinché le università contribuiscano pienamente alla strategia di Lisbona.

Investire sulla conoscenza e le sedi dell'alta formazione: il ruolo strategico delle Università per conseguire gli obiettivi di Lisbona

Con la recente comunicazione indicata in epigrafe la Commissione è tornata a riflettere sul ruolo strategico dell'alta formazione — e della formazione universitaria in particolare — per conseguire gli obiettivi di Lisbona.

Il tema era stato invero già affrontato nell'ambito della revisione di medio termine della Strategia di Lisbona. Formazione e investimento in capitale umano — aveva infatti sostenuto il Presidente Barroso nella sessione plenaria del Parlamento Europeo del 9 marzo (Communication from President Barroso to the Spring European Council, *Growth and jobs: a new start for the Lisbon Strategy*, Plenary Session of European Parliament, Strasbourg, 9 March 2005, in  *Boll. Adapt*, 2005, n. 9) — sono oggi, per le economie europee, i veri fattori chiave per la crescita di produttività e per affrontare, con possibilità di successo, una competizione giocata dai nostri competitori internazionali sui ridotti costi del lavoro e sul possesso di materie prime.

Tuttavia, come riconosce ora la Commissione, l'area dell'alta formazione rimane una delle più critiche e trascurate. Ancora abissale è, infatti, la distanza che si registra tra il consenso sulla necessità di investire di più — e anche più efficacemente — sul capitale umano e quella che poi è la realtà di tutti i giorni.

Ciò è vero, in generale, per tutta l'Europa. Una Europa in cui — per ricordare solo i più evidenti ritardi rispetto alle altre economie (per una esauriente disamina dei punti di maggiore criticità, e per i relativi riscontri comparati, si rinvia al Commission Staff Working paper su *European Higher Education in a Worldwide Perspective*, SEC(2005) 518, in  *Boll. Adapt*, 2005, n. 15) — la percentuale di giovani tra i 18 e i 24 anni che sono inseriti in percorsi di alta formazione non supera il 25% contro il 37,7% degli Stati Uniti; e dove la percentuale di popolazione tra i 25 e i 64 anni con alle spalle percorsi di alta formazione è pari appena al 21% contro il 43% del Canada, il 38% degli Stati Uniti, il 36% del Giappone e il 26% della Corea del Sud. Ma ancor di più lo è per l'Italia dove i tassi di dispersione scolastica, i livelli di partecipazione ai percorsi formativi e alla istruzione terziaria, l'investimento pubblico e privato in formazione ed educazione, la formazione lungo tutto l'arco della vita sono tra i più bassi d'Europa.

Particolarmente critica, nel nostro Paese, è l'età di uscita dai percorsi universitari e di alta formazione, che è decisamente molto alta: 27-28 anni contro i 22-23 degli altri Paesi europei. Quando proprio questa è l'età in cui si finisce di appartenere, almeno per le regole comunitarie in materia di occupazione, alla categoria « giovani ». Con l'ovvia conseguenza che contratti di lavoro temporaneo o a contenuto formativo, diffusi in tutti

i Paesi e tollerabili in giovane età, diventano sinonimi di precariato se offerti a soggetti già adulti e cioè a persone in cerca di stabilità e forti sicurezze anche materiali. Senza parlare poi della qualità della offerta formativa. Come afferma il recente Rapporto congiunto sulla occupazione (cfr. Comunicazione dalla Commissione Europea al Consiglio, *Progetto di rapporto congiunto sull'occupazione nell'Ue 2004/2005*, 27 gennaio 2005, in *Boll. Adapt*, 2005, n. 5) la dispersione universitaria in Italia è la più alta d'Europa e significative disfunzioni rimangono tra i percorsi formativi offerti dalle Università e quello che il mercato del lavoro richiede.

Che peraltro non si tratti di un arido problema di percentuali e fredde statistiche lo dimostra la circostanza che, secondo recenti ricerche, solo Cambridge e Oxford si collocano tra le prime dieci migliori Università del mondo. Solo otto università europee — di cui nessuna italiana — sono tra le prime cinquanta (cfr. in particolare, la ricerca della prestigiosa Shanghai Jaio Tong Università: *Academic Ranking of World Universities - 2004*, in *Boll. Adapt*, 2005, n. 20, documentazione internazionale) e solo una Università italiana si colloca tra le prime cento: *La Sapienza* di Roma che è la numero 93.

Vari sono i fattori che rendono così critico l'investimento in alta formazione in Europa. Certamente di tipo culturale e di mentalità. Ma molto dipende anche dai finanziamenti e dalla tipologia delle nostre Università, soffocate da un quadro regolatorio fortemente centralizzato e da una visione pubblicistica della formazione e dei relativi sostegni economici e finanziari.

Secondo la Commissione, per eguagliare la spesa complessiva degli Stati Uniti a favore della istruzione superiore, l'Europa dovrebbe spendere ogni anno 150 miliardi di euro in più. È la carenza di finanziamenti e strutture che incide infatti sul rendimento delle Università e dei centri europei di alta formazione nella ricerca di livello mondiale, con quote inferiori rispetto agli Stati Uniti di pubblicazioni scientifiche, brevetti e premi Nobel.

Il vero problema, rileva condivisibilmente la comunicazione della Commissione, è che l'istruzione terziaria europea continua a fare affidamento quasi esclusivamente su fondi pubblici (limitati), mentre nei Paesi concorrenti uno sviluppo più vigoroso e durevole è stato consentito da una maggiore varietà di fonti di finanziamento, con contributi molto più elevati da parte delle imprese e dei privati.

Nella comunicazione della Commissione non mancano peraltro risposte e possibili soluzioni — che sicuramente faranno molto discutere, soprattutto in Italia — per rendere più efficienti e attrattivi i percorsi in alta formazione e sostenere la sfida della competizione internazionale secondo le linee guida di Lisbona. Tre sono le linee di intervento suggerite per avviare un processo di riforma delle Università e delle strutture di alta formazione: 1) innalzarne la qualità e renderle più attraenti per giovani e anche per i docenti e i ricercatori di ogni parte del mondo; 2) migliorarne la *governance* e i sistemi di gestione anche di tipo manageriale; 3) accrescerne e diversificarne i finanziamenti (con o senza un sostanziale contributo degli studenti).

Una lezione anche per le Università italiane che devono accelerare, in particolare, i processi volti a rafforzare la coerenza tra formazione erogata e fabbisogni del mercato del lavoro. E questo anche attraverso una rinnovata competizione tra gli Atenei, basata sulla capacità di creare centri di eccellenza e di attrarre i migliori studenti e docenti — anche di altri Paesi, cosa che ora succede raramente — in ragione della qualità del servizio offerto e del prestigio che saprà conquistarsi sul campo il singolo Ateneo. Migliore è la capacità di ricerca, maggiore sarà la capacità di offrire formazione di eccellenza ai propri studenti, maggiori saranno le opportunità di attrarre finanziamenti pubblici ma anche e soprattutto privati.

A ben vedere è proprio in questa logica che la riforma Biagi del mercato del lavoro

affida oggi alle Università italiane tre compiti centrali: il *placement*, l'apprendistato di alta formazione e la certificazione dei contratti di lavoro. È attraverso questi strumenti — alcuni dei quali già avviati in alcune esperienze locali, grazie alla progettualità di Marco Biagi (si vedano le iniziative avviate sul versante dell'alta formazione in apprendistato, del *placement* e della certificazione dei contratti di lavoro avviati dalla Fondazione Biagi, in www.csmb.unimo.it) — che pare in effetti possibile fare del sistema universitario il segmento strategico di una ben più complessa e articolata rete di relazioni giuridico-istituzionali che, sotto l'insegna della occupabilità, si propone l'obiettivo di un reale dialogo tra amministrazioni periferiche dello Stato, organizzazioni rappresentative degli interessi dei lavoratori e sistema economico e produttivo locale.

Ma non solo. Il ruolo centrale assegnato alle Università nella riforma del mercato del lavoro appare emblematico della consapevolezza che il successo delle riforme dipende, più che dalle singole soluzioni tecnico-normative adottate, da un innalzamento della qualità e dalla preparazione delle persone che, nei prossimi anni, saranno chiamate a dare ad esse concreta attuazione attraverso processi di *governance* che poggiano su equilibri meno precari e schizofrenici di quelli attuali. Le riforme, infatti, possono risultare efficaci soltanto nella misura in cui i soggetti coinvolti sono, per un verso, culturalmente preparati per accompagnare il cambiamento e l'innovazione e, per l'altro verso, messi nelle condizioni di dare il meglio di sé.

Michele Tiraboschi

*Professore straordinario di Diritto del lavoro
Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia*

5.2. SEC(2005)419, 22 marzo 2005 (in  *Boll. Adapt*, 2005, n. 14).

Commission staff working paper. Progress towards the Lisbon objectives in education and training – 2005 Report.

Il rilancio della Strategia di Lisbona in ambito educativo

Sommario: **1.** Premessa. — **2.** Secondo rapporto annuale della Commissione Europea. — **3.** Conclusioni.

1. La Strategia di Lisbona, adottata dal Consiglio Europeo nel marzo del 2000, mira come noto a fare dell'Europa « l'economia più competitiva e dinamica al mondo » attraverso l'adozione di un nuovo paradigma basato sulla conoscenza. Poli centrali di questa strategia sono l'istruzione, la ricerca e l'innovazione.

All'interno di questo ambizioso obiettivo che tende a conciliare crescita economica e sviluppo sociale — e che molto lucidamente, quanto ancora con scarsi risultati concreti, suggerisce di investire sul capitale umano in termini di maggiore livello di conoscenza e di competenza — un sistema di istruzione e formazione efficace ed efficiente diventa la condizione fondamentale all'implementazione del processo di riforma sia sul breve sia sul lungo periodo.

Per rendere effettivamente operative le dichiarazioni d'intenti, evitando che rimangano meri documenti programmatici, la Commissione Europea ha deciso di avviare un costante monitoraggio e pubblicare annualmente un rapporto che analizzi i progressi relativi al grado di modernizzazione dei sistemi di istruzione e formazione degli Stati membri dell'Unione Europea.

2. Il rapporto ha lo scopo di indagare il livello di *performance* concretamente raggiunto in ambito educativo dai diversi Stati membri evidenziando in particolare quali obiettivi strategici sono stati raggiunti e quali sono ancora da raggiungere, completamente o parzialmente, rispetto alle aspettative europee da realizzarsi entro il 2010. In una ottica di *benchmarking* l'analisi è il più delle volte sviluppata in comparazione con le realtà statunitense e giapponese in modo da fornire un contesto più ampio entro cui inscrivere la situazione europea.

Per dare una descrizione sufficientemente completa del processo in atto il secondo rapporto di monitoraggio ha preso in considerazione alcune aree tematiche rappresentative dell'intera realtà educativa e, segnatamente, la qualità del processo di insegnamento-apprendimento, il livello di istruzione, il tasso di investimento in istruzione, il tasso di partecipazione alla formazione continua, e il livello di mobilità e cooperazione internazionale. A livello metodologico ciascuna area è stata analizzata attraverso l'utilizzo di alcuni indicatori, 29 in totale, riconosciuti come validi a livello comunitario. L'obiettivo è quello di identificare le eventuali lacune nelle strategie di intervento fornendo, allo stesso tempo, nuove indicazioni funzionali all'implementazione di azioni correttive alternative e maggiormente efficaci per aumentare il livello qualitativo dei sistemi educativi nazionali. Di seguito sono riportate in sintesi le indicazioni fornite dalla Commissione Europea relative ad alcune delle aree tematiche analizzate dal rapporto annuale.

Qualità del processo di insegnamento-apprendimento: la motivazione e la competenza dello *staff* docente è il presupposto di ogni intervento che miri al miglioramento del sistema di istruzione e formazione. Gli insegnanti, infatti, hanno un ruolo cruciale nella trasmissione della conoscenza; di conseguenza motivare e aggiornare gli insegnanti *senior* e qualificare gli insegnanti *junior*, anche attraverso un loro incontro che favorisca lo scambio reciproco di esperienze e conoscenze, è uno degli obiettivi strategici da raggiungere per intervenire efficacemente sulla qualità della formazione.

Il pensionamento del 50% dell'attuale corpo docente entro i prossimi 15 anni dovrebbe infatti comportare l'ideazione e l'attuazione di iter formativi mirati per qualificare circa 1 milione di nuovi insegnanti.

Livello di istruzione della « società della conoscenza »: il livello di istruzione incide fortemente sul grado di competenza della forza lavoro ed è strettamente connesso alle capacità dei singoli di partecipare attivamente alla vita economica e sociale. I dati relativi alle medie europee, messi in evidenza dal rapporto, indicano che nel programma di lavoro degli Stati membri ci sono dei punti di debolezza. In particolare si sottolinea che dal 2001 il tasso di partecipazione all'istruzione è cresciuto, anche se molto lentamente. In dettaglio la situazione è la seguente (vedi anche la tabella 1):

— Dal 2000 la percentuale dei ventiduenni che hanno completato la scuola di secondo grado è rimasta stabile intorno al 76,5% mentre l'obiettivo previsto per il 2010 è di innalzarla all'85%. Attualmente i risultati migliori sono stati ottenuti da Slovacchia, Slovenia e Repubblica Ceca.

— Nel 2004, il tasso di abbandono scolastico dei giovani tra i 18 e i 24 anni è pari al 15,9%. L'obiettivo da raggiungere entro il 2010 stabilito dal Consiglio Europeo di Lisbona è pari al 10%. Slovacchia, Repubblica Ceca, Polonia, Danimarca, Lituania, Austria, Finlandia e Svezia hanno già un tasso inferiore al 10%. Accanto ad un numero di *drop out* relativamente alto, nel 2003 in Europa, il tasso di partecipazione all'istruzione dei giovani tra i 15 e i 24 anni è cresciuto del 2,5% ed è pari al 59%. Un tasso di partecipazione superiore al 65% è stato raggiunto da Belgio, Lituania, Polonia, Finlandia e Svezia. Una leggera diminuzione del 1% è stata riscontrata, tra il 2000 e il 2002,

in Spagna, Norvegia, Austria e Portogallo, mentre in Francia e in Norvegia si è osservato un decremento, rispettivamente di 1,6 e di 1,8 punti percentuali.

— Ancora oggi in Europa il 19,8% degli studenti sotto i 15 anni ha gravi difficoltà nel leggere e scrivere, percentuale che non cresce dal 2000. Negli ultimi anni i progressi maggiori sono stati fatti da Irlanda, Finlandia, Norvegia, Lettonia e Polonia. Confrontando la situazione europea con la realtà statunitense e giapponese, si può notare che l'Europa ha un tasso assoluto di studenti con difficoltà nel leggere e scrivere più alto rispetto al Giappone (19,0%) e agli USA (19,4%) anche se il tasso di incremento relativo al periodo 2000-2003 è pari al 2,1%, percentuale minore rispetto agli USA (8,4%) ma soprattutto al Giappone (88,1%). Questo significa che l'Europa, nonostante alcuni progressi resi evidenti da un tasso relativo di incremento molto basso, è in una situazione di svantaggio rispetto agli USA, ma soprattutto rispetto al Giappone che, nonostante abbia un tasso relativo di incremento molto alto, ha un tasso assoluto inferiore sia all'Europa sia agli USA.

Tab. 1: Livello di istruzione della « società della conoscenza ».

Area	Obiettivo per il 2010	Paesi con migliore livello di <i>performance</i>			Media europea (UE 25)	USA	Giappone
Conclusione scuola di secondo grado (20-24 anni)	Tasso da innalzare all'85%	2004					
		Slovacchia 91,3%	Repubblica Ceca 90,9%	Slovenia 89,7%	76,4%	(:)	(:)
Abbandono scolastico	Tasso non superiore al 10%	2004					
		Polonia 5,7%	Repubblica Ceca 6,1%	Slovacchia 7,1%	15,9%	(:)	(:)
Quindicenni con difficoltà nel leggere e scrivere	Decremento del 20% Tasso da raggiungere del 15.5%	Andamento tassi percentuali, 2000-2003					
		Lettonia -40,2%	Polonia -27,6%	Finlandia -18,6%	+2,1%	+8,4%	+88,1%
		Tasso studenti in difficoltà, 2003					
		Finlandia 5,7%	Irlanda 11,0%	Norvegia 11,5%	19,8%	19,4%	19,0%

Fonte: *Progress Towards the Lisbon Objectives in Education and Training – 2005 Report*.

Le sfide, in ambito educativo, che i Paesi membri sono chiamati ad affrontare per costruire una « società della conoscenza », sono essenzialmente tre: arginare il problema dei *drop out*, incrementare il tasso di partecipazione all'istruzione in generale, e dei giovani in particolare, diminuire la percentuale dei soggetti con gravi lacune nelle conoscenze di base.

Per districare la complessità di tali nodi problematici ed intervenire efficacemente e concretamente per risolverli e superarli, gli Stati membri dovrebbero rendere i percorsi di studio più interessanti e più calibrati rispetto alle necessità del mercato del lavoro. Iter formativi di questo tipo permetterebbero non solo di attrarre un maggior numero di giovani ed adulti ma anche, e soprattutto, di motivarli a portare a termine il ciclo di studi che hanno iniziato anche, e soprattutto, in funzione di un più adeguato inserimento nel mercato del lavoro. Il livello di istruzione è infatti direttamente proporzionale all'entità dello stipendio percepito e, di conseguenza, al grado di soddisfazione personale e professionale. I soggetti con alti livelli di competenza, infatti, generalmente

si inseriscono nel mercato del lavoro più velocemente rispetto ai colleghi meno istruiti e rimangono all'interno di esso più stabilmente, percependo stipendi mediamente più alti.

Il Consiglio Europeo sostiene inoltre che, unitamente all'alfabetizzazione di base tradizionale, è estremamente importante per ogni cittadino europeo avere anche un buon bagaglio di conoscenze in ambito informatico.

Secondo i dati disponibili (2000-2003), in generale i Paesi membri sono dotati di buone infrastrutture tecnologiche, requisito fondamentale per l'apprendimento relativo all'utilizzo delle tecnologie informatiche, e hanno investito in modo cospicuo in questo settore. Le difficoltà risiedono invece in relazione al livello di penetrazione e di utilizzo delle tecnologie informatiche all'interno delle istituzioni educative. In questo caso, la situazione europea è molto variegata. Per analizzarla in dettaglio si possono utilizzare due indicatori: il numero di computer disponibili per ogni studente e la percentuale di scuole che possiedono un collegamento ad internet.

In Danimarca, Lussemburgo e Scozia, all'interno di ogni scuola, c'è la disponibilità di un computer per ogni sette studenti. In Grecia, Polonia, Lettonia e Slovacchia, nonostante buoni progressi riscontrati negli ultimi anni, ci sono più di venti studenti che utilizzano un solo computer. In Danimarca, Lussemburgo, Norvegia, Austria, Polonia, Finlandia, Svezia e Scozia, più dell'80% delle scuole possiede un collegamento ad Internet. La situazione è più debole in Belgio, Grecia, Irlanda, Italia, Lettonia, Portogallo e Slovacchia, realtà in cui meno del 70% delle scuole sono dotate di un collegamento alla rete.

In generale, i Paesi che contano un numero sufficientemente alto di scuole con connessione ad internet e con una percentuale di studenti inversamente proporzionale al numero di computer a disposizione sono anche quelli che realizzano il maggior numero di corsi di alfabetizzazione informatica, ottenendo ottimi risultati in termini di buon livello di competenza informatica del capitale umano.

Studi scientifici e investimenti in Educazione, Ricerca e Sviluppo: l'istruzione superiore e i percorsi scientifici di studio (dall'economia alle scienze umane) permettono di formare « esperti » che possono incidere profondamente sulla « società della conoscenza ». L'Europa in generale ha molti diplomati e laureati in discipline scientifiche (25% rispetto al totale dei laureati), molti di più rispetto agli USA (17%), ma il numero di ricercatori presenti nel mercato del lavoro è di gran lunga inferiore rispetto alla realtà statunitense.

In questo caso il problema per i Paesi europei, più che l'incremento del numero di « specialisti » in materie scientifiche, riguarda essenzialmente la necessità di aumentare l'investimento sia in Educazione sia in Ricerca e Sviluppo.

In Europa, infatti, sia l'investimento privato in Educazione (pari allo 0,6% del PIL nel 2001) sia quello destinato alla Ricerca e Sviluppo (pari allo 1,9% nel 2003) è stato, ed è tuttora, estremamente contenuto rispetto agli USA che, invece, hanno investito il 2,3% del PIL in Educazione nel 2001 e il 2,9% in Ricerca e Sviluppo nel 2003.

Per quanto riguarda l'investimento privato, il *gap* tra USA e Europa è maggiormente evidente se si analizzano separatamente i dati relativi alle risorse economiche private destinate rispettivamente all'educazione primaria e all'educazione secondaria.

La percentuale relativa all'investimento privato nell'educazione primaria in Europa è simile a quella degli USA; se invece si considera l'educazione secondaria negli USA l'investimento (privato) è otto volte maggiore rispetto all'Europa. In generale, solamente in Germania, Lettonia e Cipro il tasso di investimento ammonta a poco più del 1% del PIL.

Per quanto concerne, invece, l'ambito della Ricerca e Sviluppo, si osserva che l'Europa,

sempre a causa di investimenti ancora troppo esigui, non riesce a trattenere i migliori cervelli che, una volta « formati », scelgono di andare all'estero per avere maggiori riconoscimenti, soprattutto a livello economico. Il Consiglio Europeo, per contrastare questa preoccupante tendenza, vuole trasformare l'Europa in un luogo maggiormente accogliente per i ricercatori e si pone quindi come obiettivo, entro il 2010, di aumentare gli investimenti nella Ricerca fino a raggiungere il 3% del PIL.

Formazione continua per tutto l'arco della vita: l'Europa per essere competitiva deve avere una forza lavoro competente e flessibile. È quindi necessario, oltre ad innalzare i tassi di partecipazione all'istruzione formale, incrementare la formazione continua e quella professionale destinata agli adulti all'interno dell'ambiente di lavoro; in questa ottica sarebbe opportuno costruire un « ambiente di apprendimento aperto » in cui teoria e pratica inneschino un circolo virtuoso di arricchimento reciproco.

In Europa, nel 2004, il tasso di adulti in età da lavoro, tra i 25 e i 64 anni, che partecipano alla formazione continua lungo l'arco della vita è pari al 9,4% (1,5% in più rispetto al 2000), situazione ancora lontana dall'obiettivo stabilito dall'Unione Europea (tasso del 12,5%). Svezia, Danimarca, Finlandia, Gran Bretagna hanno ottenuto i risultati migliori raggiungendo un tasso di partecipazione superiore al 20%. Slovenia e Norvegia sono al di sopra dello standard europeo, mentre Italia, Grecia, Malta, Portogallo, Slovacchia e Ungheria hanno un tasso di partecipazione modesto, al di sotto del 5%. Molto preoccupante è anche la situazione della Bulgaria e della Romania che hanno un tasso di partecipazione intorno al 2%.

Le lacune dei Paesi membri nell'ambito della formazione continua sono anche sottolineate dai dati relativi al tasso di partecipazione a percorsi di formazione di adulti, tra i 24 e i 65 anni, con basso livello di istruzione, pari al 2,5%. Come sottolineato dal rapporto, generalmente un alto livello di istruzione è positivamente correlato alla partecipazione a percorsi di formazione permanente durante l'età adulta. I soggetti con un basso livello di istruzione raramente sono orientati ad incanalarsi in percorsi di formazione continua, o comunque successivi al percorso di studi di base, e, soprattutto, non sempre dimostrano di possedere conoscenze pregresse che li possano mettere nella condizione ottimale per assimilare le nozioni trasmesse all'interno di percorsi altamente professionalizzanti che, molto spesso, presuppongono la sedimentazione di alcune competenze di base. Aumentare il livello di alfabetizzazione primaria è quindi una delle condizioni fondamentali sia per incrementare il numero di adulti all'interno di percorsi di formazione permanente o continua, successivi alla conclusione del percorso di studi di base, sia per rendere maggiormente efficaci i processi di apprendimento in generale.

Mobilità e cooperazione: per creare un'Europa della conoscenza è necessario aumentare il livello di cooperazione internazionale, soprattutto all'interno del mercato del lavoro. Di conseguenza, condizione essenziale al superamento delle barriere territoriali, linguistiche e culturali, in funzione di una maggiore mobilità di studenti, docenti e ricercatori, è insegnare più di una lingua straniera già durante l'educazione primaria e favorire lo scambio interculturale tra Università e istituzioni scolastiche rafforzando programmi formativi come l'Erasmus o Leonardo.

Per quanto riguarda l'insegnamento delle lingue straniere, dati relativi alle medie europee del 2002 sottolineano che generalmente l'inglese è la lingua straniera maggiormente studiata e che difficilmente uno studente impara a scuola due lingue straniere, oltre la propria. Ci sono però significative differenze tra i vari Paesi europei. Nel corso dell'educazione primaria, in Repubblica Ceca, Germania, Irlanda, Italia, Ungheria, Austria, Slovenia, Slovacchia, Gran Bretagna e Bulgaria viene insegnata una sola lingua straniera, mentre in Estonia, Lussemburgo, Malta e Norvegia, Finlandia e Islanda si apprendono almeno due lingue. Durante l'educazione secondaria, si imparano almeno

due lingue in Belgio, Repubblica Ceca, Danimarca, Estonia, Francia, Lussemburgo, Slovenia, Slovacchia, Finlandia e Svezia. Lo standard europeo da raggiungere prevede di insegnare ad ogni persona almeno due lingue straniere.

3. Il rapporto mette in evidenza la consapevolezza raggiunta dai Paesi membri in merito alla necessità di costruire una nuova società in cui crescita economica e sviluppo sociale vadano di pari passo.

In questa prospettiva, superando lo stereotipo del senso comune che riduttivamente considera le politiche sociali semplicemente un onere per il sistema economico, la modernizzazione del sistema di istruzione e formazione dovrebbe diventare il fulcro di processi di riforma che, fornendo manodopera competente, riescano a ridurre la disoccupazione, soprattutto quella associata ad un basso livello di qualificazione.

Nonostante la media europea mostri alcune difficoltà nell'attuazione del processo di cambiamento dei sistemi formativi, quello che sembra evidente è lo sforzo congiunto dei Paesi membri nella realizzazione di sistemi di istruzione più funzionali ad un inserimento adeguato della manodopera all'interno del mercato, concentrando gli sforzi sulla formazione di una forza lavoro competente e flessibile.

La complessità del concetto di competenza riassume in sé quattro caratteristiche che coincidono con gli imperativi di questo nuovo e complesso mercato del lavoro: « sapere », « saper fare », « saper essere » ma soprattutto « saper diventare ».

I datori di lavoro richiedono infatti delle conoscenze teoriche (« sapere ») che si possano applicare concretamente nell'ambito lavorativo (« saper fare ») in modo flessibile (« saper essere » e « saper diventare »).

La flessibilità comporta l'acquisizione non solo di conoscenze ma anche, e soprattutto, di una *forma mentis* che sappia attivare procedure cognitive in grado di riformulare e ristrutturare le nozioni acquisite entro nuovi quadri categoriali. In questa prospettiva, il processo di apprendimento è un'attività « creativa » e di crescita personale che non consiste semplicemente nell'avere un bagaglio culturale da « portare a casa », nozioni da mandare a memoria utili solo nel breve periodo, ma sottende un processo di elaborazione mentale individuale che implica l'integrazione del contenuto all'interno del sistema di pensiero personale arricchendolo e dilatandolo.

Il processo di conoscenza, quindi, attiva un cambiamento che, attraverso la continua messa in discussione di schemi mentali contingenti, innesca un'incessante ristrutturazione cognitiva globale verso stadi di equilibrio sempre maggiori e in continuo divenire in funzione di un adattamento « opportunistico » alla realtà mutevole delle cose.

Questa logica suggerisce una possibile via da percorrere per creare menti flessibili (« saper essere ») che sappiano applicare in modo opportuno le conoscenze acquisite (« sapere » e « saper fare ») da un contesto all'altro (« saper diventare »). Essere competente significa quindi sapersi trasformare per adattarsi al meglio alle mutate condizioni ambientali.

All'interno di un contesto produttivo « globale » e in continuo cambiamento, « formare » intelligenze adattabili e flessibili è la sfida che l'Europa deve raccogliere ed affrontare per diventare « l'economia più competitiva e dinamica al mondo » perché basata sulla conoscenza intesa come processo in divenire mai definitivamente concluso.

Giuseppina Tiraboschi
Esperta in processi formativi - Ricercatore
Adapt-Centro Studi Internazionali e Comparati « Marco Biagi »

5.3. SEC(2005)385 (in  *Boll. Adapt*, 2005, n. 4).


Il costo economico « non Lisbona ». Rassegna della letteratura sull'impatto economico delle riforme relative a Lisbona.

Il costo economico di « non Lisbona ». Rassegna della letteratura sull'impatto economico delle riforme relative a Lisbona

Sommario: **1.** L'Agenda di Lisbona: gli obiettivi. — **2.** Il riesame intermedio della Strategia di Lisbona: l'impatto delle riforme strutturali. — **3.** Le riforme attive del mercato del lavoro. — **4.** Conclusioni.

1. Sono passati 5 anni da quando il Consiglio Europeo di Lisbona del 23-24 marzo 2000 ha adottato come obiettivo strategico quello di « diventare entro il 2010 l'economia basata sulla conoscenza più competitiva e dinamica del mondo, in grado di realizzare una crescita economica sostenibile con nuovi e migliori posti di lavoro e una maggiore coesione sociale ».

La strategia globale concertata a Lisbona per il raggiungimento di tale obiettivo, verte su circa dieci aree differenti, tra cui le politiche sociali e i settori più rilevanti al fine di costruire un'economia basata sulla conoscenza e al fine di modernizzare il modello sociale europeo. Gli obiettivi di Lisbona devono essere raggiunti attraverso politiche di sviluppo della società dell'informazione, attraverso riforme strutturali tese a promuovere competitività e innovazione, nonché attraverso il coordinamento delle politiche occupazionali con quelle macroeconomiche. Questi stessi obiettivi e le politiche di accompagnamento sono noti come « Strategia di Lisbona » o « Agenda di Lisbona ». Nel marzo 2001 a Stoccolma, il Consiglio Europeo ha stabilito l'assoluta parità delle tre dimensioni dello sviluppo sostenibile: Ambiente, Economia e Società. È comunque il Consiglio Europeo di Göteborg, tenutosi nel giugno 2001, che ha ribadito quanto gli effetti economici, sociali ed ambientali di tutte le politiche costituiscano parte integrante del processo decisionale. Nonostante i numerosi interventi a livello comunitario, negli ultimi 4 anni la crescita dell'economia europea non è stata affatto soddisfacente. Sebbene questa debole *performance* economica fosse parzialmente dovuta ai ribassi ciclici a livello mondiale e europeo, il lento passo delle riforme ha senz'altro contribuito a rallentare la crescita economica. Le riforme strutturali acquistano un'importanza sempre maggiore vista la sfida lanciata dalla globalizzazione dei mercati, visto il progressivo invecchiamento della popolazione e l'allargamento della Comunità Europea. La Commissione Europea ha valutato che in assenza di riforme strutturali, il solo fattore dell'invecchiamento demografico porterà nel 2040 alla riduzione del tasso della crescita economica dall'attuale 2-2,25% al 1,25%.

2. La Commissione nella Comunicazione del riesame intermedio della Strategia di Lisbona « Working together for growth and jobs. A new start for the Lisbon Strategy » (Lavorando insieme per la crescita e lavoro. Un nuovo inizio della Strategia di Lisbona, in  *Boll. Adapt*, 2005 n. 11) focalizza due principali compiti: realizzare una crescita economica più forte e duratura e creare nuovi e migliori posti di lavoro. Il raggiungimento di questi scopi è fondamentale per mirare a realizzare gli obiettivi economici, sociali ed ambientali dell'Europa. L'attuazione del programma di riforme richiede un nuovo partenariato con i Paesi membri e con le parti sociali per la crescita e per l'occupazione. Questa relazione ha lo scopo di analizzare l'impatto delle riforme

strutturali tese a realizzare gli obiettivi di Lisbona. Queste stesse riforme, sebbene non corrispondano in senso stretto al pacchetto di Lisbona, sono designate a raggiungere gli stessi obiettivi che vengono definiti nella Strategia. Dato che molte di queste riforme erano già inserite nelle linee guida generali della politica economica e della strategia del mercato interno, esiste una nutrita letteratura che analizza il loro impatto socio-economico. Passando in rassegna questa letteratura, è possibile formulare una valutazione, almeno parziale, delle conseguenze economiche della mancata implementazione delle riforme previste dalla Strategia di Lisbona.

Tuttavia, è estremamente difficile quantificare l'impatto economico di tali riforme perché la eterogeneità delle misure individuate, dei tempi di implementazione, la complementarità e interrelazione con i diversi contesti e l'influenza degli sviluppi economici nel breve e nel lungo periodo, rendono difficile la distinzione tra gli effetti generati dalle riforme relative a Lisbona da quelli scaturenti da altri interventi di contenuto analogo. A ciò si aggiunge il numero elevato di metodologie utilizzate nei diversi studi analizzati.

La relazione individua 5 categorie in cui si specificano le riforme di Lisbona: riforme del mercato dei prodotti e dei capitali; investimenti nell'economia della conoscenza; riforme del mercato di lavoro; riforme nell'area di politica sociale; riforme ambientali. L'insieme delle suddette riforme contribuisce all'incremento produttivo e alla creazione di nuovi e migliori posti di lavoro, obiettivi questi che consentono il miglioramento della qualità della vita del cittadino europeo non senza però un rinnovato rispetto per l'ambiente naturale. Affinché sia possibile, però, realizzare con pienezza le finalità stabilite a livello comunitario, è di fondamentale importanza che sussistano nei singoli Stati membri condizioni macroeconomiche stabili e sane politiche di bilancio.

In un primo momento, la relazione esamina l'impatto economico delle riforme del mercato dei prodotti. La Strategia di Lisbona mette in evidenza le misure mirate ad aprire tali mercati alla competizione, e in particolare, a completare il mercato unico e a rendere l'ambiente imprenditoriale europeo più attraente e più capace di attrarre investimenti e lavoro. La riduzione dei costi di trasporto e la creazione di mercati operativi attraverso le reti transeuropee dovranno rafforzare il commercio internazionale e stimolare il dinamismo del mercato interno.

Tra le riforme relative a Lisbona 2000, uno dei migliori esempi di intervento mirato a creare un ambiente imprenditoriale più competitivo e concorrenziale, è il programma del mercato unico (SPM). A distanza di 10 anni dall'avvio di questo programma economico, è stato dimostrato che nel 2002 il PIL sarebbe stato del 1,8% più basso se tra il 1992 e il 2002 non fosse stato attuato il programma del mercato unico. Senza questo programma, il livello di occupazione, ancora, sarebbe stato del 1,5% più basso di quello realmente raggiunto nel 2002.

Tornando alle riforme più strettamente legate alla Strategia di Lisbona, una recente ricerca ha fornito un'attenta valutazione dell'impatto che ha avuto, nel breve e nel lungo periodo, l'adeguamento del settore terziario ai *targets* di competitività. Lo studio del *Copenhagen Economics* (2005) dimostra che il riconoscimento della libertà dei fornitori di servizi di stabilirsi in qualsiasi Paese membro ha determinato la crescita del PIL dello 0,6% e del tasso occupazionale dello 0,3%.

La seconda area oggetto dell'analisi si riferisce alle riforme del mercato dei capitali. La Strategia mira a stimolare il completamento del mercato interno, specie nel settore dei servizi finanziari. L'integrazione finanziaria aiuta ad ampliare e a rafforzare lo sviluppo del settore finanziario europeo e consente all'economia comunitaria di migliorare i suoi parametri. Questa opinione è sostenuta da più voci nella letteratura economica, laddove si sottolinea il nesso causale esistente tra lo sviluppo finanziario, la crescita

economica ed il benessere sociale. Le soluzioni che consentono una migliore *performance* economica sono:

- la riduzione dei costi che un'attività imprenditoriale comporta qualora venga svolta in diversi Paesi;
- la presenza di maggiori opportunità di condivisione dei rischi;
- una più efficiente allocazione delle risorse.

Lo studio *London Economics* (2002) ha analizzato come i mercati finanziari completamente integrati possano, in un periodo più o meno lungo, determinare la riduzione del costo dei capitali per le società dell'UE dello 0,5% e ha dimostrato come tale riduzione determini, nel lungo periodo, l'innalzamento del PIL del 1,1% e del tasso occupazionale dello 0,5%.

Il terzo aspetto considerato nella relazione riguarda gli investimenti nell'economia della conoscenza, il cui incremento, secondo l'Unione Europea, è indispensabile per la crescita della produttività. Per avere un'idea delle dimensioni del problema, si deve considerare che la UE investe solo il 4% del prodotto interno lordo in innovazione ed istruzione rispetto al 6,8% degli USA. Le riforme nel settore della conoscenza rappresentano l'opportunità concreta per un incremento della capacità di accettare le innovazioni e di utilizzare le nuove tecnologie.

Mentre le teorie tradizionali vertono intorno ai concetti di capitale e di lavoro e studiano le loro potenzialità di crescita, le teorie moderne enfatizzano il ruolo chiave della ricerca e della valorizzazione del capitale umano, come strumento di successo nel lungo periodo.

Lo studio della Commissione Europea (EUROPEAN COMMISSION, *Chapter 3 - Education, training and growth*, in *The EU Economy Review*, 2003) dimostra che un sistema di istruzione efficace può determinare l'incremento annuale del PIL di 0,2 punti percentuali. Se i fondi destinati all'istruzione e alla innovazione fossero incrementati dal 1,9% al 3% del PIL (al fine di raggiungere l'obiettivo di Lisbona entro il 2010), potrebbe verosimilmente aumentare il livello della produttività interna di 1,7% entro la stessa data.

Inoltre alcuni studi hanno dimostrato che le attuali divergenze esistenti tra UE e USA negli indici di produttività, possono essere in parte spiegate dalla difficoltà che la realtà europea mostra di avere nell'orientare l'economia verso i nuovi settori dell'alta produttività come le Tecnologie dell'Informazione e della Comunicazione (ICT).

3. Per quanto riguarda le riforme attive del mercato di lavoro, tra le priorità della Strategia di Lisbona vi è la necessità di un migliore utilizzo del capitale umano, necessità resa ancora più cruciale a causa del progressivo invecchiamento demografico. Le relative riforme saranno focalizzate su:

- politiche tese ad attrarre e a trattenere un maggior numero di persone sul mercato del lavoro. È dimostrato che nei Paesi in cui sono attive politiche favorevoli all'inserimento sociale mediante appositi incentivi destinati ai datori di lavoro che assumono e ai lavoratori che rimangono sul mercato, il tasso occupazionale è aumentato e si registra una maggiore produttività. Questo si riferisce non solo agli incentivi economici derivanti dal sistema tributario e dalle indennità ma anche ad incentivi che hanno per oggetto migliori condizioni di lavoro, maggiore parità tra i sessi e migliori possibilità di conciliare la vita professionale con il tempo libero e privato;
- politiche volte a determinare un maggior incontro tra la domanda e l'offerta di lavoro, una più agile mobilità geografica e professionale, la modernizzazione dei servizi pubblici per l'impiego e la formazione professionale permanente;
- politiche tese a migliorare l'adattabilità del mercato del lavoro per facilitare l'incontro tra le esigenze dei lavoratori e quelle delle imprese. Infatti da un lato i mercati

del lavoro maggiormente flessibili sono necessari per rispondere alla sempre maggiore competitività richiesta dal mercato dei prodotti, dall'altro, il miglioramento della sicurezza sul lavoro contribuisce ad aumentare maggiore partecipazione e a ridurre il rischio della segregazione nel mercato del lavoro.

Le indagini della Commissione del 2002 dimostrano che un incremento graduale nella partecipazione al lavoro del 11/2% in combinazione con la riduzione nelle richieste salariali del 1% (uniforme in tutti i Paesi) possa comportare una riduzione del tasso naturale di occupazione pari ad 1%. Alcune ricerche dimostrano che le riforme relative agli obiettivi di Lisbona implementate nella seconda metà degli anni Novanta hanno, con molto probabilità, contribuito a migliorare la *performance* occupazionale. Resta tuttavia difficilmente valutabile il preciso impatto di queste riforme.

In merito alle politiche sociali si può notare che esse sono finalizzate non solo a ridurre l'esclusione sociale ma anche a migliorare la *performance* economica del Paese per esempio incrementando la capacità dell'economia di adattarsi alle circostanze in continuo mutamento.

Ci sono due principali funzioni delle politiche sociali in questo contesto:

— la riduzione dei costi derivanti dall'esclusione sociale attraverso politiche di sostegno ai disoccupati e la conseguente riduzione della povertà;

— l'aumento dell'adattabilità rispetto ai cambiamenti economici, sociali e industriali mediante un'effettiva combinazione tra flessibilità e sicurezza. Le politiche sociali appositamente adottate (come politiche attive per l'occupazione e a sostegno della disoccupazione) aumentano le possibilità per i disoccupati di trovare nuovi posti di lavoro.

Infine, si consideri l'impatto economico delle misure volte a migliorare l'ambiente. Bisogna distinguere tra:

— l'impatto economico generalmente inteso. Vale a dire l'insieme dei costi aggiuntivi per la società, costi che diventano tanto più significativi quanto più insostenibili dal punto di vista ambientale sono le tendenze della produttività;

— i benefici a livello di un'impresa. L'obiettivo di tutelare l'ambiente può essere raggiunto attraverso un uso migliore delle risorse naturali e una riduzione dei costi per le pulizie degli ambienti. In questo modo una migliore politica ambientale può rendere il *business* imprenditoriale più redditizio. A parte questo, essendo lo sviluppo sostenibile un problema comune a tutto il Pianeta, le politiche adottate in tal senso possono creare vantaggi aggiuntivi per i Paesi che se ne avvalgano prima di altri.

4. Si può constatare che la letteratura sull'impatto avuto dalle riforme relative agli obiettivi di Lisbona è molto numerosa e non è facile da sintetizzare in questa sede. Tuttavia, l'effetto positivo di tali riforme è ovvio.

Secondo la Commissione (EUROPEAN COMMISSION, *Chapter 2 - Structural reforms in labour and product markets and macroeconomic performance in the EU*, in *The EU Economy Review*, 2002) le riforme del mercato di prodotti e del lavoro nella seconda metà degli anni Novanta hanno comportato, nel breve periodo, un incremento annuale del PIL di quasi 1,5 punti percentuali. Se aggiungessimo anche gli effetti derivanti dai maggiori investimenti nel campo della conoscenza previsti nella Strategia, la crescita economica dell'UE potrebbe conoscere un incremento dello 0,75%. Nell'arco dei 10 anni questo potrebbe implicare l'aumento del PIL di persino 8 punti percentuali. In ultimo, si consideri che la mancanza di idonee politiche ambientali può provocare la riduzione della qualità della vita, ancora un impatto negativo sulla salute pubblica (il che comporterebbe una maggiore spesa pubblica), la perdita di svariate opportunità economiche ecc.


In questo contributo, dunque, viene offerta una panoramica delle voci più considerevoli

della letteratura empirica avente per oggetto l'impatto delle riforme strutturali indicate nella Strategia di Lisbona. Tuttavia sarebbero utili ulteriori ricerche soprattutto per quanto riguarda le politiche di accompagnamento adottate ai fini di massimizzare i benefici di Lisbona e minimizzare i costi di adattamento.

Olga Rimkevitch

Assegnista di ricerca

*Centro Studi Internazionali e Comparati « Marco Biagi »
Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia*

5.4. P6-TA-PROV(2005)0069 (B6-0186/2005), 9 marzo 2005 (in  *Boll. Adapt*, 2005, n. 13).

Risoluzione del Parlamento Europeo sulla revisione a medio termine della Strategia di Lisbona.

Il Parlamento Europeo ribadisce la priorità degli obiettivi di Lisbona

Con la risoluzione adottata il 9 marzo, il Parlamento Europeo definisce la propria posizione sulla revisione di medio termine della Strategia di Lisbona in vista del Consiglio Europeo di primavera. Secondo il Parlamento, la Strategia di Lisbona deve essere la priorità assoluta dell'Unione Europea nei prossimi 5 anni. Il Parlamento infatti mette in evidenza come crescita sostenibile e occupazione siano essenziali per un'Europa « faro di progresso economico, sociale e ambientale nel mondo » e vede nel rilancio della Strategia di Lisbona lo strumento necessario per il raggiungimento di tale realtà.

La risoluzione del Parlamento si inserisce nel processo revisionale di una Strategia per l'occupazione, la crescita economica e la coesione sociale, che fin ad ora non è stata in grado di ottenere i risultati previsti. In modo particolare, gli insuccessi più clamorosi riguardano la scarsa competitività della economia europea e la ancora insufficiente creazione di nuovi posti di lavoro. Per conferire un nuovo slancio alla Strategia, il Parlamento avanza proposte di natura sostanziale e di carattere procedurale. Temi centrali della risoluzione sono soprattutto mercato interno, ricerca, ambiente e competitività.

In primo luogo infatti il Parlamento Europeo ribadisce la necessità di avanzare nella creazione del mercato interno attraverso la realizzazione di un mercato unico dei servizi che definisca il giusto equilibrio tra apertura dei mercati, servizi pubblici e garanzia dei diritti sociali e dei diritti dei consumatori. In particolare invita all'adozione di una direttiva quadro sui servizi di interesse generale per garantirne la qualità e l'accesso a tutti i cittadini europei.

Per la ricerca, il Parlamento sostiene la necessità di innalzare il livello di spesa al 3% (2% a favore del settore privato e 1% per quello pubblico) del reddito nazionale degli Stati membri, mentre propone il raddoppiamento del finanziamento comunitario per R&S. Accanto a ciò, il Parlamento invita alla realizzazione di un brevetto UE efficace e poco oneroso tale da risultare conveniente per le PMI e capace di agire da stimolo per lo sviluppo e la ricerca in Europa.

In materia ambientale, oltre a riconoscere l'impatto positivo che il rispetto per l'ambiente esercita sulla crescita e sulla competitività, il Parlamento chiede un sostegno concreto per lo sviluppo delle tecnologie ecologiche e delle innovazioni ecoefficienti e invita ad aver una maggiore consapevolezza dei problemi legati al cambiamento climatico e al declino delle biodiversità.


Per la competitività, il Parlamento ribadisce la necessità di creare una economia

dinamica che passi attraverso la stabilità finanziaria, finanze pubbliche sane e sistemi fiscali semplici e meno onerosi. Inoltre riconosce il ruolo cruciale delle PMI e incoraggia la creazione di un ambiente più propizio all'espletamento delle loro attività.

Accanto a questi temi, la risoluzione fa riferimento al ruolo chiave che la politica regionale ricopre nel raggiungimento degli obiettivi di Lisbona e auspica che le prospettive di bilancio per il 2007-2013 ne assicurino gli strumenti finanziari adeguati. Inoltre il Parlamento Europeo ricorda che il successo della Strategia di Lisbona dipende in gran parte dalla realizzazione delle riforme strutturali legate alla salvaguardia del modello sociale europeo e a questo proposito sottolinea come la Strategia miri all'ammodernamento e non all'indebolimento dei servizi previdenziali. Altri aspetti considerati vitali dal Parlamento Europeo per il successo della Strategia di Lisbona includono la lotta alla povertà e alla esclusione sociale, l'istruzione, la formazione ed in generale il miglioramento del capitale umano.

Per le questioni procedurali, la risoluzione si sofferma sulla necessità di individuare un meccanismo efficace di programmazione congiunta del Parlamento e della Commissione, e sull'uso puntuale e coerente delle valutazioni d'impatto da parte della Commissione per agevolare la funzione di monitoraggio del Parlamento. Inoltre la risoluzione promuove l'utilizzo di pochi indicatori ma di buona qualità, in grado verificare i dati relativi ai progressi economici, sociali e ambientali degli Stati membri da poter inserire in una banca dati accessibile al pubblico.

Infine, per garantire il successo della Strategia, la risoluzione auspica una forte collaborazione tra Commissione e Parlamento Europeo e tra quest'ultimo e i Parlamenti nazionali insieme ad un maggior coinvolgimento delle autorità regionali e locali.

In definitiva, se per molti aspetti la risoluzione del Parlamento Europeo accoglie e sostiene gli orientamenti evidenziati da Wim Kok ed il gruppo di alto livello nel rapporto *Facing the Challenge* (in  *Boll. Adapt*, 2004, n. 41, sul quale cfr. S. SPATTINI, *Verso una migliore attuazione della strategia di Lisbona*, e G. CAZZOLA, *Problemi e prospettive del metodo di coordinamento aperto nell'Europa del post-allargamento*, entrambi in *DRI*, 2005, n. 2), la dimensione parlamentare della Strategia di Lisbona risulta maggiormente sottolineata. Il dialogo istituzionale è considerato uno dei potenziali fattori di successo del suo rilancio. Anche così forse la Strategia di Lisbona può evitare di restare lettera morta negli anni a venire.

Laura Bonacorsi
Ricercatore
ECOTEC Research and Consulting LTD

OSSERVATORIO INTERNAZIONALE E COMPARATO

Belgio

- *contrattazione collettiva (orientamenti della) (1.1. - 1.3.)*

Germania

- *mercato del lavoro (riforma del) (2.1.)*

Nuova Zelanda

- *licenziamento per esubero di personale (4.1.)*

Stati Uniti

- *parità (discriminazioni in base all'età) (5.1.)*


*Nota per la lettura dell'Osservatorio
internazionale e comparato*

I documenti indicati con il simbolo  sono pubblicati sul sito internet del Centro Studi Internazionali e Comparati « Marco Biagi » all'indirizzo www.csmb.unimo.it


* * * * *

Si segnala che le considerazioni contenute negli interventi dei funzionari e dirigenti della Pubblica Amministrazione sono frutto esclusivo del pensiero dei rispettivi Autori e non hanno carattere in alcun modo impegnativo per l'Amministrazione alla quale essi appartengono.

1. Belgio

1.1. I siti internet per seguire le vicende delle recenti relazioni industriali alla Fortis Banque: *Centrale Nationale des Employés/Landelijke Bedienden Centrale CNE/LBC* (www.cne-gnc.be), *Centrale Générale des Syndicats Libéraux de Belgique/Algemene Centrale der Liberale Vakbonden van België, CGSLB/ACLVB* (www.cgslb.be), *Syndicat des Employés, Techniciens et Cadres/Bond der Bedienden, Technici en Kaders, SETCa/BBTK* (www.secta.org) (in  *Boll. Adapt*, 2005, n. 24).

1.2. Il *Règlement de travail* in Belgio (in  *Boll. Adapt*, 2005, n. 24).

1.3. Conflitto AGC Automotive, *Retour sur une grève heroique*, di André Henry (in  *Boll. Adapt*, 2005, n. 24).

(1.1. - 1.3.) Ristrutturazioni aziendali e conflitto: i sindacati belgi alla prova

Sommario: **1.** Intervento del conciliatore. Nuova proposta di accordo per il gruppo Fortis. — **2.** Rivendicazioni presso la radio-televisione pubblica francofona in Belgio. Dal nuovo *Règlement du Travail*, alla revisione di medio termine del Piano di ristrutturazione aziendale. — **3.** Ripresa delle negoziazioni presso la AGC Automotive Europe.

1. Nel febbraio scorso, a seguito di negoziazioni piuttosto complesse, protrattesi per diversi mesi presso il gruppo finanziario belga/olandese Fortis, le parti sociali si sarebbero dovute incontrare per stipulare un accordo collettivo, con il supporto di un conciliatore ufficiale (cfr. P. LOVENS, *Belgium: Collective agreement in sight at Fortis*, in www.eiro.eurofound.eu.int).

La serie di incontri precedenti aveva subito un improvviso arresto quando il gruppo finanziario in questione aveva annunciato, nell'estate del 2004, di volersi tirare indietro rispetto ad un precedente accordo che garantiva determinati livelli di occupazione fino al 31 dicembre 2004. Ad ogni modo, nel settembre del 2004 sono riprese le trattative proprio grazie al già richiamato supporto di un conciliatore ufficiale.

Possiamo in questa sede sottolineare gli aspetti principali della proposta presentata il 13 gennaio dallo stesso conciliatore alle organizzazioni dei lavoratori ed alla amministrazione della Fortis. Innanzitutto, si prevedeva di garantire i livelli occupazionali per cinque anni (con un assestamento dopo tre). In secondo luogo, per il caso di ristrutturazioni, si introducevano una serie di regole secondo le quali l'azienda si sarebbe impegnata ad offrire nuovi posti di lavoro ed una appropriata formazione per i lavoratori coinvolti nella procedura; inoltre, in caso di assenza di attività lavorative simili a quelle effettuate dai lavoratori coinvolti, veniva prevista la possibilità di concedere, su richiesta del lavoratore, il pensionamento anticipato raggiunta una certa soglia di età, ovvero, dopo un certo periodo di servizio, una quota minima di trattamento di fine rapporto. La proposta di accordo includeva altresì previsioni riguardanti l'estensione dell'orario di lavoro. Era infatti prevista la possibilità, a seguito di consultazioni tra i sindacati e il consiglio di impresa, di estendere l'orario di apertura anche nelle ore serali e nella giornata del sabato: in tali casi era prevista una maggiorazione della retribuzione dal 150% al 160% rispetto a quella normale prevista nel contratto. In ogni caso, sarebbero stati assunti 150 lavoratori a tempo pieno e a tempo determinato, portando perciò il totale della forza lavoro da 8.500 a 8.650 unità.

Per ciò che riguarda le parti sociali partecipanti alle negoziazioni, vi è da specificare che mentre la Federazione nazionale degli impiegati (*Centrale Nationale des Employés/Landelijke Bedienden Centrale, CNE/LBC*) è stata in grado di ricavare dalla

piattaforma diverse richieste fatte nel corso delle negoziazioni, la Federazione nazionale dei sindacati liberali del Belgio (*Centrale Générale des Syndicats Libéraux de Belgique/Algemene Centrale der Liberale Vakbonden van België, CGSLB/ACLVB*), tornando a negoziare nel novembre 2004, ha unanimemente rigettato la bozza di accordo predisposta dal conciliatore. Diversamente, il Sindacato degli impiegati, dei tecnici e dei quadri (*Syndicat des Employés, Techniciens et Cadres/Bond der Bedienden, Technici en Kaders, SETCa/BBTK*) attendeva ancora a fine gennaio un mandato per addivenire ad una decisione.

L'azienda, comunque, sarebbe stata pronta a siglare l'accordo con SETCa/BBTK, così come con CNE/LBC.

L'epilogo della vicenda si è rivelato a soli tre giorni dalla firma del contratto collettivo predisposto dal conciliatore. Il nuovo direttore esecutivo della Fortis, Jean-Paul Voltron, ha infatti annunciato alla stampa quale sarebbe stata la nuova strategia per gli anni a venire, e cioè che il gruppo, dovendo risparmiare 100 milioni di euro entro l'estate del 2006, avrebbe dovuto disporre la riduzione dei costi (del lavoro). Le stesse organizzazioni sindacali rappresentanti i lavoratori della Fortis sono state poste al corrente di tale strategia soltanto il 31 gennaio scorso, in occasione di una riunione straordinaria del Comitato Aziendale Europeo.

2. Presso la RTBF, la radio-televisione pubblica della comunità francofona belga (Bruxelles e Vallonia) è recentemente intercorsa una lunga serie di scioperi, in particolare a partire dalla seconda metà del gennaio 2005 (cfr. P. LOVENS, *Belgium: Upheaval plagues French-language public broadcasting*, in www.eiro.euofound.eu.int). Si può certamente affermare che il conflitto sia stato originato a causa del nuovo *Règlement de travail* entrato in vigore il 1° gennaio ed avversato, inizialmente, da parte del personale tecnico (*cameramen*, ingegneri del suono, ecc.), ma successivamente contestato anche da altre categorie di lavoratori, quali giornalisti, produttori, ecc.

Le regolamentazioni oggetto di contestazione erano state invece approvate, nel giugno 2004, dalla Confederazione dei sindacati cristiani (*Confédération des Syndicats Chrétiens/Algemeen Christelijk Vakverbond, CSC/ACV*) e dalla Federazione nazionale dei sindacati liberali (*Centrale Générale des Syndicats Libéraux de Belgique/Algemene Centrale der Liberale Vakbonden van België, CGSLB/ACLVB*), mentre erano state categoricamente rigettate dalla Federazione nazionale dei servizi pubblici (*Centrale Générale des Services Publics/De Algemene Centrale der Openbare Diensten, CGSP/ACOD*), il sindacato socialista maggiormente rappresentativo nella RTBF, il quale muoveva le proprie preoccupazioni dalla organizzazione stessa dell'impresa pubblica autonoma, nonché dal servizio pubblico che questa è tenuta a rendere. Occorre tenere presente che l'impresa pubblica in questione subisce una forte concorrenza da parte dall'operatore privato RTL-TVI (il canale belga di lingua francofona appartenente al gruppo RTL), come anche dai principali canali francesi, ed è dunque spesso accusata di mandare in onda programmi ispirati ai canali privati e di non adempiere pienamente al servizio pubblico di informazione come indicato da contratto rinnovato ogni cinque anni con il governo della Comunità francofona (l'attuale contratto scadrà nel 2006), attraverso il quale, tra l'altro, la RTBF ottiene i fondi per il proprio finanziamento.

Si è giunti, così, allo sciopero del personale tecnico del 21 gennaio 2004, proclamato dalla CGSP, cui ha fatto seguito, il 25 gennaio, quello dei giornalisti e degli altri lavoratori. Per quanto riguarda la CGSP, è opportuno inoltre ricordare che nel frattempo è intercorsa una spaccatura al suo interno tra la sezione di Bruxelles e la sezione della Vallonia; la causa della rottura è stata l'opposizione di quest'ultima alla proposta della direzione di introdurre maggiore flessibilità del lavoro.

La CSC, dal canto suo, è andata avanti con le proprie rivendicazioni, proclamando lo sciopero del 31 gennaio 2004, e lamentando la revisione di medio termine del Piano Magellano, ossia del piano di ristrutturazione della RTBF.

Quest'ultimo piano, portato avanti da J-P. Philippot con il supporto di una società di consulenza, aveva come scopo quello di riportare la RTBF ad un bilancio finanziario positivo entro il 2007 (il deficit era pari a 8 milioni di euro a fine 2004). Va sottolineato, comunque, che esso ha portato ad una riduzione del 20% del personale (si è arrivati approssimativamente a 500 persone, su un totale di 2.600 unità che l'azienda impiegava nel 2002) e che esso ha subito un ri-orientamento dovuto alla pianificazione dei programmi RTBF.

3. Alla AGC Automotive Europe, filiale della azienda giapponese Asahi Glass, specializzata nella produzione del vetro per automobili, si è recentemente assistito ad un duro conflitto sindacale. Le rivendicazioni hanno avuto inizio il 2 dicembre 2004, a seguito della presentazione, da parte della direzione, di un piano di ristrutturazione che prevedeva la soppressione di 284 degli 840 posti di lavoro della pianta organica (cfr. P. LOVENS, *Belgium: Negotiations restart at AGC Automotive Europe*, in www.eiro.eurofound.eu.int; P. LOVENS, *Belgium: The conflict at AGC Automotive ends after 104 days of strike*, in www.eiro.eurofound.eu.int).

Il piano ha immediatamente provocato come reazione l'arresto delle attività lavorative attraverso un vero e proprio picchettaggio, volto ad impedire l'ingresso in fabbrica. Secondo le stime della Federazione generale del lavoro del Belgio (*Fédération Générale du Travail de Belgique/Algemeen Belgisch Vakverbond*, FGVB/ABVV), solo una sessantina di operai avrebbero ripreso il lavoro presso la AGC.

Il 4 dicembre 2004, il personale ha provocato poi un vero e proprio sequestro del personale della direzione della durata di 24 ore, che ha necessitato l'intervento dei pubblici poteri, nella persona del Ministro del lavoro e dell'economia della Vallonia. La mobilitazione è poi andata avanti con diverse manifestazioni: quella della Confederazione dei sindacati cristiani (*Confédération des Syndicats Chrétiens/Algemeen Christelijk Vakverbond CSC/ACV*) del 24 gennaio, e quella della FGVB del 25 gennaio, che hanno richiesto l'intervento della magistratura.

Il 13 gennaio, infatti, il Tribunale di Charleroi ha emesso una ordinanza che imponeva il libero accesso nell'impresa e prevedeva altresì una ammenda pari a 5.000 euro per ogni persona che lo avesse impedito.

È, peraltro, interessante rilevare quanto denunciato dai legali della FGVB: essi hanno affermato che in precedenti conflitti presso la AGC, in cui si era giunti ad un'ordinanza simile a quella emessa, la stessa era stata giudicata contraria alla Carta sociale europea. Per tale ragione hanno, dunque, intrapreso la strada giudiziale proponendo un'opposizione contro l'ordinanza dinanzi il Presidente del Tribunale di prima istanza di Charleroi. Infine, hanno stimato che la procedura preliminare di informazione *Renault* ai lavoratori non fosse stata rispettata, rendendo perciò illegittimi i licenziamenti disposti mediante le procedure oggetto del conflitto.

Nel contempo, il 21 gennaio il conciliatore ufficiale ha reso pubblici i risultati di un referendum organizzato dal personale della AGC che avrebbe approvato il piano di ristrutturazione. Vero è, però, che i risultati del referendum hanno suscitato reazioni contrastanti da parte delle organizzazioni sindacali. Infatti, secondo la FGVB, solo il 28% del personale votante avrebbe risposto in modo favorevole al piano di ristrutturazione della direzione. La FGVB ha ritenuto pertanto il referendum contestabile e non rappresentativo.

D'altra parte, la CSC ha considerato che la soluzione avanzata dai conciliatori non

poteva essere messa da parte. Ed infatti Robert Wathy, il responsabile della CSC, si è reso disponibile a negoziare, invitando la FGTB a fare lo stesso.

È così che dopo due mesi dall'annuncio del conflitto sociale, i sindacati del settore trasporti hanno ricevuto mandato da parte del personale per riprendere la negoziazione con la direzione dell'impresa attraverso una procedura di conciliazione.

Il conflitto, uno dei più lunghi della storia del Belgio, è terminato precisamente il 15 marzo, ed il 21 dello stesso mese è ripreso il lavoro in fabbrica, pur permanendo una atmosfera di tensione. È stato concluso così un protocollo di accordo approvato democraticamente dal 62% dei lavoratori, che prevede il licenziamento di 249 lavoratori, mentre i restanti 556 saranno garantiti fino alla fine del 2007, data che potrebbe scivolare sino alla fine del 2008 se la produttività dell'impresa dovesse migliorare. Ad ogni modo, le soppressioni dei posti di lavoro si divideranno tra pensionamenti anticipati (per i lavoratori che abbiano compiuto 50 anni), mancati rinnovi dei contratti a tempo determinato, dimissioni volontarie (accompagnate da un premio di 13.000 euro) ed, infine, un massimo di 75 licenziamenti.

Lilli Carollo


*Dottoranda di ricerca in Relazioni di lavoro internazionali e comparate
Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia*


2. Germania

2.1. BUNDESMINISTERIUM FÜR WIRTSCHAFT UND ARBEIT, 100 Tage Hartz IV – Eine erste Bilanz (in  *Boll. Adapt*, 2005, n. 14).

Prestazioni sociali di base e agenzie per il sostegno all'inserimento nel mercato del lavoro delle fasce deboli

Sommario: **1.** Prestazione sociale di base. — **2.** I Job-Center. — **3.** Il collocamento comunale. — **4.** Le prime valutazioni.

1. Nell'ambito delle riforme del mercato del lavoro tedesco (cfr. S. SPATTINI, *Riforme possibili, riforme necessarie: l'utilità di una comparazione tra il caso italiano e europeo*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2004, 53-80, e Id., *Una valutazione delle riforme Hartz dal punto di vista italiano e europeo*, in  *Boll. Adapt*, 2005, n. 4), la c.d. Legge Hartz IV ha riformato il sistema di previdenza sociale per i profili che attengono al sostegno finanziario delle persone non economicamente autonome: la *Arbeitslosengeld II* (indennità di disoccupazione II) e il *Sozialgeld* (sussidio sociale). Possono beneficiare dell'indennità di disoccupazione II le persone idonee al lavoro, che non sono in grado di provvedere al proprio mantenimento e a quello della loro famiglia e che non hanno diritto all'indennità di disoccupazione I, ovvero che hanno esaurito tale diritto. Il sussidio sociale, invece, è diretto a garantire il sostentamento delle persone indigenti e inabili al lavoro.

Benché, all'interno della rinnovata strategia di attivazione al lavoro (si veda anche *Hartz IV – Menschen in Arbeit bringen*, in  *Boll. Adapt*, 2005, n. 2), l'obiettivo primario dello Stato consista nel fornire alle persone gli strumenti per un rapido inserimento o reinserimento nel mercato del lavoro e conseguentemente il raggiungimento dell'indipendenza economica, il sistema continua a garantire il supporto economico alle persone indigenti, differenziando però le prestazioni sulla base della idoneità o inidoneità al lavoro.

La gestione di questo sistema di prestazioni sociali di base è stata attribuita all'Agenzia federale per il lavoro (*Bundesagentur für Arbeit*) e alle amministrazioni comunali. L'Agenzia federale per il lavoro, attraverso le agenzie per l'impiego locali (*Agenturen für Arbeit*), è competente per l'indennità di disoccupazione II e per il sussidio sociale, i Comuni sono competenti per gli aiuti economici relativi al vitto e al riscaldamento, per prestazioni di assistenza all'infanzia e, in generale, per l'assistenza sociale.

2. Con l'obiettivo di collegare efficacemente politiche passive e attive per il lavoro e di considerare la persona nella sua totalità e gestire contemporaneamente gli ostacoli di diversa natura (non solo inerenti agli aspetti lavorativi, ma anche sociali o psicologici) sulla strada dell'inserimento o reinserimento nel mercato del lavoro, la Legge Hartz IV ha previsto la creazione di *Job-Center*, basati sulla collaborazione tra le agenzie pubbliche per l'impiego e gli uffici per l'assistenza sociale (*Sozialamt*) delle amministrazioni comunali. Essi si pongono quali punti unici di riferimento per i lavoratori disoccupati e per le persone inabili al lavoro, che necessitano di un sostegno, offrendo contemporaneamente i diversi servizi connessi allo stato di disoccupazione e/o all'indigenza e alla ricerca di un lavoro, in particolare informazioni, consulenza e assistenza per la richiesta delle varie prestazioni sociali e per il processo di reinserimento nel mercato del lavoro, ma anche servizi più strettamente sociali, come per esempio l'assistenza psicologica. L'integrazione dei servizi relativi al collocamento, all'erogazione delle prestazioni sociali di base, fino ai servizi sociali dovrebbe garantire un intervento più direttamente mirato ai bisogni della persona, considerandola nella sua interezza, e una gestione più efficiente e più efficace dei servizi e delle prestazioni. Peraltro, limitatamente alle persone abili al lavoro, la fusione di questi servizi dovrebbe rendere maggiormente efficiente anche il tentativo di collegare e rendere interdipendenti le misure di politica attiva e passiva, nella direzione di attivare i disoccupati alla ricerca di una occupazione e rendere prioritario il ritorno nel mercato del lavoro e gli interventi attuati a tal fine.

3. In alternativa alla costituzione dei *Job-Center*, una clausola sperimentale della Legge Hartz IV offre la possibilità ai Comuni di assumere anche le funzioni svolte dalle agenzie per l'impiego, diventando competenti per la gestione del servizio di collocamento (informazione, consulenza, assistenza, attuazione delle politiche attive e programmi di reinserimento al lavoro) e di erogazione delle prestazioni sociali, comprese l'indennità di disoccupazione II e il sussidio sociale. Tale servizio, svolto autonomamente dai Comuni e finanziato dalla Agenzia federale per il lavoro, ha il vantaggio di realizzare la sinergia tra servizi e di utilizzare la struttura comunale già esistente, mentre ha lo svantaggio di non superare la doppia struttura legata all'assistenza dei lavoratori disoccupati, che per ottenere l'indennità di disoccupazione devono rivolgersi comunque alle agenzie per l'impiego, mentre successivamente, se ancora disoccupati, per poter beneficiare dell'indennità di disoccupazione II devono rivolgersi ai Comuni. Ai risultati derivanti dalla prassi è lasciato il compito di dimostrare quale tra i due modelli risulti più efficiente ed efficace.

4. Con riferimento alla riforma della previdenza sociale di base e all'introduzione dei *Job-Center*, nel documento *100 Tage Hartz IV - Eine erste Bilanz*, il Ministero dell'economia e del lavoro tedesco compie una prima valutazione, a tre mesi dall'entrata in vigore (1° gennaio 2005), della Legge Hartz IV (per una primissima riflessione sugli effetti della legge, in particolare sul tasso di disoccupazione, si veda S. SPATTINI, *Germania - I primi effetti della Legge Hartz IV*, in *DRI*, n. 1, 2005, 305-306). Il Ministero si ritiene soddisfatto dell'avvio di queste riforme, essendo riuscito a gestire la transizione e l'accesso alle nuove prestazioni sociali di circa 6 milioni di persone e per il fatto che nella quasi totalità delle 338 Province sono stati introdotti i *Job-Center*, mentre in

69 casi i Comuni si sono assunti anche la gestione dei servizi di collocamento e della previdenza sociale di base.


Poste quindi le fondamenta della riforma, il Ministero intende concentrare la maggior parte degli sforzi sull'attività di collocamento, sviluppando ulteriormente i *Job-Center* e offrendo nuove prospettive di inserimento e reinserimento al lavoro in particolare ai giovani sotto i 25 anni e ai lavoratori anziani.

Con riferimento all'esperienza dei *Job-Center*, occorre sottolineare la complessità di fondere le diverse competenze e esperienze proprie delle agenzie per l'impiego (*Agen-turen für Arbeit*) e delle amministrazioni comunali, nonché l'enorme sforzo legato al rinnovamento dal punto di vista organizzativo e gestionale (riorganizzazione logistica, rinnovamento del *software* utilizzato, formazione del personale).

Alcune critiche alla gestione dei *Job-Center*, in particolare con riferimento alle tipologie di spese sostenute, arrivano dalla Agenzia federale per il lavoro (che è rappresentata nella gestione stessa attraverso le agenzie locali per il lavoro), che vorrebbe definire, attraverso appositi accordi, gli obiettivi dei *Job-Center* in termini di numero di lavoratori disoccupati da inserire nel mercato del lavoro e di relativi costi (cfr. *Bundesagentur für Arbeit kritisiert Verschwendung*, in *AuR*, 2005, n. 5, 181).

Silvia Spattini
Assegnista di ricerca
Centro Studi Internazionali e Comparati « Marco Biagi »
Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia

3. Nuova Zelanda

3.1. Employment Relations Amendment Act (No 2) 2004, Articoli 27 e 30 (in  *Boll. Adapt*, 2005, n. 27).

Il legislatore alle prese con la spinosa questione delle eccedenze di personale

Sommario: **1.** Introduzione. — **2.** L'attivismo giudiziale. — **2.1.** La possibilità di un intervento giudiziale nelle situazioni di eccedenza di personale. — **3.** Le decisioni delle Corti. — **3.1.** Decisioni delle Corti in base alla legge sulle relazioni industriali e alla legge sulle relazioni di lavoro. — **3.2.** Decisioni delle Corti in base alla legge sui Contratti per l'impiego. — **3.3.** Decisioni della Corte ai sensi della legge sulle relazioni nell'impiego e dell'emendamento della legge sulle relazioni nell'impiego. — **4.** Conclusioni.

1. Dal periodo immediatamente successivo alla Seconda Guerra Mondiale fino alla fine degli anni Settanta, la Nuova Zelanda ha goduto di una situazione prossima alla piena occupazione, a tal punto che venne ritenuto molto delicato il momento in cui, nel 1978, la cifra ufficiale della disoccupazione raggiunse l'1%. Mentre la società godeva della piena occupazione, le imprese individuali prosperavano e declinavano, e senza dubbio si verificavano eccedenze di personale ma un impiego alternativo era subito disponibile e, ad eccezione di pochi, come Goodman (G. GOODMAN, *Redundancy in the Affluent Society*, Fabian Society, London, 1962, 2), il quale scrive che l'eccedenza di personale in un periodo di piena occupazione è peggiore che in tempi di disoccupazione in quanto « la miseria è più facile da sopportare quando tutt'intorno c'è miseria e squallore », la maggior parte degli osservatori ritengono che la questione delle eccedenze di personale sia molto più seria nei periodi di alta disoccupazione, in quanto per i lavoratori risulta più difficile conseguire una nuova occupazione.

Dalla fine degli anni Settanta le eccedenze di personale aumentarono, e il problema fu aggravato da una disoccupazione stabilmente in crescita. Nel 1984 il Governo laburista iniziò una ristrutturazione dell'economia, iniziando a considerare la disoccupazione e le eccedenze di personale problematiche molto serie. Ciò può essere spiegato confrontando la Nuova Zelanda con il suo vicino più prossimo, l'Australia. Nel 1985 il tasso di disoccupazione neozelandese ammontava alla metà di quello australiano (4,1 % contro 8,2%), ma nel 1990 lo aveva superato (7,8% contro 6,9%) (A. GEARE, *Industrial Relations - A General Introduction and the New Zealand System*, FIRRE, New Zealand, 2000, 443). Gli occupati nel settore pubblico neozelandese sono scesi da 89.505 al 31 marzo 1986 a 58.038 al 30 giugno 1989 (*New Zealand Official Yearbook*, New Zealand Department of Statistics, Wellington, 1990, 72).

Nel 1975, quando le eccedenze di personale e la disoccupazione non rappresentavano ancora problemi rilevanti, il Governo laburista in carica tra il 1972 e il 1975 propose una legge sulla indennità di licenziamento e di reimpiego. Anche se la legge predisponessa una tutela minima — in quanto garantiva un massimo di sei settimane di retribuzione per i lavoratori in esubero con più di cinque anni di anzianità — non fu mai emanata. Successivamente, benché il tema degli esuberanti sia divenuto altamente problematico per i datori di lavoro e i loro dipendenti, i legislatori hanno mancato di accogliere il suggerimento di Aaron Hill (il quale, con una riuscita metafora, suggeriva, per non essere punti dalle ortiche, di afferrarle con sicurezza, piuttosto che limitarsi a sfiorarle) (« Tender-handed stroke a nettle, And it stings you for your pains; Grasp it like a man of nettle, And it soft as silk remains », Aaron Hill, 1685-1750) e hanno evitato di affrontare lo spinoso problema delle eccedenze di personale, ma piuttosto l'hanno osservato con preoccupazione, spingendosi sporadicamente a sfiorarlo, ma sempre con esitazione. Ciò, malgrado ci siano stati, durante gli ultimi venti anni, considerevoli cambiamenti nella legislazione in materia di relazioni industriali, che hanno offerto ai Governi successivi più di una opportunità di dedicarsi al tema delle eccedenze di personale. Le principali leggi degli ultimi venti anni sono state:

- l'*Industrial Relations Act* del 1973 (la legge sulle relazioni industriali);
- il *Labour Relations Act* del 1987 (la legge sulle relazioni di lavoro);
- l'*Employment Contracts Act* del 1991 (la legge sui contratti per l'impiego);
- l'*Employment Relations Act* del 2000 (la legge sulle relazioni nell'impiego);
- l'*Employment Relations Amendment Act* del 2004 (l'emendamento della legge sulle relazioni nell'impiego).

Ad eccezione della legge sulle relazioni nell'impiego, che era un provvedimento fondamentalmente di superficie, ciascuna legge, come pure l'emendamento del 2004, ha introdotto o proposto cambiamenti piuttosto radicali nel campo delle relazioni industriali.

Affrontare lo spinoso problema delle eccedenze di personale richiede la predisposizione di una vasta legislazione in materia, cosa che uno degli autori di questo saggio sosteneva già più di venti anni fa (A. GEARE, *Redundancy in New Zealand*, NZ Institute of Public Administration, Research Monographs, Wellington, 1983). Ciò non è però avvenuto. Invece, il legislatore ha occasionalmente sfiorato il problema il quale, proprio come le ortiche, senza dubbio si è rivelato altamente « urticante ». Sfortunatamente non è stato solo il potere legislativo, ma ampie parti della società, a patire per effetto di questa inerzia dei legislatori. La sofferenza per i diversi attori delle relazioni industriali è derivata principalmente dall'attivismo giudiziale, dall'interferenza nei rapporti di lavoro e dagli alti livelli di incertezza prodotti dalla magistratura.

Di seguito verrà brevemente trattata la tematica dell'attivismo giudiziale e si mostrerà come la combinazione fra le procedure che consentono ai lavoratori di adire personal-

mente le Corti, previste dalla legislazione neozelandese in materia di relazioni industriali, e la mancanza di una espressa legislazione sulle eccedenze di personale abbia permesso a tutti i gradi del potere giudiziario, dai comitati di più basso livello (i comitati di livello inferiore ai Tribunali sono stati denominati « comitati d'istanza » o « comitati di controversia » — *legge sulle relazioni industriali e legge sulle relazioni di lavoro*) alle Corti specializzate nelle relazioni industriali (la Corte specializzata nelle relazioni industriali è stata chiamata Corte di Arbitrato fino al 1987), Corte del lavoro (fino al 1991), e Corte dell'impiego (dal 1991 ad oggi). Questo saggio si riferirà ad esse come alla « Corte ». La Corte in Nuova Zelanda ha lo stesso rango dell'Alta Corte che si occupa di casi civili e penali. Sulle questioni decise dalla Corte si può proporre appello solo alla Corte d'Appello, in teoria solo in punto di diritto), e in realtà a volte anche alla Corte d'Appello, di usare, mitigare, ribaltare, ma a volte anche rafforzare, tale attivismo.

2. In termini schematici, spetta al potere legislativo (comunemente eletto) varare ed emendare le leggi e spetta al potere giudiziario applicarle e interpretarle. L'interpretazione delle leggi da parte dei Tribunali crea la cosiddetta *common law* o diritto giurisprudenziale. Anche se esistono regole condivise circa il modo in cui interpretare le leggi, e l'interpretazione dovrebbe essere sempre un tentativo onesto e autentico di scoprire il vero significato delle parole usate nella legge, esiste chiaramente una certa misura di soggettività e quindi di spazio per il disaccordo. « Attivismo giudiziale » è un'espressione spregiativa usata quando gli osservatori ritengono che la Corte sia andata oltre il semplice tentativo di interpretare (ed elaborare un'interpretazione con la quale qualcuno sia in disaccordo) e stia in realtà riscrivendo la legislazione. La questione è sempre sulla misura, e non è affatto chiaro il confine tra un'interpretazione accettabile, ma che può essere ritenuta scorretta, ed un inaccettabile attivismo giudiziale.

L'attivismo giudiziale è in generale ritenuto un problema, non perché vi sia necessariamente dissenso circa il risultato, ma piuttosto per via del metodo. Così, nel caso particolare delle eccedenze di personale, un individuo di idee progressiste può ritenere che un lavoratore in esubero « debba » avere il diritto all'indennità. Quindi, se l'attivismo giudiziale è praticato da un giudice progressista, un numero superiore di lavoratori in esubero riceverà un'indennità rispetto a quanto accadrebbe altrimenti. Comunque, l'individuo di idee progressiste dovrebbe contestare l'attivismo giudiziale *per sé*, in ciò che l'indennità dovrebbe venire da un accordo sulle eccedenze di personale o da una legislazione sull'argomento. Il medesimo individuo sarebbe anche pienamente consapevole che se l'attivismo giudiziale viene lasciato procedere senza controllo semplicemente perché si è concordi con l'ideologia del giudice attivo, sarà più difficile prevenire *qualsivoglia* attivismo giudiziale in futuro, compreso quello praticato da giudici dall'inclinazione totalmente diversa.

Una seconda importante obiezione all'attivismo giudiziale è l'alto livello di incertezza che esso provoca. Come la Corte d'Appello ha così correttamente posto in rilievo nel caso *Aoraki Corporation Ltd v. McGavin* (in *New Zealand Law Reports*, 1998, n. 2, 292):

« L'eccedenza di personale costituisce un'area importante del diritto che interessa un vasto numero di neozelandesi ogni anno. È categorico che lavoratori e datori di lavoro possano pianificare con sicurezza e stabilire esattamente quali siano i loro rispettivi diritti e obblighi ».

2.1. Negli ultimi venti anni le Corti e i comitati sono riusciti ad essere coinvolti nelle situazioni di riduzione di personale tramite due vie principali:

- (1) mediante le procedure instaurate dalle azioni dei singoli lavoratori consentite dalle norme in materia di presunti licenziamenti ingiustificati e, in misura minore:
- (2) mediante la loro competenza, riconosciuta dalla legge, a comporre le liti in materia

di « diritti » — ossia le liti circa l'« interpretazione, applicazione o la vigenza » di un documento sottoscritto dai sindacati e dalla parte datoriale.

Quando i lavoratori perdono il lavoro nell'ambito di un'eccedenza di personale, naturalmente significa che sono stati licenziati. Chiaramente essi sono liberi di utilizzare la generale protezione legale contro i licenziamenti ingiustificati, che è contenuta in tutte le leggi in materia di relazioni industriali degli ultimi venti anni. Fino al 1991, questa protezione si applicava solo ai lavoratori iscritti al sindacato, mentre ai sensi della legge sui contratti per l'impiego e dell'attuale legislazione essa si applica ad ogni lavoratore, compresi i dirigenti anziani. Il dettato delle diverse leggi è stato fondamentalmente simile, sebbene il diritto giurisprudenziale si sia ovviamente sviluppato nel corso degli anni. Inizialmente le Corti stabilirono che per essere giustificabile un licenziamento dovesse essere:

- (a) fondato dal punto di vista sostanziale, e
- (b) corretto dal punto di vista procedurale.

Dal 1990 l'indirizzo generale si è conformato alla decisione della Corte d'Appello (*Airline Stewards and Hostesses of NZ IU W v. Air New Zealand Ltd*, in *New Zealand Law Reports*, 1990, n. 3, 556) secondo cui un licenziamento è ritenuto giustificabile « ... se il datore di lavoro ha dimostrato che la decisione di licenziare è stata sotto ogni punto di vista e in quel momento una decisione ragionevole ed equa ».

Nel 1992 la Corte d'Appello ha ritenuto (*Northern Distribution Union v. BP Oil NZ Ltd*, in *Employment Reports of New Zealand*, 1992, n. 3, 487) che la questione consistesse essenzialmente nel capire se la decisione di licenziare « ... fosse quella che un datore di lavoro ragionevole e leale avrebbe preso in quella determinata circostanza ».

Nella recente sentenza *Oram (W & H Newspapers Ltd v. Oram*, in *Employment Reports of New Zealand*, 2000, n. 2, 457), la Corte d'Appello ha ammesso che « ci può essere più di una soluzione corretta a disposizione di un datore di lavoro leale e ragionevole » e ha dichiarato di preferire « esprimere ciò nei termini di quanto un leale e ragionevole datore di lavoro 'avrebbe potuto' fare, piuttosto che di quanto 'avrebbe' fatto ».

L'emendamento della legge sulle relazioni nell'impiego, tuttavia, ha stabilito che l'indirizzo debba ritornare alla situazione del 1992, e che si debba valutare se un datore di lavoro leale e ragionevole « avrebbe » licenziato in una determinata circostanza.

Se questo cambiamento sortirà qualche effetto resta da vedere. È probabile che ne risulteranno prudenti espressioni nelle sentenze di qualcuno — ma decisioni tanto concise probabilmente non incontreranno l'approvazione del Presidente della Corte d'Appello, il Giudice Goddard. Il Presidente chiaramente preferisce che venga lasciato più spazio alla propria discrezionalità, come chiarito in *Phipps v. NZ Fishing Industry Board* (in *Employment Reports of New Zealand*, 1996, n. 1, 200), allorché egli ha sottolineato che:

« ... è fuorviante e perciò inutile tracciare una distinzione tra irregolarità sostanziali e procedurali ... (l'approccio dovrebbe essere quello di capire) se, in base agli elementi che il datore di lavoro ha raccolto in seguito ad un procedimento equo, onesto e adeguato, egli sia giunto ad una conclusione che fosse giusta ed equa in quel momento, dopodiché abbia trattato il dipendente in un modo leale e ragionevole sotto tutti i punti di vista ».

L'approccio *Phipps* lascia chiaramente una considerevole discrezionalità alle Corti nel valutare se il procedimento utilizzato dal datore e il complessivo trattamento del lavoratore siano stati o meno sufficientemente equi e ragionevoli.

3. Si prenderà ora in considerazione il modo in cui le Corti hanno agito nel corso degli

ultimi venti anni ed hanno sfruttato la mancanza di una chiara legislazione in materia di eccedenza di personale per indulgere nell'attivismo giudiziale.

3.1. Una ricerca (A.J. GEARE, *Redundancy in New Zealand*, cit.) mostra che nel 1980 meno del 10% degli accordi collettivi recavano provvedimenti completi in materia di eccedenze di personale, e che di 851 accordi collettivi:

- 509 (59,8%) non facevano alcun riferimento alle eccedenze di personale;
- 271 (31,9%) specificavano solo che dovesse essere dato un preavviso;
- 8 (0,9%) richiedevano un negoziato;
- 63 (7,4%) erano accordi completi.

Alcuni dei 271 documenti che richiedevano un preavviso specificavano che questo dovesse « permettere lo svolgimento di una discussione ». Prima che l'attivismo giudiziale fosse messo all'ordine del giorno, la Corte, nel caso *Cornhill Insurance Co. Ltd v. NZ Insurance Guild IUW* (in *Arbitration Court of New Zealand*, 444), considerò la decisione di un Presidente di Comitato che aveva esaminato una clausola secondo la quale in caso di eccedenza di personale la società era obbligata a « dare notizia per iscritto al sindacato dell'eccedenza imminente in modo tale da permettere lo svolgimento delle discussioni ». Il Presidente:

- a) aveva ordinato che le parti iniziassero immediatamente ulteriori discussioni;
- b) aveva ordinato che ai rappresentanti della società fosse conferita l'autorità di definire una composizione leale ed amichevole;
- c) aveva stabilito che la vertenza potesse essere rimessa nuovamente al Comitato nel caso in cui le parti non fossero state in grado di risolvere le proprie differenze.

La Corte, tuttavia, ha riformato la decisione del Presidente e ha disposto che, avendo informato il sindacato e avendo permesso che la discussione avesse luogo:

« Il datore di lavoro ha fatto tutto ciò che era obbligato a fare secondo il giudizio arbitrale. Il datore di lavoro non può essere costretto a fare niente di più, per quanto insoddisfacenti possano essere i risultati per il sindacato e per alcuni dei suoi membri. Il lodo non imponeva alcun obbligo di pagare un'indennità per l'esubero e né il Comitato per le vertenze né questa Corte hanno il potere di giudicare in merito a tale pagamento ».

Altri accordi avevano clausole che permettevano espressamente il coinvolgimento da parte dei Comitati e della Corte. Nella causa *Wellington Local Bodies' Officers IUW v. Wellington Hospital Board* (in *ALJ*, 1983, 1047-1049), la clausola stabiliva che il datore « tratti con il sindacato un contratto di eccedenza di personale concordato in comune. In caso di qualsiasi controversia in proposito la questione sarà trattata ai sensi della Clausola 18 (Controversie) ». La questione non fu decisa con il negoziato e passò al Comitato per le vertenze, quindi alla Corte arbitrale e da ultimo alla Corte d'Appello. Questo è del tutto ragionevole e inopinabile.

Tuttavia, la percentuale di accordi dotati di clausole richiedenti una trattativa era molto bassa e questo chiaramente lasciò poco spazio per il coinvolgimento dei giudici. Forse per coincidenza, con la causa *Wellington Local Bodies v. Westland Catchment Board* (in *New Zealand Industrial Law Reports*, 1998, 1711) ebbe inizio l'attivismo giudiziale. La clausola in quel caso non richiedeva null'altro che un preavviso da dare al sindacato prima che il datore di lavoro informasse il lavoratore in esubero. L'allora Presidente della Corte d'Appello (P. Cooke) statui che:

« È vero che il paragrafo (b) non formula espressioni oltre alla richiesta del preavviso, ma è di un certo significato che si richieda che il preavviso venga dato al sindacato prima che al funzionario interessato. Evidentemente l'intenzione deve essere stata quella di permettere di tenere un negoziato fra il sindacato e il datore ».

Con il dovuto rispetto per ciò che Lord Cooke è adesso, non consideriamo la sua

« logica » o argomentazione irresistibile. Il datore di lavoro aveva concordato di dare preavviso al sindacato prima di informare il lavoratore. Ciò avrebbe potuto permettere di tenere un negoziato, ma allo stesso modo avrebbe potuto semplicemente dare al sindacato l'opportunità di mostrarsi come parte in gioco coinvolta nel processo decisionale. Avrebbe potuto concedere al sindacato il tempo per preparare una risposta al datore. Tuttavia, rivendicare che un accordo di notifica diventi necessariamente un accordo a negoziare indennità di esubero e un accordo per conferire al Tribunale o alla Corte d'Appello il diritto di stabilire l'ammontare dell'indennità sembra, nel caso di mancato accordo, una prova di sfrontato attivismo giudiziale. Un fatto interessante in questa vicenda è che il consulente dell'appellante era T.E. Goddard — che poco tempo dopo è divenuto il Giudice Goddard, successivamente Presidente della Corte.

L'approccio del Presidente deve essere parso un chiaro invito all'attivismo giudiziale. I nuovi casi riguardavano un addetto alle pulizie licenziato per eccedenza di personale in quanto la società si trovava in difficoltà finanziarie. Un risparmio di costi avrebbe potuto essere determinato rimpiazzando il lavoratore con un addetto alle pulizie in appalto. Non c'erano accordi di esubero, ma il datore offrì *ex gratia* una certa indennità. Il caso dell'addetto alle pulizie fu trattato applicando la procedura utilizzata per le azioni intentate direttamente dai lavoratori. Il Presidente Goddard ritenne che il licenziamento fosse ingiustificato sul piano sostanziale (in base al motivo secondo il quale un'eccedenza di personale sarebbe giustificata solo se la vitalità commerciale del datore dipendesse da essa) ed anche scorretto dal punto di vista procedurale (in base al motivo secondo il quale le circostanze permettevano un'indennità sensibilmente superiore). Il Presidente Goddard sembrava avere una strategia per rendere le proprie decisioni estreme, quasi attendendosi che esse sarebbero state riformate — ma contando sul fatto che le aperture lasciate dalle decisioni della Corte d'Appello gli avrebbero permesso interpretazioni creative in futuro. Così in *G.N. Hale & Son Ltd v. Wellington Caretakers IUW* (in *New Zealand Employment Law Cases*, 1990, n. 3, 97719) egli statui che il licenziamento « non era in quel momento necessario dal punto di vista commerciale per assicurare la persistente vitalità del convenuto. Esso era, perciò, ingiustificabile ». Non sorprende che tale assunto sia stato respinto dalla Corte d'Appello, che, nella causa *G.N. Hale & Son Ltd v. Wellington Caretakers IUW* (in *New Zealand Industrial Law Reports*, 1990, n. 2, 1084, CA), ha rilevato che « un lavoratore non ha il diritto all'occupazione permanente qualora l'attività imprenditoriale possa essere gestita in maniera più efficiente senza di lui ». Tutti e cinque i giudici della Corte d'Appello hanno formulato pareri. C'è stato totale accordo sul fatto che, nella misura in cui il datore riteneva sinceramente che esistesse una situazione di eccedenza di personale, i licenziamenti fossero giustificati e non spettasse alla Corte sostituire la propria valutazione imprenditoriale a quella del datore. Nondimeno, in modo molto significativo, due dei cinque espressero pure l'opinione che una giustificazione potesse anche incentrarsi sull'eventualità che le circostanze richiedessero una ragionevole compensazione e che questa fosse stata corrisposta. Il Presidente, quando il caso è tornato al Tribunale del lavoro (*Wellington Caretakers IUW v. G.N. Hale & Son Ltd*, in *New Zealand Industrial Law Reports*, 1990, n. 3, 841), ha prestato attenzione a tale (minoritaria) opinione. Comunque egli ha riconosciuto che:

« Non esiste un diritto all'indennità in caso di licenziamento dovuto ad un'eccedenza di personale a meno che tale diritto non sia stato attribuito da un accordo di esubero o da un lodo arbitrale o da un contratto collettivo (o da una legge, *n.d.a.*) ».

L'attivismo giudiziale aveva a quel punto creato una situazione in cui affinché il licenziamento per eccedenza di personale potesse essere considerato « corretto sul piano procedurale » e quindi giustificabile, « potesse » essere richiesta un'indennità.

3.2. La *legge sui contratti per l'impiego* ha provato a rendere gli accordi di esubero un affare esclusivo di datori e lavoratori, ed ha tentato di escludere la Corte dall'essere coinvolta. La Sezione 46(3) stabiliva che:

« Quando una disposizione di un contratto affronti la questione delle eccedenze di personale ma non specifichi l'ammontare dell'indennità dovuta o una formula per la determinazione di detta indennità, né il Tribunale né la Corte possono determinare l'indennità o specificare una formula per la sua determinazione ».

La Sezione 46(3) non ha avuto l'effetto limitativo atteso dalla legge. Nella successiva fondamentale causa (*Bilderbeck v. Brighouse*, in *Employment Reports of New Zealand*, 1993, n. 2, 74) il Presidente decise che, poiché i contratti di lavoro non facevano nemmeno menzione delle eccedenze di personale, la Sezione 46(3) non fosse applicabile e il Tribunale potesse attribuire l'indennità. Egli sostenne anche che la Sezione 46 si applicasse solo ai « procedimenti di vertenza » (ossia quelli sull'interpretazione, l'applicazione o la vigenza di un contratto di lavoro) e non alle azioni intentate direttamente dai lavoratori. Secondo questa logica, di fatto ogni controversia a cui si applicava la Sezione 46(3) poteva essere considerata come una azione intentata direttamente dai lavoratori, rendendo così la Sezione inefficace.

Il Presidente stabilì che, nonostante ci fosse una situazione di eccedenza di personale, e nonostante i lavoratori non avessero accordi di esubero e avessero ricevuto il dovuto preavviso (e tre dei quattro fossero stati riassunti dal nuovo proprietario della società), dal momento che non c'era stata consultazione e poiché l'indennità offerta era stata reputata inadeguata dal Presidente, i licenziamenti fossero tutti ingiustificati. Quando la causa arrivò alla Corte d'Appello (*Brighouse v. Bilderbeck*, in *Employment Reports of New Zealand*, 1994, n. 2, 243, CA) ci fu una statuizione unanime secondo la quale:

« Non esiste una generale esigenza che il datore di lavoro paghi un'indennità in qualunque situazione di eccedenza di personale ».

Ciononostante, una maggioranza di tre contro due all'interno della Corte d'Appello confermò la decisione del Tribunale del lavoro, e l'attivismo giudiziale a livello di Corte ebbe l'approvazione della Corte d'Appello. Tuttavia, uno dei due giudici dissenzienti nella sentenza della Corte d'Appello *Brighouse*, J. Richardson, divenne Presidente della Corte quando P. Cooke andò in pensione. Richardson si opponeva all'attivismo giudiziale e, quando una causa simile a *Brighouse* giunse alla Corte d'Appello (*Aoraki Corp. Ltd v. McGavin*, in *New Zealand Law Reports*, 1998, n. 2, 278), chiamò tutti i sette giudici permanenti a rivedere, di fatto, *Brighouse*.

In *Aoraki*, come in *Brighouse*, la situazione di eccedenza di personale era autentica, ma l'indennità è stata ritenuta inadeguata e sono stati rilevati vizi procedurali. In un valoroso (ma vano) tentativo di porre un freno all'attivismo giudiziale la Corte d'Appello ha emesso un certo numero di decisioni significative (in *New Zealand Law Reports*, 1998, n. 2, 278):

« (a) non può essere obbligatorio per il datore di lavoro consultare tutti i dipendenti potenzialmente interessati quando si realizza una qualsiasi situazione di eccedenza di personale... (Tuttavia) in alcune circostanze un'assenza di consultazione, quando la consultazione possa ragionevolmente essere attesa, può far cadere dubbi sull'autenticità dell'asserita eccedenza di personale ... Lo stesso può, anche, la mancata considerazione di ogni possibilità di reimpiego ».

(Le avvertenze di cui sopra sarebbero tutte state viste come espedienti da parte dei giudizialmente attivi).

« (b) ... ad eccezione del caso in cui il contratto di lavoro richiede il pagamento di un'indennità allorché il dipendente vada in esubero, quando la Corte deve fare

osservare quella obbligazione contrattuale, la legge non conferisce al Tribunale o al Tribunale del lavoro il potere di richiedere un qualsiasi pagamento di tal genere ».

In aggiunta, la Corte d'Appello ha posto in rilievo che l'indennità relativa ad una controversia vale solo per quella specifica controversia. In alcuni casi di licenziamento i vizi procedurali possono gettare dubbi sulla giustificazione sostanziale del recesso. La compensazione in quei casi servirà appunto a compensare il danno e l'umiliazione e la perdita del lavoro. Ma:

« In un'autentica riduzione di personale i rimedi per i licenziamenti viziati nella procedura sono l'indennità per il danno conseguente e per la perdita dei benefici. Essi sono necessariamente limitati agli effetti dei vizi procedurali. Quindi, in un'autentica situazione di eccedenza di personale, non ci può essere indennità per la perdita del lavoro, ad eccezione di quanto stabilito nel contratto di lavoro stesso ».

Mentre a quell'epoca i commentatori (R. HARBRIDGE, P. KIELY, *The Rise and Fall of Judicial Activism*, in *Employment Law Bulletin*, 1998, n. 8, 60) videro la sentenza *Aoraki* come quella che « segnava una netta rottura con l'approccio attivista della Corte nella sentenza *Brighouse* nei confronti delle eccedenze di personale » — essa semplicemente richiedeva maggiore creatività da parte degli attivisti. Ogni rilievo in una sentenza è visto come un possibile espediente ed una opportunità per un ulteriore attivismo.

Nella causa *Aoraki* la Corte d'Appello ha accettato che la consultazione « potesse » essere necessaria in alcune circostanze. Il Presidente Goddard sembra credere che la consultazione « sia sempre » necessaria. Nel caso *Phipps (Phipps v. NZ Fishing Industry Board)*, in *Employment Reports of New Zealand*, 1996, n. 1, 200) egli ha statuito che la questione fosse se un'eccedenza di personale fosse autentica ed inevitabile. Egli ha affermato:

« Potrebbe non essere una delle due e certamente mai potrebbe essere l'una e l'altra in assenza della necessaria consultazione con il lavoratore ».

Il Presidente ha anche solide opinioni su ciò che costituisce una consultazione, delineate in *Cammish (Cammish v. Parliamentary Service)*, in *Employment Reports of New Zealand*, 1996, n. 1, 417):

« La consultazione deve essere una cosa reale, non una farsa. Alla parte che deve essere consultata va reso noto ciò che viene proposto e vanno date informazioni sufficientemente precise al fine di consentire una ragionevole opportunità di replicare. Deve essere concesso un tempo ragionevole entro cui fare ciò. La persona che svolge la consultazione deve conservare una mente aperta e prestare ascolto ai suggerimenti, considerarli in maniera appropriata, e poi (e solo poi) decidere cosa deve essere fatto. Tuttavia, la consultazione è qualcosa in meno della negoziazione e il consenso della persona consultata non è necessario ai fini dell'azione intrapresa successivamente all'appropriata consultazione ».

Anche il periodo di preavviso verrà maggiormente messo a fuoco. Nella causa *Rolls v. Wellington Gas Company Ltd* (in *Employment Reports of New Zealand*, 1998, n. 3, 116), un certo Signor Rolls fu posto in esubero. Benché il suo titolo fosse Direttore commerciale per le vendite, egli era l'unico dipendente in quel reparto e fondamentalmente un venditore autonomo. Quando fu messo in esubero fu pagato secondo la formula e gli furono date quattro settimane di preavviso. Non c'era nulla nel suo contratto che pattuisse un particolare periodo di preavviso. Da nessuna parte nella decisione del Tribunale c'è alcuna indicazione che o il Signor Rolls o il suo avvocato abbiano avuto alcuna rimostranza circa il periodo di preavviso concesso. Tuttavia, il Presidente stabilì che, secondo il suo punto di vista, il periodo appropriato avrebbe dovuto essere di tre mesi o tredici settimane. Egli stabilì anche che:

« È stato certamente penoso ed umiliante per l'appellante essere licenziato senza aver ricevuto il suo periodo di preavviso contrattuale ... ».

E di conseguenza il Presidente assegnò un'ulteriore indennità di 5000 dollari.

3.3. Come si è accennato in precedenza, la *legge sulle relazioni nell'impiego* è stata in gran parte un provvedimento di superficie, sebbene abbia portato nella legge scritta il consolidato principio di *common law* secondo cui ci deve essere « buona fede » in tutte le condotte attinenti ai rapporti di lavoro.

Ciononostante, il Tribunale del lavoro, nel caso *Baguley v. Coutts Cars Ltd* (in *Employment Reports of New Zealand*, 2000, n. 2, 409), provò ad utilizzare il cambiamento nella legge per derogare al dettato di *Aoraki*. Se vi fosse riuscito, non avrebbe avuto freni in termini di attivismo. Quando la sentenza (*Coutts Cars Ltd v. Baguley*, in *Employment Reports of New Zealand*, 2001, n. 1, 660, CA) fu appellata, la Corte d'Appello (in *Employment Reports of New Zealand*, 2001, n. 1, 660, CA) stabilì che « è da molto tempo in vigore la regola secondo la quale la natura speciale del rapporto di lavoro incorpora obbligazioni corrispettive di fiducia e affidamento » e che essa non riteneva che le obbligazioni dei datori di lavoro « differissero significativamente da quelle cui hanno fatto riferimento le decisioni di questa Corte in *Aoraki Corp Ltd v. Mc Gavin* » (in *Employment Reports of New Zealand*, 2001, n. 1, 660, CA).

La *legge sulle relazioni nell'impiego*, comunque, non è riuscita a riprodurre la Sezione 46 della *legge sui contratti per l'impiego* che aveva efficacemente impedito alla Corte di determinare l'esito delle trattative « fallite » circa i temi delle eccedenze di personale. Nella causa *Canterbury Spinners (Canterbury Spinners Ltd v. Vaughan)*, sentenza CA 270/01 del 23 ottobre 2002, inedita; *Vaughan v. Canterbury Spinners Ltd*, in *Employment Reports of New Zealand*, 2001, 399) c'era una clausola che richiedeva al datore di « negoziare un certo ammontare di indennità di esubero ». Il datore e il sindacato non riuscirono ad accordarsi e la questione passò all'Autorità per i Rapporti di Lavoro, la quale stabilì di non avere l'autorità di definire la somma, in quanto la Sezione 161(2) dispone:

« l'Autorità non è competente a prendere una decisione su alcuna questione relativa a
(a) contrattazione; o

(b) fissazione di nuovi termini e condizioni d'impiego ».

La Corte ritornò alla linea di attivismo giudiziale nelle cause discusse sopra ai sensi della *legge sulle relazioni industriali* e della *legge sulle relazioni di lavoro* e stabilì che l'Autorità aveva in verità la competenza. La Corte decretò che non si trattava di fissare nuovi termini e condizioni (ossia comporre una controversia sugli interessi), ma di comporre una controversia sui diritti, in quanto la clausola aveva stabilito un diritto all'indennità di esubero e l'Autorità doveva solamente determinare l'ammontare. Questa opinione fu appoggiata dalla Corte d'Appello.

L'*emendamento della legge sulle relazioni nell'impiego* ha compiuto alcune mosse proattive verso una legislazione sulle eccedenze di personale, ma in modo frammentario, senza entusiasmo. L'*emendamento della legge sulle relazioni nell'impiego*, entrato in vigore il 1° dicembre 2004, considera in particolare « specifiche categorie » di lavoratori, e precisamente quelli nei: servizi di pulizia, servizi di *catering*, servizi di custodia o lavanderia, settori dell'istruzione, della salute o della cura a domicilio degli anziani; più limitatamente, nel settore pubblico e nell'aviazione.

I lavoratori appartenenti a queste categorie sono tutelati, sulla base del citato emendamento, nella specifica ipotesi in cui siano considerati in esubero in seguito alla decisione di esternalizzare in appalto le attività cui erano addetti. In questo caso hanno la facoltà di scegliere se trasferirsi presso il nuovo datore di lavoro e, se così accade, hanno diritto, nei confronti però del nuovo datore di lavoro, all'indennità di esubero

solo nel caso il cui, in seguito alla ristrutturazione, si verifichi una effettiva eccedenza di personale.

Tali disposizioni non garantiscono semplicemente l'indennità di esubero per i lavoratori in eccedenza. Esse sembrano essere pensate per rendere meno allettante per gli appaltatori esterni offrire di subentrare nei contratti di pulizia (o di custodia, ecc.). Se un datore di lavoro è giunto alla decisione che, per esempio, gli addetti alle pulizie siano antieconomici e vuole affidare all'esterno il lavoro di pulizia, si porrà il problema che l'appaltatore debba assumere tutti gli addetti alle pulizie esistenti. È altamente probabile che il datore di lavoro aumenterà le richieste di lavoro sugli addetti alle pulizie e controllerà la loro prestazione in modo più stringente, nell'aspettativa che alcuni se ne andranno ed altri potranno essere licenziati giustificatamente per scarso rendimento. Così, sebbene le nuove disposizioni siano pensate per proteggere i lavoratori più vulnerabili, e ben possano farlo, le stesse possono anche funzionare contro i medesimi.

4. L'attivismo giudiziale cui ci si è riferiti è certamente stato motivato da un autentico desiderio di garantire che i lavoratori posti in esubero ricevessero un'indennità soddisfacente per essere stati posti in tale condizione, piuttosto che da un sentimento di superiorità e dalla convinzione di essere capaci di creare le norme meglio del legislatore. Fondamentalmente i giudici giudizialmente attivi stavano creando un vero e proprio diritto giurisprudenziale che avrebbe trovato il favore di molti individui di inclinazione progressista.

Tuttavia, mentre i progressisti, e così gli autori, possono approvare le idee retrostanti l'attivismo giudiziale, tale prassi è, secondo la nostra opinione, interamente da condannare. Un problema ovvio nell'appoggiare, o ignorare, l'attivismo giudiziale quando siamo concordi con le attuali decisioni, e che ciò rende più difficile opporsi efficacemente a futuri attivisti giudiziali che potrebbero creare un diritto giurisprudenziale che noi consideriamo esecrabile.


L'attivismo giudiziale dovrebbe essere condannato anche per il fatto di creare un elevato livello di incertezza nelle situazioni di eccedenza di personale. Come J. Richardson ha affermato in *Brighthouse (Brighthouse Ltd v. Bilderbeck, in Employment Reports of New Zealand, 1994, n. 2, 256)*:

« L'eccedenza di personale è un'area del diritto del lavoro e delle relazioni industriali in cui gli interessati, lavoratore e datore di lavoro, dovrebbero poter stabilire esattamente in un dato momento quali siano i rispettivi doveri e obblighi. Dovrebbero essere in grado di programmare con fiducia ».

L'attivismo giudiziale è la conseguenza diretta del fatto che i legislatori neozelandesi, nel tempo, abbiano trattato l'argomento delle eccedenze di personale con timore. Come un bambino di fronte ad un'ortica, essi sono passati intorno al problema schivandolo e solo talvolta l'hanno sfiorato timidamente, pungendosi. Si spera che alla fine seguiranno il consiglio di Aaron Hill e finalmente afferreranno l'ortica con forza.

Alan Geare
Professore di Management
Università di Otago, Dunedin, Nuova Zelanda
Fiona Edgar
Assistente presso il Dipartimento di Management
Università di Otago, Dunedin, Nuova Zelanda

4. Stati Uniti

4.1. Smith *et al.* v. City Jackson, Mississippi, *et al.* n. 03-1160. Discussa il 3 novembre 2004, decisa il 30 marzo 2005 (in  *Boll. Adapt*, 2005, n. 20).

L'orientamento della Corte Suprema degli Stati Uniti in materia di discriminazione in base all'età

Un gruppo di 30 dipendenti di età superiore ai 40 anni della città di Jackson, Tennessee, appellandosi all'Age Discrimination in Employment Act del 1967 (ADEA), ha impugnato un piano di remunerazione per alcune categorie di dipendenti municipali, nella fattispecie poliziotti e vigili del fuoco, adottato nel 1999. In base a tale piano di remunerazione, i dipendenti in servizio da meno di cinque anni percepivano aumenti proporzionalmente superiori ai dipendenti in servizio da più di cinque anni. Per il datore di lavoro l'aumento per i dipendenti con meno di cinque anni di servizio era giustificato per allineare la loro remunerazione ai livelli di mercato allo scopo di evitare una carenza di personale nel dipartimento di polizia. La controversia è stata discussa in primo grado davanti al District Court, poi in secondo grado davanti alla U.S. Court of Appeals for the Fifth Circuit, sempre con esito negativo per i dipendenti, ed infine in terzo grado davanti alla Supreme Court, la cui sentenza, emessa il 30 marzo 2005, seppure sostanzialmente confermando la sentenza di primo e secondo grado, ha suscitato molto interesse sulla stampa statunitense ed internazionale.

La Corte Suprema ha stabilito che un soggetto protetto dall'Age Discrimination in Employment Act, vale a dire una persona di almeno 40 anni di età, potrà citare in giudizio il datore di lavoro se una politica o pratica di lavoro comporta un trattamento discriminatorio anche non intenzionale nei confronti del dipendente (noto come un trattamento con *disparate impact*), mentre le Corti di prima e seconda istanza avevano escluso tale ipotesi. I giudici della Corte Suprema hanno votato 5-3 a favore della sentenza, mentre il nono giudice era assente per motivi di salute.

Il giudice John Paul Stevens, estensore della sentenza (strutturata nella sequenza: *Opinion*, *Concurrence 1*, *Concurrence 2*, rispecchiando le varie sfumature di interpretazione all'interno della Corte), ha spiegato che la storia e il testo dell'ADEA, una legge federale, dimostrano che l'intenzione del Congresso statunitense era di riconoscere i ricorsi contro il trattamento discriminatorio anche non intenzionale (ovvero i casi di *disparate impact*), un concetto che si contrappone al concetto di trattamento discriminatorio intenzionale (ovvero i casi di *disparate treatment*). Di conseguenza non sarà più necessario che un dipendente sia in grado di presentare prove relative ad un intento discriminatorio (*evidence of intentional discrimination*), ma soltanto relative ad un effetto discriminatorio.

La sentenza ha stabilito che ai termini dell'ADEA del 1967 vanno ammessi gli stessi ricorsi del Titolo VII del Civil Rights Act del 1964, che proibisce la discriminazione in base al sesso, alla razza e alla religione. Per evidenziare l'intertestualità tra le due leggi citiamo il giudice Stevens: « The ADEA authorizes recovery in disparate-impact cases comparable to *Griggs*. Except for the substitution of 'age' for 'race, color, religion, sex, or national origin' the language of ADEA §4(a)(2) and Title VII §703(a)(2) is identical. Unlike Title VII, however, ADEA §4(f)(1) significantly narrows its coverage by permitting any 'otherwise prohibited' action 'where the differentiation is based on reasonable factors other than age' ». Qui occorre sottolineare il riferimento a fattori ragionevoli diversi dall'età, che sono ammessi dalla Corte. Con tale ragionamento, il

giudice Stevens ha stabilito che i datori di lavoro possono in determinate circostanze trattare i dipendenti di età superiore ai 40 anni in maniera diversa, il che rende la discriminazione in base all'età un concetto diverso dalla discriminazione in base al sesso o alla razza. In coerenza con la sentenza, un datore di lavoro può attuare una politica di lavoro con un impatto differenziato per i dipendenti più anziani, purché vi siano delle motivazioni fondate e ragionevoli.

Pertanto, nella causa in oggetto la Corte Suprema ha sostanzialmente confermato la sentenza della corte di secondo grado. Ciò che è significativo per i ricorsi contro la discriminazione in base all'età (*age discrimination*) è che la Corte ha stabilito che l'ADEA e il Titolo VII del Civil Rights Act sono identici nella proibizione di azioni discriminatorie basate su una determinata caratteristica. Perciò ai termini dell'ADEA un ricorso contro un trattamento discriminatorio anche non intenzionale va riconosciuto in modo analogo, seppur non identico, ad un ricorso contro un trattamento discriminatorio ai termini del Titolo VII del Civil Rights Act.

La sentenza della Corte Suprema può essere vista come un tentativo di trovare un compromesso tra il diritto dei lavoratori sopra i 40 anni a non subire discriminazioni e l'esigenza del datore di lavoro di adoperare azioni che si basano su fattori ragionevoli diversi dall'età anagrafica. Pertanto, la versione fornita da certi organi di informazione (« Victory for older workers » — CNN) appare alquanto discutibile, soprattutto per il fatto che i ricorrenti (in una causa davanti alla Corte Suprema, *the petitioners*) hanno visto confermare la sentenza del tribunale di secondo grado, che dava ragione alla città di Jackson, ovvero al datore di lavoro.

William Bromwich
Ricercatore in Lingua Inglese
Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia

