

indice

editoriale

- 237 MARCO ESPOSITO
Quel che resta del Covid

saggi

- 243 CARLO ZOLI
Il giustificato motivo oggettivo per ragioni organizzative nella recente giurisprudenza
- 269 MARIA TERESA SALIMBENI
Ammortizzatori sociali e crisi d'impresa: le opposte scelte di politica del diritto in alcune norme recenti
- 291 MICHELE FAIOLI
Il potere del sindacato senza potere. Terziario, contrattazione, rappresentatività
- 323 ANDREA GENTILE
D.lgs. 231/2001, sicurezza sul lavoro e responsabilità delle imprese: giurisprudenza recente ed emergenza Coronavirus
- 343 OSCAR GENOVESI
Sulle misure di contrasto alla povertà nell'ordinamento italiano

giurisprudenza

- 363 ARIANNA AVONDOLA
Se la sola diversa collocazione geografica del rapporto di lavoro giustifica un nuovo patto di prova
(Commento a Cassazione 9 marzo 2020 n. 6633)
- 375 PASQUALE MONDA
Covid-19 e riders: primi sussulti della giurisprudenza di merito
(Commento a Tribunale di Firenze 1° aprile 2020)

osservatorio

- 391 SILVIA BORELLI, MAURA RANIERI
Lavoro e criminalità organizzata di origine mafiosa
- 409 PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE
Diritti dei lavoratori, lavoratori migranti e associazioni sindacali nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo
- 437 SILVIA BORELLI
Company Package e diritto del lavoro

recensioni

- 451 LORENZO GAETA
Interposizione e subordinazione. Una recensione un po' tardiva
- 469 LORENZO ZOPPOLI
Silvana Sciarra e Gino Giugni: un libro e una recensione tempestivi
- 479 *Notizie sugli autori*
- 481 *Abbreviazioni*

table of contents

editorial

- 237 MARCO ESPOSITO
What's Left of Covid

articles

- 243 CARLO ZOLI
The Justified Objective Motivation for Dismissal for Organizational Reasons in Recent Case law
- 269 MARIA TERESA SALIMBENI
Social Safety Nets and Corporate Crisis: the Opposite Choices of Legal Policy in Some Recent Provisions
- 291 MICHELE FAIOLI
The Power of Trade Union without Power. Tertiary, Bargaining, Representativeness
- 323 ANDREA GENTILE
Legislative Decree 231/2001, Workplace Safety and Corporate Responsibility: Recent Case law and the Coronavirus Emergency
- 343 OSCAR GENOVESI
On the Measures to Combat Poverty in the Italian Legal Order

case law

- 363 ARIANNA AVONDOLA
If the Mere Different Geographical Location of the Employment Relationship Justifies a New Trial Agreement
(Comment to Cassazione's judgment 9 March 2020 n° 6633)

- 375 PASQUALE MONDA
Covid-19 and Delivery Workers: First Jolts of the Case law
(Comment to Florence Tribunal's judgment 1 April 2020)

observatory

- 391 SILVIA BORELLI, MAURA RANIERI
The Mafia Crime and Labour Law
- 409 PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE
*The Rights of Workers, Migrant Workers and Trade Union under the Euro-
pean Convention on Human Rights*
- 437 SILVIA BORELLI
Company Package and Labour Law

reviews

- 451 LORENZO GAETA
Interposition and Subordination. A Somewhat Late Review
- 469 LORENZO ZOPPOLI
Silvana Sciarra and Gino Giugni: a Timely Book and Review

479 *Authors' information*

481 *Abbreviations*

Marco Esposito
Quel che resta del Covid

Mentre si scrive il 31 luglio è vicino; lo stato di emergenza proclamato dovrebbe volgere al termine.

Si procede dalla “fase 2” verso la “fase 3”, e probabilmente anche oltre. È naturale, quindi, che si voglia cominciare a “fare i conti”, a tracciare un bilancio della legislazione emergenziale e una previsione di quello che ci attende: la tentazione è forte. Ma lo scenario è ancora molto incerto e troppo vivida, poi, la sconcertata memoria di giorni immobili, mai uguali sebbene identici a sé stessi nella loro ripetizione tra il tedio e l’ossessione. Ogni giorno; ogni bollettino della protezione civile; ogni decreto; ogni ordinanza; ogni modulo di autocertificazione.

Il diritto della pandemia Sars-Covid 2 si è impresso nella nostra memoria di giuristi esattamente in questa sequenza parossistica di atti normativi e amministrativi. Tanta carta, legalità ferrea e tanto spirito della legge eccezionale, imposta ai singoli per garantire la collettività, la salute e l’ordine pubblico. E, quindi, tanta speranza e fede nella tenuta democratica del Paese e nella capacità dei consociati di comprendere i tempi e di accettare le restrizioni. Fiducia nella loro consapevolezza di essere cittadini; parte di un tutto, dove tutti sono compresi e considerati.

Sullo sfondo, drammaticamente, il Lavoro; la sua necessità e la sua assenza. E l’esigenza di una regolamentazione netta e priva di ambiguità.

Non mi pare si possa negare che la pandemia abbia messo al centro delle riflessioni sui destini delle nostre società il valore delle attività lavorative, il sostegno dell’economia come passaggio ineludibile di un effettivo percorso di emancipazione e partecipazione delle categorie produttive – unitamente; nel loro essere, insieme, la vera ricchezza degli Stati – alla vita civile e politica del Paese. Lo “scenario di guerra” – così molti lo hanno definito – ha vivi-

ficato e reso meno astratti alcuni principi e valori cardine della nostra Costituzione; proprio perché, evidentemente, il sentimento collettivo si è, per la prima volta, avvicinato coscientemente e materialmente al clima storico che li produsse.

Il diritto al lavoro; il valore dello stato sociale, previdenziale e assistenziale; il diritto alla salute e l'obbligo di protezione del lavoro in tutte le sue forme. L'ordinamento reale del diritto del lavoro dell'emergenza pandemica ha rappresentato una scioccante presa di coscienza – sebbene, forse, non per tutti – circa la funzione coesiva sociale delle tutele e delle garanzie che si devono approntare per rendere effettivi quei diritti. Diritti di pacificazione sociale e di solidarietà interclasse; diritti di libertà, prima ancora che prerogative legate alle istanze economico-sociali.

Le singole misure adottate dal Governo centrale e da quelli regionali certo non hanno realizzato – e probabilmente nemmeno potevano o dovevano – integralmente questa prospettiva. Hanno svolto una funzione in senso stretto emergenziale e proprio per questo non possono rappresentare un modello sistemico di riferimento; ma – al tempo stesso – nemmeno possono archiviarsi in una sterile memoria storica. Non fosse altro perché si tratta di norme ancora vigenti, destinate a produrre effetti, nei prossimi mesi, su ambiti caldissimi. Penso al blocco dei licenziamenti; all'articolata disciplina della cassa integrazione guadagni, oggetto di un ulteriore intervento di urgenza, che ne proroga i termini e ne agevola la concessione; alla procedura di emersione e di regolarizzazione; e, infine, al prolungamento dei contratti a termine e di apprendistato.

Ma, al di là degli strumenti e dei singoli istituti messi in campo, c'è qualcosa di incontestabile, oggettivamente sovraordinato a questi; il loro valore ideale di essenziale rete simbolica, sia psicologica sia semiologica, di saldatura delle comunità – mondiale, nazionali e territoriali – nel momento del rischio. Nell'estremismo della vicenda sanitaria ed epidemiologica, le misure per il “Lavoro-Covid 19” sono state veicolo di un significato di senso potente, senza il quale – molto probabilmente – il nostro Paese avrebbe avuto maggiori difficoltà ad affrontare l'emergenza. Nel contesto della sospensione di alcuni diritti fondamentali, la considerazione forte, invece, dei rischi di emarginazione sociale, dell'emersione di nuove disegualanze legate all'impatto della crisi sull'occupazione e sulle attività lavorative in genere ha rappresentato una consapevolezza vigile di priorità valoriali. Si è manifestata un'implicita gerarchia, che dovrebbe indurre tutti a riflettere

sugli effetti delle politiche del lavoro degli ultimi anni. Ma, invero, anche sull'opportunità di una rivisitazione dei modelli di intervento normalmente proposti quale alternativa ad una visione meramente economicistica, più o meno latente, *mainstream* nella gran parte delle stagioni politiche degli ultimi vent'anni.

Si tratta di una riflessione ineludibile, perché necessaria ad affrontare adeguatamente, e con speranza di successo, la strada del rilancio e della ripresa economica. E sebbene i segnali non siano forieri di aspettative alte – il Rapporto finale del Comitato di esperti in materia economica e sociale, ad esempio, non va al di là di qualche suggerimento di principio di misure urgenti – se si condivide la premessa esposta sopra penso si possa provare a tracciare una sorta di *road map* per il diritto del lavoro della ricostruzione. Un diritto che conservi con sapienza la lezione, morale ma tanto reale, dell'emergenza Covid.

★ ★ ★

Che testimone, quindi, ci consegna la durezza della pandemia? Anzitutto un rilancio della concertazione sindacale; si impone agli attori sociali un cambio di modello in termini di partecipazione effettiva alle scelte delle imprese e di maggiore responsabilizzazione delle rappresentanze sindacali. Le vicende aziendali; la sicurezza e la salute; l'utilizzo concreto delle nuove modalità di organizzazione della prestazione di lavoro: sono tutte materie che non possono non essere regolate senza consenso e condivisione. E, aggiungerei, senza una visione di insieme e superiore; sia che si guardi all'impatto ambientale in generale, ivi comprendendo i risvolti sulla salute pubblica, sia che ci si voglia limitare alla comprensione delle sorti collettive, di interesse comunità territoriali, legate all'andamento delle realtà produttive. Il futuro governo dei tempi ipertecnologici delle organizzazioni aziendali impone di investire in strumenti di natura cogestionale.

In secondo luogo urge una riconfigurazione della fattispecie tipica di riferimento; la sua modularità non è più rinviabile. Anche all'interno della subordinazione in senso stretto intesa: le vicende del lavoro agile “di sussistenza” hanno rivelato che questa modalità organizzativa richiede qualità e attitudini professionali particolari: proprio di autorganizzazione, in particolare modo.

In una prospettiva più generale il *lockdown* ha mostrato a tutti – senza

ipocrisie o riserve di sorta – che larghe fette di professionisti e lavoratori autonomi soggiacciono a condizioni evidenti di subordinazione socio-economica. Essi soffrono, quanto e talvolta più dei lavoratori tradizionalmente subordinati, le congiunture di mercato e i cicli economici, e la loro capacità di produzione di reddito non è una variabile indipendente delle scelte di allocazione del capitale produttivo. L'esigenza di un sostegno al reddito di questi lavoratori, per quanto emergenziale, è la riprova di un bisogno crescente di tutele e coperture, anche di tipo previdenziale e assistenziale.

In effetti, l'essenza dell'insegnamento pandemico risiede nell'aver messo in luce i principali gangli critici delle interrelazioni tra lo svolgimento delle attività lavorative, ad ampio titolo considerate, i contesti economici integrati – anche per via della globalizzazione – e la classica configurazione del Welfare State. Si tratta, in altri termini, del contenitore più ampio in cui inscrivere anche le interconnessioni tra contratto di lavoro, mercato del lavoro e Welfare; interconnessioni che sono state di recente puntualmente ed autorevolmente evidenziate come punto di partenza per la riscrittura del diritto del lavoro.

Certo una riscrittura di questo tipo, e così ampia, pone il tema del suo finanziamento; della ripartizione dei costi e delle risorse indispensabili a garantire la virtuosità del ciclo “lavoro-sicurezza sociale”.

Mi sembra evidente che le strade sono molteplici.

Ve ne sono di già sperimentate, che andrebbero potenziate; penso alla detassazione e decontribuzione degli accordi sulla produttività così come a robusti crediti di imposta, o aperture di credito bancario, per imprese e professionisti che investono in sicurezza e nuove tecnologie.

La riforma della fiscalità generale è un altro tassello ineludibile, da sostenere con strumenti efficienti di contrasto all'evasione fiscale, comprensivi di nuove strategie per affrontare la piaga del lavoro sommerso.

La riforma del welfare impone, in primo luogo, un raccordo più efficiente tra INPS e governi regionali; oltre – ovviamente – un allargamento delle fonti di contribuzione, cui potrebbe giovare la procedura di emersione attivata con il d.l. 34 del 2020. Così come, in aggiunta, vanno quanto prima ripensate le casse previdenziali professionali.

Infine va resa meno burocratica e cartacea, e dunque effettiva, la “condizionalità” per l'accesso alle prestazioni previdenziali e assistenziali. Questo è ovviamente incompatibile con l'emergenziale sospensione della stessa, che dobbiamo auspicarci non sia riproposta in futuro; dobbiamo, invece, garantire

una seria formazione professionale ai percettori di ogni tipo di sostegno al reddito.

In una parola bisogna garantire la dignità della “persona attiva” facendo però emergere tante sacche parassitarie, resistenti e immuni da controllo, più che per acquiescenza sociale, per l’inefficienza e la disorganizzazione di molte nostre amministrazioni, reduci dalla *spending review* e sofferenti dinanzi ai cambiamenti.

E se un insegnamento ci lascia la stagione della pandemia esso riguarda proprio l’irrinunciabile funzione di un apparato pubblico efficiente, in sinergia dialettica con le risorse del settore privato. Un nuovo patto, civile e sociale, si impone alla comunità, ed esso passa attraverso la consapevolezza di una necessaria unità di intenti per contrastare i pericoli, imprevedibili, di una stagione storica tormentata e contraddistinta da sconvolgimenti epocali.

Il Covid 19 ci affida, allora, la coscienza della difficile transizione al secolo dell’insicurezza e dei rischi globali.

Carlo Zoli
Il giustificato motivo oggettivo
per ragioni organizzative
nella recente giurisprudenza*

Sommario: **1.** Premessa: la centralità del tema dei licenziamenti per giustificato motivo oggettivo e l'art. 3, l. 604/1966. – **2.** Il giustificato motivo oggettivo per ragioni produttive e organizzative: gli elementi costitutivi e l'irrelevanza delle finalità perseguite. – **3.** La modifica organizzativa. – **4.** Il *repêchage*. – **5.** I criteri di scelta. – **6.** I rimedi applicabili: a) l'art. 18, l. n. 300/1970. – **7.** Segue: b) l'art. 3, d.lgs. 23/2015. – **8.** Quali prospettive per il giustificato motivo oggettivo dopo la pandemia?

1. Premessa: la centralità del tema dei licenziamenti per giustificato motivo oggettivo e l'art. 3, l. 604/1966

Nell'ultimo decennio il tema dei licenziamenti è tornato di moda, con riferimento tanto ai presupposti giustificativi ed alle condizioni di legittimità (le tecniche di controllo), quanto all'apparato rimediale (le tecniche sanzionatorie).

Al centro del dibattito per entrambi i profili si è collocato il giustificato motivo oggettivo¹, che più di ogni altro richiama una questione fonamen-

* Il presente contributo è destinato agli *Studi in onore di Francesco Santoni*.

¹ Sul giustificato motivo oggettivo, le problematiche ricostruttive ed interpretative e l'evoluzione giurisprudenziale intervenuta, i contributi della dottrina, anche monografici, sono numerosi e di grande interesse: cfr., fra i tanti recenti, MARINELLI, *I licenziamenti per motivi economici*, Giappichelli, 2005; CALCATERRA, *La giustificazione oggettiva del licenziamento. Tra impossibilità sopravvenuta ed eccessiva onerosità*, Editoriale scientifica, 2009; BRUN, *Il licenziamento economico tra esigenze dell'impresa e interesse alla stabilità*, Cedam, 2012; M. FERRARESI, *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, Giappichelli, 2016; VARVA, *Il licenziamento economico*, Giappichelli, 2015. Cfr. altresì i saggi

tale per l'intero diritto del lavoro quale il bilanciamento tra esigenze delle imprese e tutela dei lavoratori, il cui punto di equilibrio è rimesso a giudizi di valore rispetto a norme di rango superiore², oltre che all'interpretazione di disposizioni di legge ordinaria di non sempre agevole lettura.

Al riguardo è necessario prendere le mosse dall'individuazione della caratteristica della norma che prevede il giustificato motivo oggettivo e dalla natura dello stesso, per poi tentare di ricostruirne la nozione. Si tratta di operazioni sulle quali dottrina e giurisprudenza da decenni si cimentano, ma il quadro non si era mai realmente assestato, prima che negli ultimi anni qualche passo avanti in tale direzione venisse effettivamente compiuto.

Innanzitutto, da più parti si è riconosciuto, ormai in via prevalente, che l'art. 3, l. 15 luglio 1966 n. 604 non contiene una clausola generale, né costituisce una norma elastica, bensì è tutt'al più una norma generale³. Del resto

raccolti in PERULLI (a cura di), *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, Giappichelli, 2017, nonché, fra gli altri, NOGLER, *la disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i "principi" costituzionali*, in *DLRI*, 2007, p. 630 ss.; PISANI, *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento e le incertezze della giurisprudenza*, in *MGL*, 2016, p. 445 ss.; MARESCA, *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento negli approdi nomofilattici della Cassazione*, in *MGL*, 2019, p. 553 ss.

² Sul bilanciamento tra esigenze dell'impresa e tutela dei lavoratori la dottrina si è a lungo e da tempo confrontata: senza alcuna pretesa di completezza cfr. BAVARO, *Diritto del lavoro e autorità del punto di vista materiale (per una critica della dottrina del bilanciamento)*, in *RIDL*, 2019, I, p. 175 ss.; SPEZIALE, *Il "diritto dei valori", la tirannia dei valori economici e il lavoro nella Costituzione e nelle fonti europee*, in *Costituzionalismo.it*, 2019, 3, p. 109 ss.; MAZZOTTA, *Nel laboratorio del giuslavorista*, in *Labor*, 2017, p. 5 ss., spec. p. 11; PERULLI, *Una questione di "valore": il Jobs Act alla prova di costituzionalità*, in *DRI*, 2017, p. 1059 ss.; PERULLI, *Il valore del lavoro e la disciplina del licenziamento illegittimo*, in *Il libro del diritto del lavoro dell'anno Treccani 2019*, Treccani, p. 339 ss.; NOGLER, *L'interpretazione giudiziale del diritto del lavoro*, in *RIDL*, 2014, I, p. 129; NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i "principi" costituzionali*, in *DLRI*, 2007, p. 593 ss.; ZOPPOLI L., *Il licenziamento "de-costituzionalizzato": con la sentenza n. 194/2018 la Consulta argina, ma non architetta*, in *ADL*, 2019, p. 289 s.; TRIA, *Brevi osservazioni sul bilanciamento nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in BRONZINI, COSIO, *Interpretazione conforme, bilanciamento dei diritti e clausole generali*, Giuffrè, 2017, p. 202; DE LUCA TAMAJO, *La sentenza costituzionale 194 del 2018 sulla quantificazione dell'indennizzo per licenziamento illegittimo*, in *DLM*, 2018, p. 635; PROIA, *Le tutele contro i licenziamenti dopo la pronuncia della Corte costituzionale*, in *MGL*, 2018, p. 198; MORRONE, *Bilanciamento (giustizia a costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, Milano, 2008, vol. II, t. II, p. 185 ss.; BIN, *Diritti e argomenti: il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, 1992; CESTER, *Le tutele*, in GRAGNOLI (a cura di), *L'estinzione del rapporto di lavoro subordinato*, in *Trattato di diritto del lavoro diretto da PERSIANI e CARINCI F.*, Cedam, 2017, p. 726 ss.; BALLESTRERO, *La Corte costituzionale censura il d.lgs. 23/2015: ma crescono davvero le tutele?*, in *LD*, 2019, p. 254.

³ Su tali concetti è d'obbligo il rinvio a MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *RCDP*, 1986, p. 9 ss. Più recentemente v. BRUN, *op. cit.*, p. 107 ss.

non richiama un concetto desumibile dalla realtà sociale, come nel caso delle clausole di correttezza e buona fede (il prototipo della clausola generale), né un'espressione volutamente generica o indeterminata (appunto elastica). Al contrario, individua la fattispecie in modo ampio, con riferimento ad alcuni casi indefiniti o aperti, ma specificati mediante concetti tutt'altro che indeterminati e per di più tipizzati dall'art. 24, l. 23 luglio 1991 n. 223: una norma introduttiva di una causale la cui coincidenza con quella dell'art. 3, l. 604/1966 è stata normativamente sancita dall'art. 4, co. 1, l. 19 giugno 1993 n. 236⁴.

Di conseguenza la relativa interpretazione non può essere compiuta attraverso il rinvio a standard sociali o a regole di condotta espressione di valori, ma deve fondarsi sull'esame dei parametri di riferimento indicati dal legislatore, il quale ha altresì già provveduto al bilanciamento degli interessi contrapposti in gioco⁵.

Si è dibattuto anche sulla natura del giustificato motivo oggettivo, che alcuni autorevoli settori della dottrina hanno ricostruito in termini di motivo⁶, altri di causa⁷ del licenziamento. Tuttavia, tali soluzioni non convincono. Infatti, la causa dell'atto sembra riconducibile all'estinzione del rapporto per decisione unilaterale, mentre le esigenze tecnico-produttive e la situazione organizzativa costituiscono i presupposti di fatto in presenza dei quali i licenziamenti sono giustificati, indipendentemente dai motivi per i quali sono adottati, sempre che non ne emerga l'illiceità. Sono, quindi, la condizione di validità dell'atto, limiti esterni al potere di licenziare, in quanto vincoli posti nell'interesse dei lavoratori, cioè a tutela di interessi diversi da quelli per i quali il potere è attribuito.

Il sindacato giudiziale deve, di conseguenza, concentrarsi sul rispetto di tali limiti, ovvero sulla sussistenza dei presupposti che legittimano l'esercizio del potere del datore di lavoro, senza estendersi ai motivi dell'atto. Tali presupposti sono individuati dall'art. 3, l. 604/1966 nelle ragioni inerenti all'at-

⁴ Cfr. ZOLI, *I licenziamenti per giustificato motivo oggettivo dalla legge n. 604 del 1966 al d.lgs. n. 23 del 2015*, in *QADL*, 2015, n. 14, p. 78.

⁵ Cfr. ZOLI, *I licenziamenti per ragioni organizzative: unicità della causale e sindacato giudiziale*, in *ADL*, 2008, p. 9 ss., cui sia consentito rinviare anche per una più approfondita ed argomentata ricostruzione delle questioni di seguito affrontate nel testo.

⁶ Cfr. GRAGNOLI, *La riduzione del personale fra licenziamenti individuali e collettivi*, in GALGANO, *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Cedam, 2006, p. 87 ss.

⁷ Cfr. CARINCI M.T., *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato*, in GALGANO, *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Cedam, 2005, p. 126 ss.

tività produttiva e all'organizzazione del lavoro, da un lato, nonché al regolare funzionamento di quest'ultima, dall'altro⁸. Si tratta di una bipartizione corrispondente tutto sommato a quella tra le scelte organizzative e i fatti relativi alla persona del lavoratore oggettivamente considerato, ovvero "che non costituiscono una forma di inadempimento"⁹ e che non presuppongono, diversamente dalle prime, una necessaria modifica della struttura produttiva o della organizzazione del personale.

2. *Il giustificato motivo oggettivo per ragioni produttive e organizzative: gli elementi costitutivi e l'irrelevanza delle finalità perseguite*

Concentrando l'attenzione sulle ragioni produttive e organizzative, per la loro frequente ricorrenza e per l'ampiezza del dibattito dottrinale e giurisprudenziale, è noto come la ricostruzione della nozione di giustificato motivo oggettivo sia cambiata nel tempo. Del resto vengono in rilievo valori costituzionali fondamentali, che non cambiano, ma di cui muta il bilanciamento ed il conseguente punto di equilibrio.

Fin dai primi anni '70 si sono confrontate quattro diverse soluzioni in ordine al tipo di controllo giudiziale, dirette ad ammettere una valutazione rispettivamente dell'opportunità sociale¹⁰, della razionalità tecnica¹¹, dell'applicabilità di misure alternative (*extrema ratio*)¹², oppure del solo nesso di causalità fra scelta organizzativa e licenziamenti attuativi della stessa¹³.

Ha, infine, finito per affermarsi una lettura abbastanza condivisa, specie in giurisprudenza, che ha richiesto per la sussistenza del giustificato motivo oggettivo l'effettività della scelta organizzativa, il nesso di causalità con il singolo licenziamento effettuato (soppressione del posto quale conseguenza

⁸ Cfr., fra gli altri, M. NAPOLI, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, Franco Angeli, 1980, p. 284; G. PERA, *La cessazione del rapporto di lavoro*, Cedam, 1980, pp. 89 e 99; S. BRUN, *op. cit.*, p. I ss.

⁹ Così Cass. II agosto 1998, n. 7904, in *NGL*, 1998, p. 731.

¹⁰ NATOLI, *Limiti costituzionali dell'autonomia privata nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, 1955; BALLESTRERO, *I licenziamenti*, Franco Angeli, 1975, p. 386.

¹¹ Cfr. GIUGNI, *Intervento*, in *I licenziamenti nell'interesse dell'impresa*, Giuffrè, 1969, p. 100 ss.

¹² Cfr. MANCINI, *Commento all'art. 18*, in *Commentario allo Statuto dei diritti dei lavoratori*, Zanichelli-II Foro italiano, 1972, p. 253.

¹³ Cfr. PERA, *Il licenziamento nell'interesse dell'impresa*, in *I licenziamenti nell'interesse dell'impresa*, cit., p. 16 ss.

della riorganizzazione), il rispetto dell'obbligo di *repêchage*, sia pur nella versione più leggera dell'inutilizzabilità del lavoratore licenziato in mansioni equivalenti, la correttezza della scelta del lavoratore sul quale far ricadere gli effetti del licenziamento¹⁴: una soluzione, quest'ultima, cui si è pervenuti nel momento in cui si è realizzato che l'effetto della riorganizzazione non si produce sempre direttamente su un ben preciso e già determinato posto di lavoro.

Tuttavia, anche se si affermava senza apparenti esitazioni che il giudice non poteva effettuare un controllo di merito, un cospicuo filone giurisprudenziale aveva finito per sindacare le motivazioni ultime delle scelte imprenditoriali, escludendo la legittimità dei licenziamenti adottati per incrementare i profitti, ovvero in mancanza di una crisi d'impresa o di significative e non contingenti perdite di fatturato o di produttività¹⁵: ciò nella scia di quei settori della dottrina, anche recenti, secondo cui il vaglio di legittimità deve essere condotto alla stregua di un giudizio di ragionevolezza o di proporzionalità, quando non addirittura di compatibilità sociale¹⁶.

Gli atteggiamenti giurisprudenziali erano, comunque, ondivaghi e le ambiguità applicative significative, tanto che alla luce della "notevole varietà delle situazioni concrete oggetto di decisione" lo schema ricostruttivo proposto "sconta inevitabili genericità"¹⁷.

In questo contesto, come ben noto, la Corte di Cassazione è intervenuta aderendo all'orientamento che disconosceva la possibilità di sindacare il fine ultimo delle scelte imprenditoriali con una pronuncia che esercita una funzione nomofilattica assai rilevante in quanto ha lo stile argomentativo ed il peso di una sentenza delle Sezioni Unite¹⁸, considerato che è "frutto di una

¹⁴ Cfr. spec. VARVA, *op. cit.*, p. 29 ss. e FERRARESI, *op. cit.*, p. 66 ss.

¹⁵ Cfr., fra le tante, Cass. 4 febbraio 2012, n. 2874; Cass. 23 ottobre 2013, n. 24037; Cass. 16 marzo 2015, n. 5173; Cass. 24 giugno 2015, n. 13116. *Contra* per l'irrilevanza delle ragioni della riorganizzazione, tra le altre, Cass. 10 maggio 2007, n. 10672; Cass. 18 novembre 2015, n. 23620; Cass. 21 luglio 2016, n. 15082.

¹⁶ Cfr. spec. GRAGNOLI, *op. cit.*, p. 69 ss.; DE ANGELIS, *Licenziamento per motivi economici e controllo giudiziario*, in LD, 2007, p. 476 ss.; PERULLI, *Il controllo giudiziale dei poteri dell'imprenditore tra evoluzione legislativa e diritto vivente*, in RIDL, 2015, I, p. 83 ss.; SPEZIALE, *Il giustificato motivo oggettivo: extrema ratio o "normale" licenziamento economico*, in PERULLI (a cura di), *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, cit., p. 119 ss.

¹⁷ Così correttamente CESTER, *Giustificato motivo oggettivo di licenziamento e difficoltà economiche: a proposito di una recente presa di posizione della Corte di Cassazione*, in RIDL, 2017, I, p. 155.

¹⁸ Cass. 7 dicembre 2016 n. 25201, in FI, 2017, I, c. 123, con nota di FERRARI M., *Licenziamento per giustificato motivo oggettivo e nomofilachia*. Tra i tanti che hanno commentato la sentenza

valutazione congiunta di tutti i collegi della Sezione lavoro proprio al fine di omogeneizzarne la giurisprudenza”¹⁹. Ne è seguito un sostanziale assestamento tra i giudici, specie di legittimità, anche se non sono ancora stati risolti tutti i dubbi interpretativi.

In particolare, in ordine ai presupposti del giustificato motivo oggettivo, ovvero ai suoi, quanto meno primari, elementi costitutivi (l’effettiva modifica dell’assetto aziendale ed il nesso di causalità con il licenziamento in concreto adottato), valorizzando anche l’art. 30, l. 4 novembre 2010 n. 183 (il c.d. Collegato Lavoro) si è con decisione optato per la tesi della irrilevanza delle ragioni delle decisioni organizzative poste alla base della soppressione del posto, sempre che non siano illecite. In altre parole, salvo che in poche isolate pronunce in cui si continua a richiamare la necessità che non sia perseguito soltanto il fine di incrementare i profitti²⁰ o a far riferimento, quanto meno *obiter*, all’andamento economico dell’azienda ed alla necessità di ridurre i costi²¹, si sottolinea che il dato decisivo è rappresentato dalla modifica organizzativa cui consegue la soppressione del posto di lavoro. A tal fine le ragioni economiche sono del tutto irrilevanti²² e possono attenerne “ad una migliore efficienza gestionale o produttiva ovvero anche a quelle dirette ad un aumento della redditività d’impresa”²³. Tanto che con ogni probabilità non è più corretto parlare di “licenziamento economico”, bensì più propriamente di licenziamento per ragioni produttive e, soprattutto, organizzative. Si tratta di una soluzione condivisibile poiché coerente tanto col bilanciamento degli interessi in gioco già operato

cfr. PALLINI, *La (ir)rilevanza dei “motivi” dell’impresa nel sindacato di legittimità del licenziamento economico*, in *RIDL*, 2017, II, p. 758 ss.; ICHINO, *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento e il contenuto assicurativo del contratto di lavoro*, in *RIDL*, 2018, I, p. 545 ss.; PEDRAZZOLI, *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento: da (corno di una) dicotomia a fattispecie*, in *DRI*, 2018, p. 993 ss.

¹⁹ Così PALLINI, *op. cit.*, p. 758 s. Cfr. anche CESTER, *Le tutele*, cit.; ID., *Giustificato motivo oggettivo*, cit.; PONTERIO, *Il nuovo orientamento della Cassazione sul licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, in *Questione giustizia*, www.questionegiustizia.it, p. 2; NATULLO, *La Cassazione delimita il controllo del giudice sul licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, in *RGL*, 2017, II, p. 258; SPEZIALE, *Il giustificato motivo*, cit. p. 121.

²⁰ Cfr. Cass. 15 giugno 2017 n. 14871.

²¹ Cfr. Cass. 16 agosto 2018 n. 20750 e Cass. 23 maggio 2018 n. 12794.

²² Cfr., fra le tante, Cass. 7 dicembre 2016 n. 25201, cit.; Cass. 24 maggio 2017 n. 13015; Cass. 31 maggio 2017 n. 13808; Cass. 11 aprile 2018 n. 8973; Cass. 23 maggio 2018 n. 12794; Cass. 6 settembre 2018 n. 21715; Cass. 18 febbraio 2019 n. 4672; Cass. 18 luglio 2019 n. 19302, in *NGL*, 2019, p. 558; Cass. 11 novembre 2019 n. 29101. Da ultimo per un’efficace ricostruzione della giurisprudenza sul punto cfr. MARESCA, *Il giustificato motivo*, cit., p. 553 ss.

²³ Cfr. Cass. 7 dicembre 2016 n. 25201, cit.

dal legislatore, quanto con la ricostruzione del giustificato motivo oggettivo quale presupposto di fatto del licenziamento, in precedenza illustrata.

Comunque, come anticipato, restano alcuni dubbi.

In particolare, innanzitutto, si discute in ordine alla permanenza di limiti alla facoltà di recesso, ovvero alla possibilità per il giudice di controllare che la scelta del datore di lavoro presenti una sorta di consistenza minima o di “serietà, sul piano produttivo e organizzativo, qualunque poi ne sia l’obiettivo”²⁴, similmente a quanto disposto dal legislatore francese con la richiesta di una “*cause réelle et sérieuse*” di licenziamento²⁵. In effetti la menzionata sentenza “pilota” della Suprema Corte ha suscitato qualche aspettativa in tal senso sostenendo che l’irrelevanza dei motivi “non significa affatto che la decisione imprenditoriale sia sottratta a ogni controllo e sfugga a ben precisi limiti”²⁶. Tale affermazione è piuttosto generica, ma non si può negare che abbia prodotto qualche effetto concreto²⁷.

Il secondo dubbio si pone quando, pur senza essere tenuto a farlo, nella lettera di licenziamento il datore di lavoro richiami i motivi, ovvero le finalità ultime della propria scelta. Al riguardo la giurisprudenza prevalente ha affermato che essi diventano rilevanti e che il datore di lavoro è tenuto a fornirne la prova²⁸. In realtà possono venire in luce presupposti, quali la riduzione dei costi, il calo del fatturato o la crisi, in astratto estranei alla fattispecie del giustificato motivo oggettivo, ma la cui insussistenza può condurre ad una valutazione in concreto sulla mancanza di veridicità o sulla pretestuosità della causale addotta dall’imprenditore²⁹, incidendo “non già sul piano causale, ma su quello probatorio” della giustificatezza³⁰.

Emerge un possibile controllo di pretestuosità, il quale, tuttavia, lungi dal legittimare un sindacato giudiziale sulla razionalità economica dell’imprenditore e delle sue scelte di gestione, deve essere più correttamente limitato alla verifica della effettiva sussistenza della modifica organizzativa

²⁴ Così CESTER, *Giustificato motivo oggettivo*, cit., p. 169.

²⁵ Cfr. in tal senso ICHINO, *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento e il contenuto assicurativo del contratto di lavoro*, cit., p. 548.

²⁶ Così Cass. 7 dicembre 2016 n. 25201, cit.

²⁷ Sul punto v. *amplius infra*, § 3, rispondendo al quesito posto da ICHINO, *op. cit.*, p. 547 s.

²⁸ Cfr. Cass. 7 dicembre 2016 n. 25201, cit.; Cass. 15 febbraio 2017 n. 5015; App. Milano 3 marzo 2017; Cass. 17 aprile 2017 n. 10699; Cass. 20 aprile 2018 n. 9895.

²⁹ Cfr. spec. MARESCA, *Il giustificato motivo*, cit., p. 74.

³⁰ Cfr. PALLINI, *op. cit.*, p. 764.

dichiarata e adottata³¹, al cui fine la mancanza delle circostanze poste a suo fondamento nella motivazione della lettera di licenziamento può apportare elementi di valutazione presuntivi. In definitiva, la pretestuosità dei motivi non comporta necessariamente assenza di giustificato motivo oggettivo, né automaticamente un'ipotesi di pretestuosità diretta, che ricorre quando mancano o non sono strutturali le ragioni organizzative addotte; può, peraltro, facilitare l'emergere della mancanza del nesso di causalità tra la decisione organizzativa e la soppressione del posto di lavoro e dar vita, di conseguenza, ad un caso di pretestuosità indiretta³².

Diversamente, se la riorganizzazione sussiste, sembra più convincente ritenere che venga in rilievo un vizio attinente soltanto alla motivazione³³, non al giustificato motivo oggettivo in quanto tale: e ciò incide ai fini dell'applicazione dei meccanismi sanzionatori più deboli di cui all'art. 18, co. 6, l. 20 maggio 1970 n. 300 e all'art. 4, d.lgs. 4 marzo 2015 n. 23.

In ogni caso, è proprio per il tramite della pretestuosità che potrebbe trovare ingresso una sorta di controllo di ragionevolezza, pur attenuato, che la Suprema Corte sembra aver escluso con decisione in linea di principio³⁴, ma che talvolta finisce indirettamente per effettuare³⁵.

Non resta, pertanto, che soffermarsi sulle caratteristiche richieste alla scelta organizzativa del datore di lavoro e al nesso di causalità col singolo licenziamento, per verificare fino a che punto si spinga ora il sindacato giudiziale.

3. *La modifica organizzativa*

Il presupposto di fatto che giustifica la soppressione del posto di lavoro è stato, dunque, opportunamente individuato nella misura organizzativa adottata, il *prius* di cui la seconda è la conseguenza. In altre parole, il giustificato

³¹ Cfr. Cass. 19 novembre 2019 n. 30070.

³² Per la distinzione tra pretestuosità diretta e indiretta cfr. MARESCA, *op. cit.*, p. 74 ss., il quale, tuttavia, afferma che “la pretestuosità del motivo (ancorché irrilevante) mina alla base la credibilità della ragione organizzativa legittimante il licenziamento”.

³³ In senso conforme v. MARAZZA, *Giustificato motivo oggettivo di licenziamento e “controllo di pretestuosità”*, in PERULLI (a cura di), *op. cit.*, p. 59.

³⁴ Prospetta la possibilità di un controllo di ragionevolezza in senso debole CARUSO, *La fattispecie “giustificato motivo oggettivo” di licenziamento tra storia e attualità*, in PERULLI (a cura di), *op. cit.*, p. 8 ss.

³⁵ V. *infra*, testo e nota 60.

motivo oggettivo ricorre ogniqualvolta la ragione organizzativa evocata dall'art. 3, l. 604/1966 comporta la soppressione del posto di lavoro.

Tuttavia, per evitare che si appiattisca tautologicamente³⁶ nella soppressione del posto, il riassetto deve essere “all’origine del licenziamento anziché costituirne mero effetto di risulta”³⁷: un’affermazione parimenti condivisibile, anche se nei casi concreti non è sempre facile stabilire una rigida sequenza temporale tra causa ed effetto³⁸.

Inoltre, deve venir meno il posto di lavoro, inteso come la posizione organizzativa ricoperta dal dipendente, benché non necessariamente l’attività svolta dal lavoratore licenziato in tale posizione.

Possono rilevare, a tal fine, una pluralità di situazioni originate dalle ragioni più varie, frutto di scelte del datore di lavoro pienamente libere oppure indotte dal mercato o dagli eventi.

È il caso della informatizzazione di segmenti della produzione o dell’inserimento di nuove tecnologie³⁹.

Lo stesso dicasi per i processi di esternalizzazione di determinate funzioni o servizi⁴⁰. Tuttavia, da un lato, non sono stati manifestati dubbi in ordine alla giustificatezza della scelta di ricorrere ad imprese esterne tramite contratti di appalto⁴¹, a condizione che il lavoratore licenziato non sia stato collocato nel settore o posto soppresso a seguito di precedente trasferimento ingiustificato o di assegnazione illegittima a mansioni inferiori⁴².

Ma, dall’altro lato, alla medesima conclusione non si perviene quando le stesse mansioni del lavoratore licenziato siano affidate ad un lavoratore

³⁶ Cfr. SANTORO PASSARELLI G., *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo: dalla ragione economia alla ragione organizzativa*, in PERULLI (a cura di), *op. cit.*, p. 113 ss.

³⁷ Cfr. Cass. 21 novembre 2011 n. 24502 e Cass. 28 settembre 2016 n. 19185. In dottrina cfr. PALLINI, *op. cit.*, p. 763 s.

³⁸ Cfr. correttamente in tal senso COLOSIMO, *Licenziamenti individuali*, in DEL PUNTA, SCARPELLI (a cura di), *Codice commentato del lavoro*, Wolters Kluwer, 2020, p. 853.

³⁹ Cfr. Cass. 18 aprile 1991 n. 4164; Cass. 14 giugno 2005 n. 12769.

⁴⁰ Cfr. Cass. 1 agosto 2013 n. 18416, in un caso di attribuzione della gestione di un magazzino ad un appaltatore esterno; Cass. 6 novembre 2013 n. 24990, che ha ritenuto legittimo il licenziamento dovuto alla soppressione di un reparto ed alla contestuale esternalizzazione del relativo servizio ad altra società economicamente collegata al datore di lavoro; Cass. 15 luglio 2015 n. 14807, in un caso di esternalizzazione del servizio mensa; Trib. Bologna 11 novembre 2016, in *GLav*, 2017, n. 10, p. 62.

⁴¹ Cfr. Cass. 1 agosto 2013 n. 18416.

⁴² Cfr. Cass. 1 febbraio 2019 n. 3129, in *NGL*, 2019, p. 220.

somministrato⁴³ o, come affermato da ultimo, ad un lavoratore autonomo (agente, collaboratore coordinato e continuativo, lavoratore accessorio).

Se nel primo caso la conclusione può essere accolta facendo leva sull'*analogia iuris* alla luce del divieto di ricorrere al contratto di somministrazione sancito nella fattispecie affine del licenziamento collettivo (art. 32, d.lgs. 15 giugno 2015 n. 81), nel secondo possono essere manifestate perplessità. Infatti, la giurisprudenza di legittimità più recente, superando un proprio precedente orientamento⁴⁴, con motivazione piuttosto "laconica" ha sostenuto che "la soppressione del posto di lavoro non ne consegue ma ... precede la scelta datoriale", o, meglio, "non ricorre affatto perché la stessa va rinvenuta ove non siano venute meno le funzioni assolte dal lavoratore licenziato e non già il rapporto contrattuale con cui questi le assolveva"⁴⁵. Tuttavia, non si vede quale differenza concettuale sussista rispetto alle altre ipotesi di esternalizzazione in precedenza ricordate nella misura in cui si realizzi realmente "una diversa modalità di utilizzazione" dei lavoratori e "un diverso assetto organizzativo e di poteri del committente"⁴⁶.

La giurisprudenza appare, invece, assestata nel ritenere che la riorganizzazione legittimi il licenziamento sia quando tutte le mansioni proprie del lavoratore che ricopre il posto soppresso vengano meno per soppressione della funzione cui era adibito il lavoratore licenziato⁴⁷ o per soppressione del posto o del reparto⁴⁸, sia qualora siano ripartite tra il restante personale in servizio⁴⁹, tra i dirigenti⁵⁰, gli amministratori⁵¹, i titolari⁵², oppure quando siano eliminati alcuni elementi della catena di coman-

⁴³ Cfr. DE LUCA TAMAJO, *Sulla nozione di giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, in PERULLI (a cura di), *op. cit.*, p. 29.

⁴⁴ Cfr., per la legittimità del licenziamento di una biologa sostituita con un professionista esterno con contratto di lavoro autonomo, Cass. 9 luglio 2012 n. 11465; *contra*, da ultimo, Cass. 7 agosto 2017 n. 19655, in *RIDL*, 2017, II, p. 744.

⁴⁵ Così PALLINI, *op. cit.*, p. 766.

⁴⁶ Così DE LUCA TAMAJO, *Sulla nozione di giustificato motivo*, cit., p. 29 s.

⁴⁷ Cfr. Trib. Milano 15 gennaio 2018.

⁴⁸ Cfr. Cass. 16 marzo 2007 n. 6229; Cass. 24 maggio 2011 n. 11365; Cass. 20 ottobre 2017 n. 24882; Cass. 20 aprile 2018 n. 9895; Cass. 18 febbraio 2019 n. 4672.

⁴⁹ Cfr. Cass. 21 novembre 2011 n. 24502, in *OGI*, 2011, p. 963; Cass. 28 settembre 2016 n. 19185; Cass. 24 maggio 2017 n. 13015; Cass. 6 dicembre 2017 n. 29238, in *FI*, 2018, I, c. 160; Cass. 16 agosto 2018 n. 20750.

⁵⁰ Cfr. Cass. 12 aprile 2018 n. 9127.

⁵¹ Cfr. Cass. 3 maggio 2017 n. 10699.

⁵² Cfr. DE LUCA TAMAJO, *Sulla nozione di giustificato motivo*, cit., p. 29.

do⁵³, nonché quando il lavoratore licenziato venga sostituito da un familiare che operi gratuitamente⁵⁴ o da personale dotato di maggiore professionalità⁵⁵.

Al contrario non si può parlare di riorganizzazione quando non venga soppresso il posto di lavoro, ma il dipendente che lo occupa sia sostituito da altro lavoratore meno costoso⁵⁶ o più produttivo⁵⁷. In questi casi, infatti, non si realizza una soppressione del posto, né un mutamento nell'organizzazione, ma emerge una ragione produttiva che si fonda su un problema soggettivo attinente all'inadeguatezza del lavoratore⁵⁸. Cosicché sembra di poter concludere che la giurisprudenza non ritiene sufficienti le ragioni produttive cui pure fa riferimento l'art. 3, l. 604/1966, in mancanza di una contestuale modifica organizzativa.

Non solo. Tale riorganizzazione deve essere ricostruita nella sua esatta portata e deve risultare durevole e stabile⁵⁹. Peraltro, talora la Corte di Cassazione, anche senza attribuire rilevanza all'andamento economico dell'impresa, ha escluso l'effettività della riorganizzazione indicata sulla base di valutazioni sostanzialmente di irragionevolezza o di incoerenza logica della condotta datoriale⁶⁰. In tale prospettiva il giudizio di pretestuosità finisce per andare oltre

⁵³ Cfr. Cass. 7 dicembre 2016 n. 25201, cit.

⁵⁴ Cfr. Cass. 20 ottobre 2015 n. 21241, in *RIDL*, 2015, II, p. 317, con nota di GIGLIO, *La crisi economica e la sostituzione del lavoro subordinato con le analoghe prestazioni gratuite rese dalla moglie del datore di lavoro*.

⁵⁵ Cfr. Cass. 18 novembre 2015 n. 23620.

⁵⁶ Cfr. Cass. Sez. Un. 11 aprile 1994 n. 335; Cass. 24 febbraio 2012 n. 2875; Cass. 1° luglio 2016 n. 13516. In senso conforme v. in dottrina DE LUCA TAMAJO, *Sulla nozione di giustificato motivo*, cit., p. 29.

⁵⁷ Cfr. Cass. 18 novembre 2015 n. 23620.

⁵⁸ Cfr. spec. MARESCA, *Il giustificato motivo oggettivo*, cit., p. 71 s. e DE LUCA TAMAJO, *La sentenza costituzionale*, cit.; ID., *Sulla nozione di giustificato motivo*, cit.

⁵⁹ Cfr. Cass. 13 luglio 2013 n. 14306.

⁶⁰ Cfr. spec. COLOSIMO, *op. cit.*, p. 851 ss., la quale correttamente sottolinea quanto rilevato nel testo richiamando Cass. 3 maggio 2017 n. 10699, che ha ritenuto non funzionale la scelta aziendale di sopprimere il posto occupato dalla lavoratrice licenziata e contraddittoria "rispetto alla rilevata esistenza di una strategia aziendale di apertura agli investimenti e alle assunzioni nel settore delle comunicazioni, l'intenzione di risparmiare sui costi di gestione, in realtà non coltivata né realizzata". Analogamente, con riferimento a Cass. 15 febbraio 2017 n. 4015, "è stato ritenuto illegittimo un licenziamento collegato a sopravvenute e inaspettate ragioni, che avrebbero creato una situazione contingente non favorevole, che nel processo di merito non erano state adeguatamente provate, essendo emersi anzi dati logicamente contrastanti". V. anche *retro*, testo e note 27-33.

quello di non effettività, dal quale invece dovrebbe risultare nella sostanza assorbito⁶¹, pur senza spingersi a valutare i motivi che hanno determinato la scelta del datore di lavoro, a meno che non siano illeciti o discriminatori.

4. *Il repêchage*

Ai fini della sussistenza del giustificato motivo oggettivo è da tempo richiesta la verifica della possibilità di *repêchage* del lavoratore. Si tratta di un ulteriore limite esterno al potere di licenziare, dapprima riconosciuto dalla giurisprudenza arbitrale pronunciata sugli accordi interconfederali del 1950 e del 1965 in tema di licenziamenti individuali nel settore industriale⁶² e poi desunto da risalente ed autorevole dottrina dall'art. 3, l. 604/1966 nella misura in cui non impone all'imprenditore di creare posti di lavoro contro la sua volontà e quindi di modificare l'organizzazione della propria azienda⁶³, ma lo obbliga a destinare eventuali nuovi posti che decida di coprire ai lavoratori in esubero in grado di svolgere l'attività richiesta⁶⁴.

Si tratta di una ricostruzione che la giurisprudenza ha ormai acquisito tralattivamente, ma che appare comunque condivisibile in quanto trova fondamento nella riconduzione del giustificato motivo oggettivo alla scelta organizzativa del datore di lavoro, la cui effettività muove in una duplice direzione: da un lato, porta alla soppressione di un determinato posto di lavoro; dall'altro, presuppone che non siano creati altri posti di lavoro⁶⁵. Ciò fino ad affermare in questo modo che l'obbligo di *repêchage* forma parte in-

⁶¹ Correttamente MARAZZA, *op. cit.*, p. 57 ss. sottolinea come il controllo di effettività possa assorbire quello di pretestuosità.

⁶² Cfr. NAPOLI, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, cit., p. 273 ss.; VILLA, *Fondamento e limiti del repêchage nel licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo*, in *DRI*, 2020, p. 117 s. Si vedano, altresì, AA.VV., *I licenziamenti nell'industria italiana*, Il Mulino, 1968, p. 146 s. e BALLESTRERO, *Il giustificato motivo di licenziamento*, in *RTDPC*, 1972, p. 176.

⁶³ Cfr. MANCINI, *op. cit.*, p. 243 ss.; LISO, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, Franco Angeli, 1982.

⁶⁴ Cfr. ZOLI, *I licenziamenti per ragioni organizzative: unicità della causale e sindacato giudiziale*, cit., p. 18; DEL PUNTA, *Sulla prova dell'impossibilità del ripescaggio nel licenziamento economico*, in PERULLI (a cura di), *op. cit.*, p. 35, che ritiene "più pertinente parlare di "onere", piuttosto che di "obbligo" di ripescaggio, in quanto il dovere di ripescaggio è conseguente alla decisione datoriale di licenziare" (nota 11). In giurisprudenza cfr., fra le tante, Cass. 13 giugno 2012 n. 9656; Cass. 24 giugno 2015 n. 13116.

⁶⁵ Cfr. ZOLI, *I licenziamenti per ragioni organizzative*, cit., p. 18.

tegrante del giustificato motivo, ne rappresenta un vero e proprio elemento costitutivo, rientrando in quel “fatto” la cui manifesta insussistenza potrebbe consentire persino l’applicazione del meccanismo reintegratorio previsto dall’art. 18, co. 7, l. 300/1970⁶⁶.

Del resto, l’impossibilità del *repêchage* non implica un controllo di merito e pertanto su di esso non ha inciso la presa di coscienza dell’inammissibilità di un tale tipo di controllo giudiziale. Anzi, contrariamente a quanto sostenuto da alcuni settori della dottrina⁶⁷, proprio l’indebolimento degli apparati protettivi contro i licenziamenti illegittimi e il passo indietro compiuto in ordine al sindacato sui motivi del recesso forse spiegano perché la giurisprudenza abbia adottato una lettura più ampia della prova del *repêchage*, una sorta di contrappeso in grado di condizionare l’esercizio della libertà imprenditoriale⁶⁸.

Infatti, da un lato, viene superato l’orientamento precedente che imponeva al prestatore di lavoro l’onere di allegare le posizioni disponibili quale conseguenza del “dovere di esporre i fatti e gli elementi di diritto sul quale la domanda si fonda” e quale “manifestazione di un dovere di collaborazione nella delimitazione dell’oggetto del giudizio”⁶⁹. La Suprema Corte ha, invero, ritenuto che l’onere di allegazione non possa essere valutato disgiuntamente dall’onere della prova gravante sul datore di lavoro anche in coerenza con la corretta considerazione della ben maggiore vicinanza alla prova del datore di lavoro⁷⁰. Cosicché l’unico temperamento di tale soluzione consiste nell’affermazione secondo cui la mancata allegazione da parte del lavoratore vale a corroborare il quadro probatorio descritto e fornito dal datore di lavoro⁷¹.

⁶⁶ Cfr. Cass. 2 maggio 2018 n. 10435. In dottrina cfr. CARINCI M.T., *L’obbligo di “ripescaggio” nel licenziamento per giustificato motivo oggettivo di tipo economico alla luce del Jobs Act*, in RIDL, 2017, I, p. 203 ss., spec. p. 237 ss. Sul punto v. *amplius infra*, § 6.

⁶⁷ Cfr. FERRARESI, *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, cit., spec. p. 225.

⁶⁸ Cfr. DEL PUNTA, *op. cit.*, p. 33 e R. ROMEI, *Natura e struttura dell’obbligo di repêchage*, in PERULLI (a cura di), *op. cit.*, p. 97 ss. Sia pur con qualche parziale differenza, anche BROLO, *Disciplina delle mansioni (art. 3)*, in CARINCI F. (a cura di), *Commento al d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo jus variandi*, Adapt University Press, 2015, p. 42 evidenzia come il *repêchage* potrebbe essere ricostruito quale effetto indiretto della maggiore flessibilità gestionale concessa al datore di lavoro dal nuovo art. 2103 c.c.

⁶⁹ Così COLOSIMO, *op. cit.*, p. 855. Tra le tante, nella giurisprudenza di legittimità, cfr. Cass. 9 agosto 2003 n. 12037; Cass. 8 febbraio 2011 n. 3040; Cass. 6 ottobre 2015 n. 19923.

⁷⁰ Cfr., fra le tante, Cass. 22 marzo 2016 n. 5592; Cass. 5 gennaio 2017 n. 160; Cass. 22 novembre 2017 n. 27792; Cass. 2 maggio 2018 n. 10435; Cass. 11 novembre 2019 n. 29100. In parte critico sul punto è DEL PUNTA, *op. cit.*, pp. 37 ss., 41 s., 47.

⁷¹ Cfr. Cass. 23 maggio 2018 n. 12794; Cass. 24 settembre 2019 n. 23789, in NGL, 2019, p. 561.

D'altro lato, si rafforza l'orientamento che già estendeva l'obbligo di *repêchage* all'intera struttura aziendale, anche se in diversi cantieri⁷² o filiali, persino estere⁷³, e non solo all'unità produttiva in cui opera il lavoratore da licenziare, benché non alle altre società del gruppo, a meno che non sia configurabile un unico centro di imputazione dei rapporti di lavoro⁷⁴.

Inoltre si consolida l'orientamento, già formatosi prima della novella apportata all'art. 2103 c.c. dall'art. 3, d.lgs. 81/2015, che estende il *repêchage* alle mansioni di livello inferiore⁷⁵, in alcuni casi – si precisa – di un solo livello, in altri senza che siano indicati limiti di inquadramento, purché siano ricomprese nel bagaglio professionale del lavoratore: circostanza della cui dimostrazione è gravato il datore di lavoro⁷⁶.

Emerge evidentemente quello che è stato correttamente definito “un signor *repêchage*”⁷⁷, ma che incontra il doppio limite “da individuarsi nel rispetto dell’assetto organizzativo dell’impresa insindacabilmente stabilito dall’imprenditore e nel consenso del lavoratore all’adibizione a tali mansioni”⁷⁸. E senza che sia stato ancora riconosciuto in capo al datore l'obbligo di formare il prestatore di lavoro allo svolgimento di mansioni diverse disponibili⁷⁹.

Si tratta di limiti che, almeno in parte, sono circoscritti o superati nel diverso caso del giustificato motivo oggettivo per inidoneità sopravvenuta, laddove l'art. 3, co. 3-bis, d.lgs. 9 luglio 2003 n. 216, introdotto a seguito di una sentenza di condanna della Corte di Giustizia⁸⁰, impone a tutti i datori di lavoro di disporre “accomodamenti ragionevoli” per i lavoratori con di-

⁷² Cfr. Cass. 1 ottobre 2013 n. 22417.

⁷³ Cfr. Cass. 15 luglio 2010 n. 16579.

⁷⁴ Cfr. Cass. 16 maggio 2003 n. 7717; Cass. 16 gennaio 2014 n. 798; Cass. 31 marzo 2016 n. 6254; Cass. 29 novembre 2016 n. 24265; Cass. 9 maggio 2018 n. 11166.

⁷⁵ Cfr., fra le tante, Cass. 12 agosto 2016 n. 17091; Cass. 9 novembre 2016 n. 22798; Cass. 18 marzo 2019 n. 6552; Cass. 28 ottobre 2019 n. 27502; Cass. 11 novembre 2019 n. 29100. Per interessanti ricostruzioni sul punto cfr. GRAMANO, *Natura e limiti dell'obbligo di repêchage: lo stato dell'arte alla luce delle più recenti pronunce giurisprudenziali*, in *ADL*, 2016, p. 1310 ss.; ROMEI, *Natura e struttura dell'obbligo di repêchage*, cit., p. 97 ss.

⁷⁶ Cfr., fra le tante, Cass. 29 novembre 2016 n. 24265; Cass. 11 maggio 2018 n. 11413; Cass. 27 settembre 2018 n. 23340; Cass. 1 ottobre 2019 n. 24491; Cass. 3 dicembre 2019 n. 31520.

⁷⁷ Così CARINCI F., *All'indomani della Corte Cost. n. 194/2018*, in *ADL*, 2019, p. 476.

⁷⁸ Cfr. Cass. 9 novembre 2016 n. 22798.

⁷⁹ Cfr. Cass. 11 marzo 2013 n. 5963; Trib. Roma 24 luglio 2017, in *De Jure*; Trib. Roma 20 marzo 2019 n. 2730, in *De Jure*. In dottrina cfr. DEL PUNTA, *op. cit.*, p. 46 e R. ROMEI, *op. cit.*, p. 108.

⁸⁰ Cfr. C. Giust. 4 luglio 2013, C. 312/2011, Commissione Europea c. Repubblica Italiana, in *DRI*, 2014, p. 263, con nota di AGLIATA, *La Corte di giustizia torna a pronunciarsi sulle nozioni di “handicap” e “soluzioni ragionevoli” ai sensi della direttiva 2000/78/CE*.

sabilità, cui consegue una rigorosa verifica della diversa utilizzabilità nell'impresa, con quegli adattamenti che, senza alterare l'organizzazione produttiva, siano proporzionati alle dimensioni e alle caratteristiche dell'impresa e nel rispetto delle condizioni di lavoro dei colleghi dell'invalido⁸¹.

5. I criteri di scelta

In presenza di una riorganizzazione che riverbera i propri effetti su più posizioni fungibili o su mansioni omogenee – una situazione che si verifica sempre più di frequente⁸² – è parimenti da tempo decisamente maggioritario l'orientamento che sancisce l'obbligo del datore di individuare il soggetto da licenziare operando una scelta oggettivamente corretta, con riguardo all'intera impresa⁸³, similmente a quanto deciso in tema di licenziamento collettivo.

Si tratta di una soluzione cui si è pervenuti – una volta superata la tesi più risalente della piena libertà di scelta del datore di lavoro – facendo ricorso talora alla valorizzazione delle clausole di correttezza e buona fede in funzione integrativa degli obblighi contrattuali⁸⁴, talaltra all'analogia con i criteri previsti in tema di licenziamento collettivo⁸⁵.

Sul piano pratico-applicativo le conseguenze della diversa impostazione

⁸¹ Cfr. Cass. 19 marzo 2018 n. 6798; Cass. 26 ottobre 2018 n. 27243; Cass. 19 dicembre 2019 n. 34132. Invece, con riguardo a lavoratori non disabili, la giurisprudenza ammette che “la sopravvenuta inidoneità del lavoratore alle mansioni originariamente assegnategli non costituisce giustificato motivo di licenziamento ove all'interno dell'azienda si rinviengano posizioni lavorative, anche corrispondenti a mansioni inferiori, compatibili con la situazione del lavoratore divenuto inidoneo”; tuttavia precisa che “tale verifica incontra, però, il limite rappresentato dall'assetto organizzativo stabilito dall'imprenditore, per cui è escluso che al datore di lavoro possano essere richieste anche minime modifiche organizzative per consentire l'utilizzo del lavoratore divenuto inidoneo” (così Cass. 28 ottobre 2019 n. 27502).

⁸² Cfr. TARQUINI, *I criteri di scelta dei licenziandi nel licenziamento individuale per g.m.o. tra applicazione del canone di buona fede e divieti di discriminazione*, in *Labor*, 2017, p. 390.

⁸³ Cfr. Cass. 30 agosto 2018 n. 21438, in *DRI*, 2019, p. 319, con nota di DENTICI, *Licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo e criteri di scelta*.

⁸⁴ Cfr. Cass. 8 ottobre 2012 n. 13705 e Cass. 19 dicembre 2019 n. 34122.

⁸⁵ Cfr. Cass. 21 novembre 2001 n. 14663, in *MGL*, 2002, p. 268, con nota critica di GRAMICIA, *Criteri di scelta del lavoratore da licenziare per giustificato motivo oggettivo*; Cass. 11 giugno 2004 n. 11124, in *RGL*, 2005, II, p. 273, con nota di SALVAGNI, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo e criteri di scelta*.

possono risultare rilevanti, se si considera che il criterio delle esigenze tecniche e produttive, a fronte di posizioni professionali fungibili, lascia spazio all'operare dei soli due criteri sociali dell'anzianità di servizio e dei carichi di famiglia. Al contrario, se i criteri di scelta previsti dall'art. 5, l. 223/1991 offrono sicuramente uno standard adeguato ai principi di correttezza e buona fede⁸⁶, questi ultimi non escludono l'utilizzabilità di altri criteri, purché non arbitrari ed improntati a razionalità e graduazione delle posizioni dei lavoratori interessati⁸⁷.

Al riguardo, considerata la diversità della normativa applicabile ed il differente impatto sociale della misura esaminata, la giurisprudenza prevalente ha opportunamente adottato soluzioni più flessibili rispetto a quelle accolte in tema di licenziamento collettivo, anche se non si può omettere di rilevare che i margini di rischio per l'imprenditore non devono essere trascurati e che deve, comunque, sussistere coerenza con le ragioni organizzative adottate.

In particolare, ha ammesso la scelta del lavoratore che, in virtù della sua anzianità di servizio, risulta più costoso ed altresì meno produttivo, oltre che titolare di altri redditi⁸⁸; del lavoratore meno produttivo, qualora la produttività sia misurabile e il suo minor rendimento non sia imputabile ad una carenza formazione da parte del datore di lavoro⁸⁹; del dipendente che abbia maggiore possibilità di reinserimento nel mondo del lavoro e che goda di altri redditi in grado di consentirgli di contrastare le conseguenze dello stato

⁸⁶ Cfr. Cass. 28 marzo 2011 n. 7046; Cass. 1 luglio 2011 n. 14518; Cass. 8 luglio 2016 n. 14021; Cass. 20 settembre 2016 n. 18409; App. Milano 21 novembre 2017 n. 1949, in *GLav*, 2018, n. 20, p. 50; Cass. 25 luglio 2018 n. 19732.

⁸⁷ Cfr. Cass. 7 dicembre 2016 n. 25192, in *DRI*, 2017, p. 519 ss., con nota di BRUN, *Licenziamento economico (individuale) e criteri di scelta: l'impresa può licenziare il meno "produttivo"*; Cass. 30 agosto 2018 n. 21438, cit.

⁸⁸ Cfr. Cass. 7 dicembre 2016 n. 25192, cit. Cfr. altresì Trib. Bari 7 luglio 2014, in *Banca Dati Leggi d'Italia*, secondo cui il datore può individuare i prestatori di lavoro da licenziare considerando, ad es., anche cumulativamente, i rispettivi costi del lavoro, la produttività individuale, la titolarità di redditi ulteriori rispetto a quello derivante dal rapporto di lavoro.

⁸⁹ Cfr. App. Firenze 20 ottobre 2016, in *ADL*, 2017, p. 248, con nota di FERRARESI, *Licenziamento per giustificato motivo oggettivo e criteri di scelta dei lavoratori: insoddisfacente il ricorso alle clausole generali di correttezza e buona fede*. Tale sentenza, peraltro, pur enunciando il principio esposto nel testo, nel caso affrontato sancisce l'illegittimità del licenziamento adottato sulla base del criterio della maggiore capacità lavorativa, che ritiene evanescente, in mancanza di prova della scorrettezza o della lentezza esecutiva del lavoratore licenziato in confronto del collega che aveva invece conservato il posto di lavoro.

di disoccupazione⁹⁰. Ed ha persino ritenuto legittima la scelta compiuta tenendo conto dell'incidenza del diverso orario di lavoro prestato⁹¹.

6. *I rimedi applicabili: l'art. 18, l. 300/1970*

Le incertezze applicative sono addirittura maggiori in tema di tecniche sanzionatorie, sia per i lavoratori assunti prima sia per quelli assunti dopo il 7 marzo 2015. Infatti, se in una prima fase, alla luce del contenzioso in atto, l'attenzione dei giudici si è concentrata sui licenziamenti per ragioni soggettive (con le questioni relative al “fatto materiale contestato” ed al principio di proporzionalità su tutte), negli ultimi tempi sono emersi in tutta la loro portata dubbi e soluzioni difformi in ordine tanto al tipo di tutela applicabile tra quelle previste dall'art. 18, co. 7, St. lav., quanto all'entità dell'indennità o risarcimento dovuto ai sensi dell'art. 3, d.lgs. 23/2015, a fronte di un licenziamento per giustificato motivo oggettivo.

In entrambi i casi la discrezionalità giudiziale risulta assai estesa, contrariamente a quelle che erano le intenzioni del legislatore, quanto meno del Collegato Lavoro e del *Jobs Act*.

Con riguardo all'art. 18, co. 7, come ben noto, nell'opzione tra reintegra e indennità si pongono tre nodi tutt'altro che semplici da sciogliere.

Il primo è quello concernente il “fatto” posto a base del licenziamento. In particolare resta controversa la riconducibilità a tale nozione della omissione del *repêchage* e della violazione dei criteri di scelta.

Con riguardo all'omissione del *repêchage*, rivedendo il proprio iniziale convincimento, la Suprema Corte ha coerentemente ammesso la reintegra sostenendo che “il riferimento normativo deve intendersi effettuato alla nozione complessiva di giustificato motivo oggettivo così come elaborata dalla giurisprudenza consolidata”⁹², ovvero a tutti i presupposti o elementi costi-

⁹⁰ Cfr. Trib. Bari 3 novembre 2016, cit. da DENTICI, *op. cit.*, p. 327. V. anche Trib. Bari 7 luglio 2014, cit.

⁹¹ Cfr. Cass. 20 settembre 2016 n. 18409, in *RGL*, 2017, II, p. 57, con nota di CAPONNETTI, *Licenziamento per g.m.o. della lavoratrice part-time*, in un caso di riduzione delle segretarie da due a una con preferenza accordata a quella con orario pieno per garantire l'intero orario di apertura degli uffici.

⁹² Cfr., Cass. 2 maggio 2018 n. 10435, in *LPO*, 2018, p. 481, con nota di SALVAGNI, *La Casazione in funzione nomofilattica: l'obbligo di repêchage può comportare l'applicazione della tutela reale*

tutivi del giustificato motivo oggettivo⁹³, tra i quali rientra anche l'obbligo di *repêchage*⁹⁴.

Al contrario, il rispetto dei criteri di scelta continua ad essere considerato un mero limite esterno che opera a valle della ricostruzione del fatto posto alla base della soppressione del posto. Di conseguenza si giustifica la soluzione accolta dalla Suprema Corte, secondo cui la sola violazione dei criteri di scelta non comporta la “manifesta insussistenza del fatto” sul quale si fonda il giustificato motivo, cosicché essa va ricondotta alle “altre ipotesi” di illegittimità del licenziamento, con sanzione solo indennitaria⁹⁵, a meno che non emergano altri profili di nullità (discriminatorietà o illiceità) della selezione.

Tale soluzione appare condivisibile anche se non si può far a meno di rilevare come la violazione dei criteri di scelta nell'ambito del licenziamento collettivo comporti l'applicazione del meccanismo ripristinatorio. Tuttavia, quest'ultima sanzione si rivelerebbe una forzatura nell'ambito dei licenziamenti individuali, sia perché i criteri di scelta non sono espressamente previsti e sanciti dalla legge, ma dedotti dalle clausole di correttezza e buona fede, sia perché verrebbe clamorosamente ribaltato quel rapporto regola-eccezione tra tutela indennitaria e reintegratoria che l'art. 18, co. 7 ha, comunque, introdotto.

Che il legislatore abbia “voluto limitare ad ipotesi residuali il diritto ad una tutela reintegratoria”⁹⁶ è un passaggio rimarcato dalla Suprema Corte con riguardo al secondo nodo interpretativo posto dalla l. 92/2012, ovvero quello che concerne la ricostruzione del concetto di “manifesta insussistenza” del fatto. Si tratta di ipotesi che ricorrono quando vi è una “chiara,

⁹³ Cfr., fra le tante Cass. 2 maggio 2018 n. 10435, cit.; Cass. 12 dicembre 2018 n. 32158, in *RIDL*, 2019, II, p. 264, con riguardo a lavoratori inidonei; Cass. 8 gennaio 2019 n. 181 e Cass. 17 ottobre 2019 n. 26460, le quali hanno comunque precisato che l'insufficienza probatoria in ordine all'adempimento dell'obbligo di *repêchage* è sussumibile nell'ambito della manifesta insussistenza del fatto solo in caso di “evidente, e facilmente verificabile sul piano probatorio in assenza dei presupposti di legittimità del recesso”. Cfr. altresì GRAMANO, *Natura e limiti*, cit., p. 1339 ss. Propende per l'applicazione della tutela indennitaria Cass. 22 marzo 2016 n. 5592.

⁹⁴ V. *retro*, testo e nota 66.

⁹⁵ Cfr. Cass. 8 luglio 2016 n. 10421; *contra* Trib. Modena 26 giugno 2013, in *LG*, 2013, p. 803, con nota di GRECO M.G., *Manifesta insussistenza del fatto e violazione dei criteri di scelta nel licenziamento per giustificato motivo oggettivo*.

⁹⁶ Così Cass. 2 maggio 2018 n. 10435, cit.

evidente e manifestamente verificabile assenza di presupposti” del licenziamento⁹⁷.

È il caso che si verifica, ad esempio, quando il lavoratore licenziato sia stato sostituito da altro dipendente assunto per le stesse mansioni⁹⁸, oppure in quanto manchi qualunque nesso causale con il recesso, ovvero quando il lavoratore licenziato era adibito ad un reparto o settore diverso da quello riorganizzato o soppresso, sempre che non svolgesse mansioni rivelatesi in esubero, prestate da altro dipendente impiegato altrove, correttamente ritenuto maggiormente meritevole di tutela *ex artt.* 1175 e 1375 c.c.

In ogni caso, l'individuazione in concreto della manifesta insussistenza del fatto si collega strettamente al terzo nodo sollevato dall'art. 18, co. 7, l. 300/1970, quello probabilmente più complesso, rappresentato dall'espressione “può”, che pone l'interprete di fronte all'alternativa di valutare se al giudice sia stata attribuita una facoltà o un vero e proprio obbligo in ordine all'applicazione della tutela ripristinatoria qualora accerti “la manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento”.

Al riguardo la dottrina si è da subito divisa e la stessa Suprema Corte non è stata da meno. Così si contrappongono pronunce che escludono la discrezionalità del giudice ad altre che ad essa affidano la scelta del rimedio applicabile⁹⁹, valorizzando, come sembra inevitabile, la lettera della legge.

In questo secondo caso si devono individuare i criteri sulla base dei quali va esercitato il suddetto potere discrezionale, che implica una dose di creatività gioco forza decisamente elevata. A tal fine la giurisprudenza di legittimità ha ritenuto di potersi rifare ai principi generali in tema di risarci-

⁹⁷ Cfr., fra le altre, Cass. 14 luglio 2017 n. 17528; Cass. 25 giugno 2018 n. 16702; Cass. 8 gennaio 2019 n. 181; Cass. 17 ottobre 2019 n. 26460.

⁹⁸ Sul punto *v. retro*, § 3.

⁹⁹ In particolare Cass. 2 maggio 2018 n. 10435, *cit.* ha affermato che l'applicazione della reintegra è rimessa alla discrezionalità del giudice, il quale potrebbe escluderla qualora emerga una “eventuale accertata eccessiva onerosità di ripristinare il rapporto di lavoro”. Sulle stesse posizioni si collocano Cass. 31 gennaio 2019 n. 2930, in *Ilgiustavorista.it*, 2019, con nota di APA, *Insussistenza del giustificato motivo oggettivo di licenziamento e relativo regime di tutela*; Cass. 12 dicembre 2018, n. 32159 *obiter*; Trib. Ravenna 7 febbraio 2020, che ha sollevato l'eccezione di incostituzionalità segnalata di seguito nel testo. In senso contrario escludono la discrezionalità del giudice nell'applicazione della reintegra, una volta emersa la manifesta insussistenza del fatto sul quale si fonda il licenziamento, Cass. 14 luglio 2017 n. 17528 e Cass. 13 marzo 2019 n. 7167, *cit.* In dottrina cfr., da ultimo, QUAINI, *La reintegrazione nel licenziamento per motivo oggettivo ex art. 18 post Fornero: conferme e ripensamenti della giurisprudenza di Cassazione*, in *ADL*, 2019, p. 850 s.

mento del danno, ed in particolare al “concetto di eccessiva onerosità al quale il codice civile fa riferimento nel caso in cui il giudice ritenga di sostituire il risarcimento per equivalente alla reintegrazione in forma specifica ... ovvero di diminuire l’ammontare della penale concordata tra le parti”¹⁰⁰: è quanto ha indotto la Suprema Corte ad optare per la tutela indennitaria se e quando, al momento di adottare il provvedimento giudiziale, la tutela reintegratoria si riveli “sostanzialmente incompatibile con la struttura organizzativa *medio tempore* assunta dall’impresa”¹⁰¹.

A fronte di un tale quadro normativo si comprende lo sconcerto che talora assale gli operatori e che ha indotto un giudice di merito a sollevare eccezione di incostituzionalità dell’art. 18, co. 7, per contrasto con gli artt. 3, co. 1, 41, co. 1, 24 e 111, co. 2 Cost., con particolare riguardo al rapporto tra “un licenziamento per G.M.O. fondato su un fatto (manifestamente) inesistente e un licenziamento per G.C. fondato su un fatto (semplicemente) inesistente”, tra i quali “non vi è una differenza ontologica, naturalistica”¹⁰². Il rilievo è tutt’altro che privo di pregio, ma sembra di poter osservare che, da un lato, la possibilità della reintegra è espressamente prevista e non sembra che l’aver (eventualmente) affidato l’applicazione di tale rimedio alla discrezionalità del giudice risulti irragionevole o contrasti con altri principi fondamentali (artt. 41, 24 o 111 Cost.), tanto più considerando l’importanza ed il ruolo che la Corte costituzionale ha attribuito alla suddetta discrezionalità¹⁰³. Dall’altro, “la differenza strutturale” tra le due ipotesi di licenziamento giustifica il loro diverso trattamento. Inoltre, ad aggirare la possibilità di applicazione della reintegra non basterebbe definire il licenziamento come oggettivo, dato che il giudice potrebbe riqualificarlo come disciplinare, se non considerarlo come un negozio in frode alla legge¹⁰⁴.

¹⁰⁰ Così Cass. 2 maggio 2018 n. 10435, cit.

¹⁰¹ Così ancora Cass. 2 maggio 2018 n. 10435, cit.

¹⁰² Così Trib. Ravenna 7 febbraio 2020, cit.

¹⁰³ Cfr. Corte cost. 26 settembre 2018 n. 194, in *RIDL*, 2018, II, p. 1031, con note di ICHINO, *Il rapporto tra il danno prodotto dal licenziamento e l’indennizzo nella sentenza della Consulta e di CARINCI M.T., La Corte Costituzionale ridisegna le tutele del licenziamento ingiustificato nel Jobs Act: una pronuncia destinata ad avere un impatto di sistema.*

¹⁰⁴ Cfr. GHERA, *Diversificazione delle discipline del licenziamento e principio costituzionale di eguaglianza*, in *VTDL*, 2016, p. 517 s.

7. *Segue: l'art. 3, d.lgs. 23/2015*

È quella appena esposta una conclusione che può essere tratta anche con riguardo all'art. 3, d.lgs. 23/2015¹⁰⁵, il quale pure prevede soltanto il diritto ad un'indennità risarcitoria per i lavoratori assunti dopo il 7 marzo 2015 licenziati in mancanza del giustificato motivo oggettivo addotto.

Al riguardo, al di là del caso limite appena indicato, si pone “soltanto” un problema di quantificazione dell'indennità, ma all'interno di una forbice assai ampia dopo l'emanazione del d.l. 9 agosto 2018 n. 96 e, soprattutto, della sentenza n. 194 del 2018 della Corte costituzionale.

Come ormai ben noto, resta controversa una serie di questioni di tutt'altro che agevole soluzione.

Innanzitutto, si è dibattuto in ordine ai criteri applicabili per determinare l'indennità risarcitoria prevista dall'art. 3, d.lgs. 23/2015. Soltanto nella motivazione la Consulta ha richiamato i criteri di cui all'art. 8, l. 604/1966 e all'art. 18 St. lav., cosicché sembra di poter ritenere che quelle date siano mere indicazioni interpretative con un grado di vincolatività non così stringente¹⁰⁶. Si tratta di una questione che, peraltro, non dovrebbe creare particolari problemi sul piano pratico-applicativo “perché è verosimile che i giudici utilizzeranno ... proprio i criteri evocati ... dalla Corte in motivazione”¹⁰⁷. Tuttavia, è auspicabile che vengano presi in considerazione anche i criteri di cui all'art. 32, l. 183/2010, ed in particolare le iniziative assunte dal lavoratore per cercare, o quelle del datore per offrire, nuova occupazione¹⁰⁸, specie alla luce della natura soprattutto risarcitoria attribuita dalla Corte all'indennità prevista dal d.lgs. 23/2015. Il tutto senza trascurare che la rico-

¹⁰⁵ Per la possibilità di accertare e dichiarare la nullità per illiceità del motivo o per frode alla legge nel “caso del giustificato motivo oggettivo costruito ad arte, cioè quale mero pretesto per espellere un lavoratore indesiderato”, cfr. ZOLI, *I licenziamenti per giustificato motivo oggettivo dalla legge n. 604 del 1966 al d.lgs. n. 23 del 2015*, cit., p. 92 ss.

¹⁰⁶ Cfr. BOLLANI, *Le tutele avverso il licenziamento ingiustificato e la sentenza n. 194/2018 della Corte costituzionale: dopo le scosse, l'assessamento?*, in *DRI*, 2019, p. 224 s., che esclude trattarsi di pronuncia di tipo additivo; TOSI, *La sentenza n. 194/2018 della Corte costituzionale e il suo “dopo”*, in *DRI*, 2019, p. 254, l. che non ritiene vincolanti tali criteri.

¹⁰⁷ Così DE LUCA TAMAJO, *La sentenza costituzionale 194 del 2018 sulla quantificazione dell'indennizzo per licenziamento illegittimo*, in *DLM*, 2018, p. 639. Cfr. anche TOSI, *op. cit.* La previsione è confermata dalla prima giurisprudenza pronunciata al riguardo: cfr. PAREO, *Le tutele crescono ancora (solo) in base all'anzianità di servizio?*, in *ADL*, 2019, p. 1383 ss.

¹⁰⁸ Cfr. TURSI, *Il diritto stocastico. La disciplina italiana dei licenziamenti dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 194/2018 (e decreto dignità)*, in *DRI*, 2019, p. 271 ss.

struzione in tali termini dell'indennità rischia di far ricadere sul lavoratore l'onere di dimostrare il pregiudizio realmente subito¹⁰⁹: una conclusione che soltanto la considerazione della polifunzionalità della sanzione può in parte circoscrivere¹¹⁰.

In secondo luogo, resta controverso il peso dei criteri menzionati dalla Corte costituzionale¹¹¹ e degli altri appena ricordati, in particolare dell'anzianità di servizio, alla quale è dubbio se sia stata attribuita dalla Corte una priorità meramente logica¹¹² o una vera e propria supremazia gerarchica, come sostengono alcuni settori della dottrina¹¹³. In realtà, non sembra sancita alcuna gerarchia¹¹⁴, ma la decisione rimane inevitabilmente affidata alla discrezionalità dei giudici. In ogni caso, il dubbio si rivela molto teorico, se si considera che, comunque, non sarebbe dato comprendere in quale misura tale prevalenza dovrebbe operare¹¹⁵. Ciò tanto più che, nel testo normativo scaturito dall'intervento della Corte costituzionale, è venuto meno ogni riferimento al valore minimo (le "due mensilità per ogni anno di servizio"), di cui all'originario art. 3, d.lgs. n. 23/2015¹¹⁶. E le prime pronunce dei giudici di merito confermano la varietà del bilanciamento dalle stesse compiuto, che tiene conto quasi sempre dell'anzianità di servizio, soltanto in alcuni casi di-

¹⁰⁹ Cfr. FABOZZI, *Ciò che resta delle c.d. tutele crescenti*, in *MGL*, 2019, p. 850 ss.

¹¹⁰ Cfr. TOPO, *Polifunzionalità delle sanzioni per il licenziamento ingiustificato e l'autonomia del diritto del lavoro*, in *DRI*, 2019, p. 638 ss.; BIASI, *La polifunzionalità del (risarcimento del) danno da licenziamento ingiustificato: ragionando attorno a Corte Cost. n. 194/2018*, in *ADL*, 2019, p. 753 ss.

¹¹¹ Cfr. PISANI, *La Corte costituzionale e l'indennità per il licenziamento ingiustificato: l'incertezza del diritto "liquido"*, in *MGL*, 2018, p. 157 ss.

¹¹² Cfr. PONTERIO, *Il ruolo del giudice in un sistema equilibrato di tutele*, in ANDREONI, FASSINA (a cura di), *La sentenza della Corte costituzionale sul contratto a tutele crescenti: quali orizzonti?*, Ediesse, 2019, p. 84; SARACINI, *Licenziamento ingiustificato: risarcimento e contenuto essenziale della tutela*, in *DLM*, 2018, p. 652 s.; SPEZIALE, *La sentenza n. 194 del 2018 della Corte costituzionale sul contratto a tutele crescenti*, in ANDREONI, FASSINA (a cura di), *op. cit.*, p. 64 ss.

¹¹³ Cfr. ICHINO, *Il rapporto fra il danno prodotto dal licenziamento...*, cit., p. 1055; GAMBACCIANI, *I criteri legali di determinazione delle indennità risarcitorie nei licenziamenti*, in *MGL*, 2018, p. 80; MAGNANI, *Il "Jobs Act" e la Corte costituzionale. Riflessioni su C. cost. n. 194/2018*, in *DRI*, 2019, p. 619; MARESCA, *Licenziamento ingiustificato e indennizzo del lavoratore dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 194/2018 (alla ricerca della norma che non c'è)*, in *DRI*, 2019, p. 238 ss.

¹¹⁴ Cfr. PERULLI, *Correzioni di rotta. La disciplina del licenziamento illegittimo di cui all'art. 3, comma 1, d.lgs. n. 23/2015 alla luce del c.d. "Decreto Dignità" e della sentenza della Corte costituzionale n. 194/2018*, in *LDE*, 2019, n. 1, p. 23.

¹¹⁵ Così giustamente TOSI, *op. cit.*, p. 255.

¹¹⁶ MARESCA, *Il giustificato motivo*, cit., ID., *Licenziamento ingiustificato e indennizzo*, cit., p. 242 e TOSI, *op. cit.*

scostandosi in modo significativo dalla quantificazione deducibile dalla norma originaria, in virtù del rilievo attribuito in particolare alle dimensioni aziendali (avuto particolare riguardo al numero dei dipendenti occupati o alle dimensioni dell'attività economica), al comportamento del datore di lavoro o alle condizioni del lavoratore (lunga disoccupazione, carichi di famiglia, ad es.)¹¹⁷.

Emerge una soluzione applicabile anche alle piccole imprese, alla luce dell'espresso richiamo all'art. 3, comma 1, contenuto nell'art. 9, d.lgs. n. 23/2015; una norma di cui, peraltro, si è prospettata in dottrina l'irragionevolezza in termini di inadeguatezza della misura dell'indennità prevista per le piccole imprese¹¹⁸. Tuttavia, da un lato, la necessità di personalizzare il risarcimento trova risposta nel rinvio al meccanismo di determinazione dell'indennità di cui all'art. 3, comma 1, come novellato dalla Corte costituzionale. Dall'altro, la soluzione non è dissimile da quella introdotta dalla legge n. 604/1966 e da tempo è stata ritenuta ragionevole dalla Corte costituzionale per la necessità di non gravare di eccessivi oneri economici le imprese di minori dimensioni¹¹⁹. Anche se potenzialmente peggiorativa per coloro che vengano licenziati dai datori di lavoro che occupino più di 15 dipendenti, non può essere considerata irragionevole nella successione tra normative diverse, né eccessivamente penalizzante se si osserva che la pur ridotta entità del risarcimento è comunque uguale a quella applicabile alle imprese con meno di 16 dipendenti.

Si può, pertanto, concludere che le riforme degli ultimi anni, sia pur di segno diverso, alla luce degli arresti della giurisprudenza costituzionale e di legittimità ed in attesa di eventuali interventi correttivi della Corte di Giustizia¹²⁰, hanno finito per estendere in modo significativo, in precedenza sco-

¹¹⁷ Cfr. PAREO, *op. cit.*, p. 1383 ss. e QUAINI, *Un anno dopo la sentenza costituzionale n. 194/2018: il bilancio della giurisprudenza*, in *DRI*, 2020, p. 184 ss.

¹¹⁸ Cfr. in termini critici SARACINI, *op. cit.*, p. 658 s.; GIUBBONI, *Il licenziamento del lavoratore con contratto "a tutele crescenti" dopo l'intervento della Corte costituzionale*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".II*, n. 379/2018, p. 11; FABOZZI, *op. cit.*, p. 865; PASSALACQUA, *La tutela contro il licenziamento nelle piccole imprese dopo Corte cost. n. 194/2018*, in *MGL*, 2018, p. 876; TOSI, *op. cit.*, p. 250; DE LUCA TAMAJO, *op. ult. cit.*, p. 641.

¹¹⁹ Cfr. Corte cost. 14 gennaio 1986 n. 2. Di opinione diversa è PASSALACQUA, *op. cit.*

¹²⁰ Trib. Milano 5 agosto 2019, in *DRI*, 2019, p. 1208, con nota di FERRANTE, *Licenziamento collettivo e lavoro a termine "stabilizzato"*: il Jobs Act viene rinviato alla Corte di giustizia europea e App. Napoli 18 settembre 2019 hanno portato all'attenzione della Corte di giustizia europea alcuni nodi di fondo del d.lgs. n. 23/2015 prendendo le mosse dall'istituto del licenziamento collettivo (art. 10), in quanto rientrante nell'ambito del diritto dell'Unione, in particolare par-

nosciuto se si esclude il caso delle piccole imprese, la discrezionalità giudiziale, che finisce così per esercitare una rilevante funzione dissuasiva o deterrente, visto il grado di incertezza che si crea.

Di conseguenza, rispetto alla liberalizzazione dei licenziamenti o, meglio, all'arretramento delle tutele operato dalla legge ed alla modifica del paradigma normativo del contratto di lavoro, che sembravano ormai acquisiti, sono seguite letture molto distanti e soluzioni in evidente controtendenza, tali per cui il modello vigente esce profondamente rivisitato dalla giurisprudenza costituzionale e da quella ordinaria in termini di (quanto meno parziale) recupero di tutela per i lavoratori.

8. *Quali prospettive per il giustificato motivo oggettivo dopo la pandemia?*

Come ben noto, la pandemia che nel 2020 ha colpito anche l'Italia ha sollevato una questione sociale gravissima e ha indotto il legislatore a prevedere un blocco totale dei licenziamenti per ragioni oggettive.

Non è questa la sede per affrontare i principali nodi ermeneutici che l'art. 46, co. 1, d.l. 17 marzo 2020 n. 18 (convertito dalla l. 24 aprile 2020 n. 27 e novellato dall'art. 80, d.l. 19 maggio 2020 n. 34) e, da ultimo, l'art. 14, d.l. 14 agosto 2020 n. 104, hanno posto all'interprete specie in termini di limiti temporali e di campo di applicazione soggettivo e oggettivo del divieto di recesso, la cui violazione non può che comportare la reintegra per nullità stante la natura imperativa della norma in esame¹²¹.

Al contrario, è lecito chiedersi se e fino a che punto il diritto emergenziale di questo *annus horribilis* possa trovare conferma o riverberare i propri effetti anche sul futuro.

Da un lato, non sembra che il blocco dei licenziamenti possa protrarsi oltre un limitato periodo in cui le imprese fruiscono dell'intervento della

tendo dalla disparità di trattamento tra vecchi e nuovi assunti. In realtà, entrambe le ordinanze di rinvio perseguono l'obiettivo di mettere in discussione la stessa scelta di fondo del *Jobs Act* e l'avallo che la marginalizzazione della reintegra ha ricevuto dalla Corte costituzionale: sul punto v. *amplius* ZOLI, *Il puzzle dei licenziamenti ed il bilanciamento dei valori tra tecniche di controllo e strumenti di tutela*, in corso di pubblicazione in DEL PUNTA (a cura di), *Valori e tecniche nel diritto del lavoro*, Firenze University Press, § 8.

¹²¹ Su tali aspetti, con riguardo alla prima norma, si rinvia a ZOLI, *La tutela dell'occupazione nell'emergenza epidemiologica fra garantismo e condizionalità*, in *Labor*, 2020, p. 439 ss.

cassa integrazione guadagni, pena la relativa incostituzionalità: infatti, diversamente, sarebbero introdotti limiti eccessivi alla libertà di iniziativa economica privata, per di più con consistente aggravio di costi, sino ad impedire all'imprenditore di cessare la propria attività anche se si trovasse nelle condizioni di doverlo fare.

D'altro lato, è lecito chiedersi se il concetto di giustificato motivo oggettivo ricostruito in queste pagine possa subire un nuovo *revirement* tramite un'applicazione "ancora più rigorosa" del "criterio della *extrema ratio*, legittimando il licenziamento economico soltanto nelle situazioni in cui la soppressione del posto di lavoro sia realmente priva di alternativa"¹²². Non si ritiene, tuttavia, che una prospettazione del genere possa essere accolta, se si considera che il sindacato giudiziale sull'obbligo di *repêchage* è già talmente ampio – come illustrato in precedenza – da rendere difficile comprendere sino a che punto un'ulteriore estensione dovrebbe condurre. Né pare che possa essere ammesso un controllo sull'opportunità sociale o sulla razionalità tecnica delle scelte del datore di lavoro, che porrebbe in difficoltà le imprese, dalla cui sopravvivenza dipende la conservazione stessa dei posti di lavoro, con una sostanziale eterogenesi rispetto ai fini perseguiti; un controllo che, per di più, contrasterebbe con le caratteristiche della norma contenuta nell'art. 3, l. 604/1966 e con la natura del giustificato motivo oggettivo quale presupposto di fatto del licenziamento, come in precedenza ricostruite.

¹²² Così GARGIULO, LUCIANI, *Emergenza Covid-19 e "blocco" dei licenziamenti: commento all'art. 46 del d.l. n. 18/2020 (conv. in l. n. 27/2020)*, in BONARDI, CARABELLI, D'ONGHIA, ZOPPOLI L. (a cura di), *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, Ediesse, 2020, p. 226. Dello stesso avviso si è mostrato SCARPELLI, *I licenziamenti*, Relazione Webinar Labor, *Emergenza e riemersione*, 27.05.2020.

Abstract

Il saggio ripercorre l'evoluzione compiuta dalla giurisprudenza in tema di giustificato motivo oggettivo di licenziamento. Dopo averne ricostruito la nozione escludendo che possa essere considerato un motivo in senso tecnico, condivide la soluzione da ultimo accolta dalla Suprema Corte in termine di irrilevanza delle finalità perseguite dal datore di lavoro, a condizione che non siano illecite. È pertanto necessario che il sindacato giudiziale si concentri sugli elementi costitutivi del giustificato motivo oggettivo, ovvero sull'effettività della scelta organizzativa, sul nesso di causalità col licenziamento adottato, sull'adempimento dell'obbligo di *repêchage* e sul rispetto dei criteri di scelta del lavoratore da licenziare. Nella seconda parte il saggio si sofferma sui rimedi applicabili in caso di licenziamento illegittimo ed esamina le soluzioni accolte tanto dall'art. 18, l. 300/1970 riformato, quanto dal Jobs Act, ponendo in luce l'ampiezza, persino eccessiva, della discrezionalità giudiziale. Infine, nell'ultimo paragrafo, affronta la questione dei possibili riflessi della legislazione dell'emergenza dovuta alla pandemia del 2020 sulla futura ricostruzione del giustificato motivo oggettivo.

This article explores the evolution of the case law on the justified objective reason for dismissal. After reconstructing the concept by ruling out the possibility that it may be regarded as a reason *stricto sensu*, the author agrees with the solution ultimately proposed by the Supreme Court that in this regard the aims pursued by the employer are not relevant, provided that they are not unlawful. It is therefore necessary for the judicial review to focus on the elements constituting the justified objective reason, namely the effectiveness of the organisational choice, the causal link with the adopted dismissal, the discharge of the duty of *repêchage* and the fulfilment of the criteria for selecting employees for redundancy. In the second part, the article focuses on the remedies applicable in the event of unlawful dismissal and examines the solutions adopted both by the revised Article 18 of Law No 300/1970 and by the Jobs Act, underlining the broad, yet excessive, scope of judicial discretion. Finally, the last paragraph addresses the possible implications of the emergency legislation due to the 2020 pandemic on the future reconstruction of the concept of justified objective reason for dismissal.

Key words

Licenziamento, ragioni oggettive, giudice, controllo, sanzioni.

Dismissal, Objective reasons, Judge, Control, Remedies.

Maria Teresa Salimbeni
**Ammortizzatori sociali e crisi d'impresa:
le opposte scelte di politica del diritto
in alcune norme recenti***

Sommario: **1.** Premessa: crisi aziendali e interessi coinvolti. **2.** L'evoluzione della disciplina della Cigs per crisi aziendale. **3.** La Cigs concorsuale: il percorso fino al Codice della crisi e dell'insolvenza. **4.** L'assenza di misure di sostegno al reddito nella fase di sospensione dei rapporti di lavoro prima del subentro o del recesso del curatore: l'interesse a una rapida liquidazione? **5.** La Cigs in proroga e per cessazione di attività: la forzata continuità aziendale nelle crisi a forte impatto sociale. **6.** Alcune considerazioni conclusive.

1. Premessa: crisi aziendali e interessi coinvolti

L'espressione "crisi aziendale" comprende una serie di situazioni di tipo tecnico-organizzativo-produttivo, ma anche economico-ambientale, giuridicamente rilevanti per il nostro ordinamento, che hanno come denominatore comune la difficoltà, o impossibilità, per l'impresa, di proseguire la normale attività con il conseguente rischio di una riduzione o cessazione della stessa.

Da un punto di vista lavoristico, l'incidenza della crisi aziendale sull'occupazione dei lavoratori viene calibrata attraverso la combinazione di meccanismi di sostegno al reddito o di risoluzione dei rapporti di lavoro, in cui la prevalenza dell'una o dell'altra soluzione è frutto di scelte politiche tese anche a incentivare o meno la continuazione dell'attività dell'impresa in difficoltà¹.

* Il saggio è destinato agli *Studi in onore di Francesco Santoni*.

¹ I possibili sbocchi della crisi, per i rapporti di lavoro, sono la riduzione di personale e/o la cessazione di attività, regolata dalla l. 23 luglio 1991 n. 223, ampiamente modificata nel 2012 e nel 2015, o la sospensione dei rapporti di lavoro assistita dall'intervento Cig, oggi disciplinato dal d.lgs. 148/2015. Nonostante il presupposto che ne è alla base sia profondamente diverso, rilevando nel

In una logica non solo lavoristica, possono entrare in gioco ulteriori interessi che attengono alla soddisfazione di soggetti esterni al rapporto di lavoro, tra cui i creditori dell'imprenditore, i quali in occasione della crisi dell'impresa devono ricevere garanzie di una rapida liquidazione dei beni aziendali quando il mantenimento in esercizio possa ingenerare ulteriori perdite non compensabili da un successivo eventuale trasferimento dell'azienda. Pertanto, la sopravvivenza o meno dell'impresa potrà rispondere alla convenienza, oltre che dei lavoratori e dello stesso imprenditore, anche dei soggetti che, sull'esercizio dell'attività o, all'inverso, sul valore economico commerciale dei beni aziendali, fondano legittime aspettative di soddisfazione creditoria.

Allo stesso tempo, esigenze altre, di natura generale e sovraordinata, possono determinare, e anche eventualmente limitare, le modalità di utilizzo di strumenti destinati alla continuità aziendale e all'integrazione del reddito dei lavoratori: si pensi, ad esempio, ai vincoli economici derivanti dall'appartenenza all'Unione europea, o alle emergenze derivanti da catastrofi naturali o sanitarie. I primi possono condizionare, in negativo, forme di sostegno alle imprese², le seconde provocare l'adozione di misure eccezionali da parte dello Stato volte a evitare a imprese e lavoratori tracolli definitivi³.

Gli interessi in gioco, e l'ordine di priorità, quest'ultimo discrezional-

primo caso l'impossibilità parziale o totale di proseguire l'attività, nel secondo la temporaneità della contrazione produttiva, le esigenze di tutela dell'occupazione hanno privilegiato, in determinati momenti storici, il mantenimento in vita dei rapporti di lavoro con il sostegno dell'intervento di integrazione salariale pur in assenza di prospettive di ripresa dell'azienda in crisi.

² È il caso delle agevolazioni concesse alle imprese operanti in aree di crisi industriale complessa riconosciute come tali ai sensi dell'art. 27 del d.l. 22 giugno 2012 n. 83, convertito in l. 7 agosto 2012 n. 134. Il sostegno economico concesso alle imprese rientranti in tali aree è soggetto al reg. UE n. 651 del 17 giugno 2014, che dichiara quali sono gli aiuti compatibili con il mercato interno in applicazione degli artt. 107 e 108 del Tratt. Funz. UE. Il recupero di imprese collocate in aree del territorio nazionale economicamente svantaggiate può quindi essere limitato dalle stringenti regole unieuropee relative agli aiuti di stato. V. d.m. 30 agosto 2019.

³ Si pensi ai provvedimenti adottati dal Governo nell'attuale fase di emergenza sanitaria dovuta alla pandemia da Coronavirus, e consistenti, per quanto riguarda il sostegno alle aziende, non soltanto in erogazione di liquidità, ma anche in vistose deroghe ai limiti e vincoli posti agli interventi di Cigo, che viene concessa, a quasi tutte le aziende, con azzeramento del contributo addizionale e neutralizzazione del tempo di fruizione ai fini del conteggio dei limiti di durata complessiva, nel biennio e nel quinquennio. Il penultimo provvedimento in tal senso, riguardante tutto il territorio nazionale, è il d.l. 17 marzo 2020 n. 18 (c.d. Decreto Cura Italia), convertito in l. 24 aprile 2020 n. 27, modificato sul punto dal d.l. 19 maggio 2020 n. 34 (c.d. Decreto Rilancio). Recentemente il d.l. 14 agosto 2020 n. 104 ha disposto un nuovo periodo di Cigo di 18 settimane ai medesimi fini.

mente stabilito dal legislatore oppure imposto da vincoli o necessità, determinano il diverso uso e dosaggio degli interventi destinati a supportare la continuità dell'attività d'impresa in caso di crisi. L'opzione per la continuità aziendale, nelle criticità indicate, deriva da una scelta politica che può tradursi nell'utilizzo di strumenti di accompagnamento al recupero produttivo o, in alternativa alla cessione dell'attività, piuttosto che alla liquidazione aziendale.

Si cercherà in questo lavoro di evidenziare come l'uso degli strumenti legali di sostegno alle aziende e ai lavoratori nelle crisi aziendali, in particolare l'intervento della cassa integrazione guadagni, sia, di volta in volta, frutto di scelte diverse, rispondendo a esigenze di tutela di interessi prevalenti in determinate situazioni o contesti, il che determina contrazione o espansione degli strumenti in parola, in misura tale da renderne difficile una ricostruzione uniforme, in termini di *ratio* e, perfino, di funzionamento pratico.

2. *L'evoluzione della disciplina della Cigs per crisi aziendale*

Sicuramente gli ammortizzatori sociali in costanza di rapporto, in particolare la cassa integrazione guadagni per crisi, hanno costituito, e costituiscono, un duttile strumento di bilanciamento degli interessi coinvolti nelle più svariate situazioni di crisi aziendale, che spaziano dalla temporanea difficoltà, all'insolvenza fino alla cessazione dell'impresa. È stato efficacemente puntualizzato come la Cigs per crisi sia stata utilizzata dal legislatore per “coprire un'area di intervento quanto mai poliedrica e articolata”⁴, anche oltre i limiti della funzione e configurazione giuridica dell'istituto. Pur senza ripercorrere tutte le tappe di un'evoluzione normativa caratterizzata da interventi molteplici, a volte anche settoriali, basti pensare all'espansione asettiva, e illimitata nel tempo, della Cigs per crisi nel decennio '75/'85, durante il quale la causale ricomprendeva, oltre la crisi economica settoriale o locale, la “crisi di particolare rilevanza sociale in relazione alla situazione occupazionale locale e alla situazione produttiva del settore”, a dimostrazione della funzione di stabilizzatore sociale dell'istituto destinato a supportare, non soltanto mere difficoltà gestionali, ma anche la mancanza di lavoro e reddito in

⁴ MAGNANI, *Crisi d'impresa tra diritto del lavoro e mercato*, in *ADL*, 2017, p. 1363. L'autrice descrive l'evoluzione dell'istituto nel tempo evidenziandone la preponderante finalità, a discapito dell'originaria funzione dello stesso, di neutralizzazione degli effetti di crisi irreversibili o cessazioni di attività.

particolari settori di mercato o contesti ambientali⁵. Situazioni nelle quali è chiaramente emersa la volontà di utilizzare la tecnica di sospensione, e sostegno economico pubblico, dei rapporti di lavoro, non come strumento di accompagnamento alla ripresa dell'attività, ma in funzione di rimedio temporaneo all'accertato esubero di personale e in attesa dell'emersione di soluzioni, anche esterne, alla crisi.

Con la l. 23 luglio 1991 n. 223, che finalmente pose mano alla disciplina del licenziamento collettivo, si tentò di arginare l'uso anomalo della Cigs, chiaramente esprimendosi il legislatore nel senso della non praticabilità dello strumento nelle ipotesi di esubero, strutturale e definitivo, di personale⁶. La gravissima crisi iniziata nella seconda metà del 2000 determinò il successivo dilagare, a partire dal d.l. 29 novembre 2008 n. 185, convertito in l. 28 gennaio 2009 n. 2, di interventi normativi volti a estendere gli ammortizzatori sociali oltre gli ambiti oggettivi, soggettivi e di durata previsti dalla l. 223/91, con un meccanismo di deroga, assistita dall'intervento delle Regioni, finalizzata a consentire un uso della Cig puramente assistenziale in favore di lavoratori e aziende⁷.

⁵ FERRARO, *Crisi dell'impresa, procedure concorsuali e tutela dei lavoratori*, in RIDL, 1985, I, p. 160; Su questo aspetto v. anche: CARINCI, DE LUCA TAMAJO, TOSI, TREU, *Diritto del Lavoro*, vol. 2, *Il rapporto di lavoro subordinato*, Utet, 2019, p. 405 ss.; MAGNANI, *op. cit.*, p. 1362 ss.

⁶ L'art. 4 della l. 223/91 prevede che l'azienda la quale, durante la cigs, ritenga di non essere in grado di garantire il rientro in azienda a tutti i dipendenti sospesi, attivi la procedura di licenziamento collettivo. Per un commento al nuovo assetto normativo derivante dalla l. 223/91: FERRARO, MAZZIOTTI, SANTONI, *Integrazioni salariali, eccedenze di personale e mercato del lavoro, Commento sistematico alla l. 223/91*, Jovene, 1992; DEL PUNTA, MARIANI, PAPALEONI, *La nuova Cassa integrazione guadagni e la mobilità*, Cedam, 1993; PERSIANI (a cura di), *Norme in materia di Cassa integrazione, mobilità, trattamenti di disoccupazione, attuazione di direttive della Comunità Europea, avviamento al lavoro e altre disposizioni in materia di mercato del lavoro. Commentario alla L. 23 luglio 1991, n. 223*, in NLCC, 1994, p. 884 ss.

Per una ricostruzione storica e sistematica dell'istituto della cassa integrazione guadagni, ante riforma del 1991: BALANDI, *Tutela del reddito e mercato del lavoro nell'ordinamento italiano*, Giuffrè, 1984; BALLESTRERO, *Cassa integrazione e contratto di lavoro*, Franco Angeli, 1985; CINELLI, *La cassa integrazione guadagni*, in *Ti. Rescigno*, Utet, 1986; BALLETTI, *Disoccupazione e lavoro. Profili giuridici della tutela del reddito*, Giappichelli, 2000; D'ANTONA, *L'intervento straordinario della cassa integrazione guadagni nelle crisi aziendali: interessi pubblici, collettivi, individuali*, in RGL, 1983, p. 15 ss.

⁷ Sulla cassa integrazione in deroga: GAROFALO, *Gli ammortizzatori sociali in deroga: dal D.L. n. 185/2008 alla L. n. 191/2009 (legge finanziaria 2010)*, Ipsoa, 2010; CURZIO (a cura di), *Ammortizzatori sociali, Regole, deroghe, prospettive*, Cacucci, 2009; PESSI, *Gli ammortizzatori sociali in deroga: persistenza o fine del modello assicurativo?*, in RDSS, 2010, p. 325 ss.; SANTONI, *Ammortizzatori sociali in deroga e canale bilaterale*, in AA.VV., *Studi in onore di Tiziano Treu*, vol. III, Jovene, 2011, p.

Gli interventi successivi, l. 28 giugno 2012 n. 92⁸ e d.lgs. 14 settembre 2015 n. 148, in linea di continuità con la l. 223/91, hanno tentato di ricondurre la materia a rigore sistematico e applicativo: l'istituto della Cig è stato riportato alla funzione originaria di sostegno a imprese destinate alla ripresa produttiva, e liberato, almeno in linea di previsione presto smentita dai fatti, dalla distorsione delle concessioni in deroga⁹; la cigs concorsuale è stata abolita a partire dal 1° gennaio 2016¹⁰ e, nelle causali Cigs, è stato incluso il contratto di solidarietà¹¹. In effetti il d.lgs. 148/15 ha dato una sistemazione unitaria alla materia degli ammortizzatori sociali in costanza di rapporto di lavoro, stabilendo regole, sia comuni sia specifiche, per i due interventi ordinario e straordinario, inoltre confermando e perfezionando il sistema dei Fondi di solidarietà, destinato ai datori di lavoro con rischio basso o inesistente di inattività, che era stato già prefigurato dalla l. 92/12¹².

Se pur organico e completo, il complesso di norme contenute nel d.lgs. 148/15 non rappresenta, però, che l'involucro esterno di un grande contenitore al cui interno sono stati immessi, via via, attrezzi di pronto soccorso per i più svariati "traumi" aziendali e il cui manuale di istruzioni viene spesso

1259 ss.; MAGNANI, *L'uso allargato della Cassa integrazione tra emergenza e ricerca di una logica di sistema*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2010, p. 409 ss.

⁸ Per un commento alla riforma della Cassa integrazione guadagni operata dalla l. 92/12: SPATTINI, *Il nuovo sistema degli ammortizzatori sociali dopo la legge 28 giugno 2012, n. 92*, Giuffrè, 2012.; RENGA, *Bilateralità e sostegno del reddito tra autonomia ed eteronomia*, Cedam, 2013; LISO, *Gli ammortizzatori: un cantiere sempre aperto*, in *RDSS*, 2014, p. 457 ss.; GIUBBONI, *I fondi di solidarietà nel prisma della riforma degli ammortizzatori sociali*, in *DLRI*, 2014, p. 715 ss.

⁹ La l. 92/12, art. 2, commi 64-67, ha previsto una graduale eliminazione degli interventi in deroga, destinati a cessare nel 2017. In realtà gli stessi sono stati rifinanziati nelle leggi di bilancio, di anno in anno, fino al 2020: la legge di bilancio 27 dicembre 2019 n. 160, ha consentito l'impiego delle risorse residue stanziare per gli anni dal 2016 al 2019, incrementate di ulteriori 45 milioni di euro, per la concessione di interventi di Cigs (e mobilità) in deroga nelle aree di crisi industriale complessa.

¹⁰ Art. 70, co. 2, l. 92/12.

¹¹ Art. 21, co. 1, lett. c), d. lgs. 148/15.

¹² Sulla riforma attuata tramite il d.lgs. 148/15: BALLETTI, *Gli ammortizzatori sociali nel Jobs Act del Governo Renzi*, in CARINCI (a cura di), *La politica del lavoro del Governo Renzi, Atti del X seminario di Bertinoro-Bologna del 23-24 ottobre 2014, Adapt Labour Studies*, e-Book series n. 40, 2015, p. 277 ss.; BALLETTI, GAROFALO (a cura di), *La riforma della cassa integrazione guadagni nel Jobs Act 2*, Cacucci, 2016; GAROFALO, *La nuova disciplina della cassa integrazione guadagni (d.lgs. 14 settembre 2015, n. 148)*, in SANTONI, RICCI, SANTUCCI (a cura di), *Il diritto del lavoro all'epoca del jobs act*, ESI, 2016, p. 233 ss.; MISCIONE, *La Cassa integrazione dopo il Jobs Act*, in *DPL*, 2016, n. 15, p. 921 ss.; OCCHINO, *Il sostegno al reddito dei lavoratori in costanza di rapporto tra interesse pubblico e bilateralità*, in questa rivista, 2016, p. 499 ss.

aggiornato. Il testo unico del 2015 è stato, infatti, presto integrato con articoli nuovi a partire già dal 2015/2016 e allo stesso sono succeduti decreti legge e complessi normativi che hanno scompaginato nuovamente l'ordine apparentemente acquisito seguendo la logica emergenziale o settoriale tipica del recente passato.

Non potendosi, nè intendendosi, elencare tutti i recenti interventi normativi che hanno avuto a oggetto la Cigs per crisi, e tenendo sempre presente che locuzione “crisi d'impresa” è indicatore di plurimi e trasversali sintomi di malessere aziendale, ma anche economico e sociale, si cercherà di esaminare alcune soluzioni apprestate dal diritto del lavoro in particolari situazioni, cercando di evidenziare il livello di tensione che l'uso della cassa integrazione guadagni tollera in ciascuna, da un punto di vista pratico e giuridico-sistemico, e di comprendere le ragioni alla base della minore o maggiore flessibilità che il legislatore attribuisce, nei casi specifici, allo strumento.

3. *La Cigs concorsuale: il percorso fino al Codice della crisi e dell'insolvenza*

Molte delle fattispecie accomunabili sotto la generica locuzione “crisi di impresa” assumono rilievo tanto per il diritto del lavoro quanto per il diritto delle procedure concorsuali, potendo essere accompagnate dall'insolvenza dell'impresa e quindi incidere contemporaneamente sull'interesse soddisfacente dei creditori e su quello dei lavoratori alla conservazione dell'occupazione, interessi non sempre coincidenti, e la cui conciliabilità dipende dalle scelte del legislatore.

A tal riguardo è stato ben evidenziato come la disciplina normativa dello “stato d'insolvenza” si sia, nel corso delle varie modifiche legislative, progressivamente accostata a quella lavoristica della crisi aziendale – che non presuppone necessariamente una procedura concorsuale – e ne abbia acquisito la finalità conservativa dei fattori produttivi e occupazionali, sebbene nella misura in cui ciò “non arrechi pregiudizio... all'esito naturale della procedura rivolto al massimo soddisfacimento dei creditori”¹³. L'obiettivo

¹³ TULLINI, *Tutela del lavoro nelle crisi d'impresa e assetto delle procedure concorsuali: prove di dialogo*, in *RIDL*, 2014, I, p. 200. Sulla progressiva acquisizione, da parte del diritto dell'insolvenza, di finalità di continuità aziendale in sintonia anche con la salvaguardia dell'occupazione: MAGNANI, *Crisi d'impresa, cit.*, la quale evidenzia la rispondenza di tale percorso alle sollecitazioni dell'UE, in particolare la raccomandazione n. 2014/135/UE e il reg. UE n. 15414/15. Tra gli

del contemperamento dei due blocchi di interessi si è realizzato con il d.lgs. del 12 gennaio 2019 n. 14, (c.d. Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza) in vigore dal 1° settembre 2021¹⁴, all'interno del quale viene riservato un ampio spazio a regole destinate a disciplinare le conseguenze sui rapporti di lavoro delle procedure concorsuali ma, soprattutto, si predispongono meccanismi finalizzati a consentire un tempestivo risanamento delle imprese alle prime avvisaglie della crisi e/o a permettere la continuità aziendale e la conservazione, almeno parziale dell'occupazione, attraverso la cessione della struttura produttiva a un soggetto diverso dall'imprenditore insolvente¹⁵.

Non si darà in conto, in questa sede, dei profili appena citati e oggetto degli interventi di modifica della originaria l. fallimentare (r.d. 19 marzo 1942, n. 267), sfociati nell'emanazione del d.lgs. 14/19. L'oggetto del presente lavoro, infatti, si propone il più limitato scopo di evidenziare, cercando di darne una interpretazione, il diverso dosaggio nell'uso degli ammortizzatori sociali in costanza di rapporto di lavoro, rinvenibile in recenti provvedimenti del nostro legislatore per far fronte alle crisi aziendali e preservare continuità dell'impresa e occupazione. Pertanto ci si soffermerà, *in primis*, sulla peculiare evoluzione della Cigs concorsuale, per giungere ad alcune considerazioni in ordine all'attuale assetto che prevede un evidente vuoto di tutela nella fase immediatamente successiva all'apertura della procedura.

La Cigs era esplicitamente destinata, dal nostro ordinamento, anche alle

altri contributi sul tema, antecedenti alla riforma del 2019: GAROFALO D., MARAZZA, *Insolvenza del datore di lavoro e tutela del lavoratore*, Giappichelli, 2015; VALLAURI, *Il lavoro nella crisi dell'impresa*, FrancoAngeli, 2013; PESSI, *Profili giuslavoristici nelle procedure concorsuali*, in *LP*, 2010, p. 335 ss.

¹⁴ Il d.l. 8 aprile 2020 n. 23 (c.d. decreto liquidità) ha prorogato al 1° settembre 2021 la data di entrata in vigore del d.lgs. 14/19, originariamente fissata al 15 agosto 2020, per la parte non ancora vigente.

¹⁵ Sui risvolti lavoristici della riforma delle procedure concorsuali attuata con il d.lgs. 12 gennaio 2019 n. 14, si vedano: ALVINO, *Continuità aziendale, trasferimento d'azienda e tutela dell'occupazione nel nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *RIDL*, 2019, I, p. 432 ss.; IMBERTI, *Liquidazione giudiziale e rapporti di lavoro subordinato nel codice della crisi d'impresa: una disciplina (molto) speciale per sospensione, subentro del curatore, recesso, risoluzione di diritto*, *ibidem*, p. 458 ss.; ALBI, *Il diritto del lavoro e il codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *DML*, 2019, I, p. 75 ss.; SIMEON, *Il codice della crisi e dell'insolvenza: un nuovo dialogo fra diritto fallimentare e diritto del lavoro*, *ibidem*, p. 401 ss.; PROIA, *La disciplina degli effetti della liquidazione giudiziale sui rapporti di lavoro*, in *MGL*, 2019, p. 897 ss.; NUZZO, *La disciplina dei contratti pendenti di lavoro nella liquidazione giudiziale*, in *NLCC*, 2019, 6, p. 1455 ss.; PRETEROTI, *Degli effetti del fallimento e della nuova liquidazione giudiziale sui rapporti di lavoro*, in *RCD*, 2019, 1, p. 65 ss. Sulla tutela previdenziale e gli ammortizzatori sociali nel codice CCI: LUDOVICO, *Il credito contributivo e la tutela previdenziale del lavoratore nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *RIDL*, 2019, I, p. 481 ss.

imprese in stato di insolvenza, e operava come un automatismo qualora la continuazione dell'attività non fosse stata disposta o fosse cessata¹⁶. L'intervento, nelle procedure concorsuali, era stato poi precluso dall'abrogazione, a partire dal 1° gennaio 2016, dell'art. 3 della l. 223/91.

Se, infatti, l'uso dello strumento della cassa integrazione guadagni concorsuale – nelle ipotesi in cui la continuazione dell'attività non fosse stata disposta o fosse cessata – ha rappresentato una soluzione temporanea atta a consentire l'utilizzo del tempo necessario alla ricerca di sbocchi alle crisi dell'impresa, e nel contempo a garantire un sostegno al reddito dei lavoratori, è pur vero che l'opzione scontava il consueto *deficit* di adeguamento alla *ratio* dell'istituto, nel momento in cui supportava situazioni aziendali anche proiettate alla definitiva cessazione dell'attività, laddove, invece, l'integrazione salariale presuppone una temporanea difficoltà e prospettive di ripresa. Per questa ragione di fondo sia la l. 92/12, sia, successivamente, e in relazione alle crisi d'impresa, il d.lgs. 148/15, hanno provveduto nel senso di eliminare l'ipotesi “cessazione dell'attività” dallo spettro di intervento dell'integrazione salariale: la prima abrogando la cigs concorsuale a partire dal 1° gennaio 2016, ma nel frattempo consentendone il ricorso soltanto in caso di “prospettive di continuazione o di ripresa dell'attività”¹⁷, il secondo escludendo, sempre a partire dal 1° gennaio 2016, l'accesso all'ammortizzatore sociale in caso di crisi con “cessazione dell'attività produttiva dell'azienda o di un ramo di essa”¹⁸.

La *deminutio* di tutela per i lavoratori dipendenti da imprese destinate alla cessazione di attività, cui è stato sottratto il sostegno dell'ammortizzatore sociale, ha trovato subito compensazione temporanea in una normativa di tipo derogatorio contenuta nell'art. 21, co. 4, del d.lgs. 148/15, che ha consentito la proroga, per il triennio 2016/2018, della cigs per crisi aziendale

¹⁶ In base all'art. 3, l. 223/91, versione originaria.

¹⁷ L'art. 3, co. 1, della l. 223/91 è stato modificato in tal senso, e fino all'abrogazione, dall'art. 46-bis, co. 1, lett. h), d.l. 22 giugno 2012 n. 83, convertito in l. 7 agosto 2012 n. 134. Sull'evoluzione della disciplina della cigs concorsuale: TULLINI, *op. cit.*, p. 205 ss.; CORRADO A., CORRADO D., *Crisi d'impresa e rapporti di lavoro*, Giuffrè, 2016, p. 248 ss.; PANDOLFO, *La cassa integrazione guadagni straordinaria per crisi aziendale*, in PESSI, SIGILLO', MASSARA (a cura di), *Ammortizzatori sociali e politiche attive per il lavoro. D. lgs. n. 22 del 4 marzo 2015 e nn. 148 e 150 del 14 settembre 2015*, Giappichelli, 2017, p. 49 ss.; LUDOVICO, *op. cit.*, p. 403 ss.

¹⁸ D.lgs. 148/15, art. 21, lett. b). La cessazione dell'attività dell'azienda o di un ramo della stessa, come sub-causale della crisi aziendale, era disciplinata dall'art. 1 del d.l. 5 ottobre 2004 n. 249 convertito in l. 3 dicembre 2004 n. 291.

nelle ipotesi in cui, all'esito del programma di crisi, nonostante la mancata ripresa dell'attività vi fossero "concrete prospettive di rapida cessione dell'azienda", con un'estensione, a partire dal 31 dicembre 2015, di tale trattamento anche alle imprese sottoposte a procedura concorsuale, purché accompagnate dalla continuazione dell'esercizio d'impresa¹⁹. Successivamente, e prima della scadenza del 2018, l'art. 44 del d.l. 28 settembre 2018 n. 109, convertito in l. 16 novembre 2018 n. 130 (c.d. decreto Genova), ha introdotto una nuova ipotesi di Cigs per cessazione di attività, in favore anche delle imprese in procedura concorsuale, e a valere nel biennio 2019/2020, per i casi in cui sussistano concrete possibilità di cessione dell'attività con riassorbimento occupazionale o prospettive di reindustrializzazione del sito produttivo o percorsi di politica attiva posti in essere dalla Regione²⁰. Si tratta di una misura di segno diverso rispetto alla precedente: infatti mentre l'art. 21, co. 4 d. lgs. 148/15 presuppone un intervento di cigs in corso – già concesso in base ai normali criteri della causale crisi – che si consente di prorogare, in deroga ai limiti di durata, in vista di una impossibile ripresa ma di "concrete prospettive di rapida cessione dell'azienda" – quest'ultimo provvedimento ha come presupposto la cessazione dell'attività o l'apertura di una procedura di licenziamento collettivo²¹.

Con la suddetta ultima previsione normativa, (sulla quale si ritornerà *sub* 5), da un lato, si sconfessa l'affermata, e legalizzata, incompatibilità della Cig con l'attuata o prevista chiusura dell'azienda, dall'altro, si suggella un percorso legislativo, sia pur costituito da norme derogatorie, temporanee ed emergenziali, che ha riaffiancato, dopo la cesura determinata dall'abrogazione della Cigs concorsuale, imprese in crisi e imprese in liquidazione giudiziale

¹⁹ V. Circolari Min. Lav. 5 ottobre 2015 n. 24 e 22 gennaio 2016 n. 1, le quali chiariscono che: a) successivamente al 31.12.2015, nel caso in cui l'impresa sia sottoposta a procedura concorsuale con continuazione dell'esercizio d'impresa, ove sussistano i presupposti, la fattispecie potrà rientrare nell'ambito delle altre causali previste dal d. lgs. 148/2015; b) qualora in costanza di trattamento già richiesto intervenga la sottoposizione a procedura concorsuale il trattamento potrà essere autorizzato, limitatamente al periodo già richiesto, a condizione che gli organi della procedura si impegnino a proseguire e concludere il programma inizialmente presentato. Sul punto: MAGNANI, *Crisi d'impresa*, cit., p. 1366; LUDOVICO, *op. cit.*, p. 495.

²⁰ V. Circolare Min. lav. 4 ottobre 2018 n. 15. Sul punto: LUDOVICO, *op. cit.*, p. 495.

²¹ La Circolare Min. lav. 4 ottobre 2018 n. 15 precisa, al punto 2), che il trattamento può essere riconosciuto "... in favore di quelle imprese, anche in procedura concorsuale, che abbiano cessato la propria attività produttiva e non si siano ancora concluse le procedure per il licenziamento di tutti i lavoratori, o la stiano cessando".

sul versante della tutela del reddito dei lavoratori “sospesi”, purchè vi siano delle prospettive di ripresa, e anche in presenza di dichiarata cessazione.

4. *L'assenza di misure di sostegno al reddito nella fase di sospensione dei rapporti di lavoro prima del subentro o del recesso del curatore: l'interesse a una rapida liquidazione?*

L'attuale disciplina delle procedure concorsuali, pur avendo tra i suoi obiettivi la tutela dell'occupazione e l'integrazione con la disciplina lavoristica²², ha privilegiato fortemente le esigenze della procedura liquidatoria e gli interessi dei creditori rispetto a quelli dei lavoratori, tra i quali, sicuramente, quello a una tutela reddituale nella fase di sospensione dei rapporti di lavoro che opera automaticamente al momento dell'apertura della liquidazione giudiziale²³.

Da un punto di vista generale, la stesura dell'art. 189 del d. lgs. 14/19 ha lasciato gli interpreti fortemente perplessi per la scarsa coerenza di alcune soluzioni rispetto al preannunciato coordinamento con il diritto del lavoro, in particolare in tema di licenziamento individuale e collettivo. Riguardo al primo, la disciplina subisce una anomala deviazione rispetto a quella lavoristica sia allorchè prevede il recesso dal rapporto per inerzia del curatore, che non subentra nel contratto dopo l'apertura della liquidazione giudiziale, sia quando consente al curatore medesimo, non subentrato, di risolvere senza indugio i rapporti di lavoro per impossibilità di continuare o trasferire l'azienda, o per ragioni organizzative, senza gli obblighi previsti dagli artt. 3 e 7 della l. 604/1966²⁴. Parimenti, rispetto al licenziamento collettivo, si pre-

²² La l.d. 19 ottobre 2017 n. 155, all'art. 2, enuncia, tra i principi cui dovrà ispirarsi l'emando decreto legislativo, l'armonizzazione delle procedure di gestione della crisi e dell'insolvenza del datore di lavoro con le forme di tutela, non solo dell'occupazione, ma anche del reddito dei lavoratori, e richiama le direttive 2008/94/CE del 22 ottobre 2008 e 2001/23/CE del 12 marzo 2001; all'art. 7 specifica inoltre che: “la disciplina degli effetti della procedura sui rapporti di lavoro subordinato è coordinata con la legislazione vigente in materia di diritto del lavoro, per quanto concerne il licenziamento, le forme assicurative e di integrazione salariale, il trattamento di fine rapporto e le modalità di insinuazione nel passivo”. Il coordinamento suddetto è stato attuato nell'art. 189 del d.lgs. 14/19.

²³ In questo senso: IMBERTI, *op. cit.*, p. 477 ss.; NUZZO, *op. cit.*, p. 1457 ss.

²⁴ V. art. 189, co. 3, d.lgs. 14/19 che disciplina le ipotesi di recesso qualora non vi sia esercizio d'impresa. Sull'anomalia, rispetto alla disciplina in materia di licenziamento individuale, del recesso ex art. 189, co. 3 d.lgs. 14/2019, si vedano le puntuali osservazioni di: NUZZO, *op. cit.*,

vede una semplificazione estrema della procedura, che potrebbe, addirittura, essere facoltativa²⁵.

Nell'evidenziato solco di un pesante scostamento rispetto alle tutele poste a favore dei lavoratori dipendenti dalle imprese in crisi, si inserisce la mancata conferma, in sede di approvazione definitiva del d.lgs. 14/19, dello strumento di sostegno al reddito denominato NASpILG (Nuova prestazione di Assicurazione sociale per l'impiego nella liquidazione giudiziale) previsto nell'originario schema di decreto²⁶. Si trattava di una erogazione anticipata della Naspi, spettante ai lavoratori rientranti nell'ambito di applicazione dell'art. 3, co. 1, lett. b) e c) del d.lgs. 4 marzo 2015 n. 22, da effettuarsi a partire dalla data di apertura della liquidazione giudiziale, e in ogni caso da cumulare con il successivo trattamento di Naspi dovuto, nell'eventualità della cessazione del rapporto, nei limiti dell'ammontare complessivo di quest'ultimo. L'anticipo del trattamento di disoccupazione involontaria, sostitutivo della Cigs concorsuale automatica abrogata dalla l. 92/12, e operativo dal momento di apertura della procedura, poteva ritenersi un valido strumento di bilanciamento tra interesse dei creditori a non veder appesantita la massa fallimentare dall'ammontare delle retribuzioni spettanti ai lavoratori (non licenziabili ai sensi dell'art. 2119 cod.civ.), ed esigenza di sostegno economico dei lavoratori stessi, privati sia della retribuzione sia della Cigs²⁷.

La mancata approvazione della proposta di reintrodurre una forma di assicurazione sociale per i lavoratori sospesi all'apertura della procedura concorsuale, ha risposto, innanzitutto, a due esigenze pratiche. La prima è stata

p. 1469 ss.; IMBERTI, *op. cit.*, p. 467 ss.; COSATTINI, *Codice della crisi e dell'insolvenza: nuove forme di tutela del rapporto di lavoro*, in *LG*, 2019, p. 771; SIMEON, *op. cit.*, p. 408 ss.. Gli autori evidenziano la sostanziale sottrazione delle tutele per i lavoratori: in ordine alle motivazioni del recesso, alla titolarità del potere di licenziamento, che viene riconosciuto in capo a un soggetto terzo rispetto al rapporto di lavoro, e in relazione all'ipotesi di recesso automatico in caso di mancato subentro del curatore.

²⁵ V. art. 189, co. 6, d.lgs. 189/15. Sul punto: IMBERTI, *op. cit.*, p. 473 ss., il quale sembra propenso ad accogliere l'ipotesi della non obbligatorietà della procedura; di contrario avviso: NUZZO, *op. cit.*, p. 1476; PRETEROTI, *op. cit.*, p. 95.

²⁶ Lo strumento era previsto nell'art. 195 dell'originario schema di decreto elaborato dalla commissione ministeriale. Nel corso dei lavori parlamentari il testo della norma, rinumerata art. 190, ha assunto l'attuale formulazione in base alla quale la cessazione del rapporto ai sensi dell'art. 189 costituisce perdita involontaria della retribuzione e dà diritto al conseguimento della Naspi, ferma la sussistenza degli altri requisiti previsti dl d.lgs. 22/15.

²⁷ Sul punto v. LUDOVICO, *op. cit.*, p. 496 ss.; IMBERTI, *op. cit.*, p. 476 ss. Naturalmente l'intervento della Cigs può essere concesso in caso di esercizio provvisorio d'impresa.

quella di evitare i maggiori oneri che ne sarebbero derivati per il sistema previdenziale tenuto a pagare in automatico il trattamento di disoccupazione in ipotesi in precedenza escluse; la seconda, la possibilità di contare sullo strumento temporaneo introdotto, nel frattempo, dall'art. 44, d.l. 109/18, che prevede, fino al 2020, la Cigs per cessazione di attività in presenza di concrete prospettive di cessione della stessa, che comprende i lavoratori sospesi nelle procedure di insolvenza qualora sia prevista la cessazione dell'attività, anche nella fase iniziale, a opera del curatore.

Ma al di là delle ragioni di contenimento della spesa, che non costituiscono elemento di valutazione universalmente adottato in ipotesi analoghe – ma sulla preferenza accordata alle quali si può indagare per verificare ex post le sottostanti ragioni dell'opzione del legislatore – in realtà la mancata integrazione del reddito dei lavoratori sospesi all'apertura della procedura, sottintende l'intento di non agevolare la continuazione dell'attività. Il venir meno di ogni strumento di tutela dei lavoratori, infatti, pone il curatore in una situazione di minore serenità nell'affrontare la ricerca di soluzioni, inducendolo al contempo a perseguire la strada dei licenziamenti quando la possibilità di cessione dell'attività appaia da subito complessa e soprattutto bisognosa di tempi lunghi²⁸. D'altro canto la liquidazione dei beni e la conseguente risoluzione dei rapporti con possibilità di accedere alla Naspi, può essere addirittura valutata positivamente dai lavoratori al confronto della totale mancanza di reddito per un lasso temporale indefinito che può estendersi fino a quattro mesi, se non oltre, in caso di richiesta di proroga²⁹.

Appare quanto mai plausibile, quindi, che, nel regolamento delle procedure concorsuali, la mancata approvazione di una misura conservativa e assistenziale, analoga alla Cigs prevista nell'abrogato art. 3 l. 223/91, sia il frutto di un preciso bilanciamento di interessi che mira a salvaguardare gli investimenti effettuati dall'impresa *in bonis* a discapito, non solo e non tanto di un temporaneo sostegno al reddito dei lavoratori sospesi, quanto della continuità dell'occupazione, o, quanto meno, di un giudizio di pari meritevolezza di tutela attribuita alla conservazione dell'attività, e del lavoro, e alla

²⁸ Critici nei confronti della mancata introduzione di un sostegno al reddito in favore dei lavoratori sospesi all'apertura della procedura concorsuale: ALBI, *op. cit.*, p. 92 ss.; PRETEROTI, *op. cit.*, p. 61 ss.; COSATTINI, *op. cit.*, p. 771 ss.; ZAMBELLI, *Tutele dei lavoratori, dal nuovo regime dei licenziamenti al codice della crisi d'impresa*, in *GL*, 2019, n. 29, p. 47 ss.; LUDOVICO, *op. cit.*, p. 499 ss.; ALVINO, *op. cit.*, p. 449.

²⁹ In questo senso v. ALVINO, *op. cit.*, p. 444.

liquidazione dei beni dell'impresa insolvente, con conseguente *devolutio* al curatore delle valutazioni del caso. Preservare la liquidità, agevolando al contempo l'uscita dei lavoratori in forza, favorisce la libera circolazione dei capitali che possono essere destinati, una volta recuperati senza aggravii, ad altri scopi e destinazioni, e inoltre, come è stato efficacemente evidenziato, la protezione dei creditori è volta a "tranquillizzare gli investitori dando certezza dei diritti di proprietà"³⁰.

La prevalenza di un interesse diverso e opposto al mantenimento in vita dei rapporti di lavoro determina l'arretramento dell'ammortizzatore sociale: la flessibilità dello strumento di tutela del reddito, nell'ipotesi di sospensione dei rapporti di lavoro ante cessazione o prosecuzione dell'attività dell'impresa insolvente, è la dimostrazione della cedevolezza della normativa sulla Cigs alle esigenze di volta in volta ritenute prevalenti dall'ordinamento.

Il rapido confronto con la disciplina dell'insolvenza e la sottolineatura di una recente divaricazione sul fronte delle tutele del reddito dei dipendenti, induce a una prima considerazione: il *favor* accordato alla rapida chiusura delle procedure concorsuali con liquidazione e soddisfazione dei creditori, e contestuale esclusione dei lavoratori da ogni garanzia di reddito, segna un confine oltre il quale la funzione assistenziale degli ammortizzatori in costanza di rapporto non è considerata accettabile dal nostro ordinamento: nel momento in cui il capitale è esposto e diventa più che mai fragile e fuggitivo, come nel caso dell'esposizione debitoria, il legislatore accetta di sacrificare una determinata impresa e i lavoratori dipendenti, sia pure in una fase iniziale. Gli investitori soggiacciono, infatti, alle leggi nazionali o sovranazionali, ma il capitale circola liberamente oltre i confini degli Stati, secondo le nuove regole della finanza globalizzata, e sceglie dove insediarsi. Da ciò deriva che gli Stati sono stretti in una morsa in quanto, da un lato, sono in competizione regolativa con i diversi sistemi-paese al fine di attrarre al loro interno i capitali necessari allo sviluppo economico, dall'altro, devono far fronte, sul piano interno, a richieste sempre più pressanti di protezione sociale, accresciute dalle

³⁰ NUZZO, *op. cit.*, p. 1458. Secondo l'Autrice la protezione dei creditori è vista "nella sua attitudine ad orientare i capitali verso quelle imprese tutelate da legislazioni nazionali idonee a incidere sul rischio d'impresa, garantendo gli investitori dall'eventualità di un'insolvenza". Ciò è in sintonia con quanto osservato da: TEBANO, *Delocalizzazioni, occupazione e aiuti di stato*, in questa rivista, 2019, p. 65, la quale parla di "...logica del calcolo per vetrificare in quale misura la normativa nazionale risulti sintonica con i desiderata delle imprese e ne favorisca l'insediamento".

crisi d'impresa anch'esse effetto della globalizzazione/competizione economica³¹. Le contraddizioni tra discipline normative non sono rare, nella logica appena accennata, e proprio la diversa gestione degli ammortizzatori sociali può esserne un esempio, ove si consideri che, in concomitanza con una regressione di tutela in costanza di rapporto di lavoro come quella presente nella regolamentazione della procedura concorsuale, all'inverso si dilata l'uso della Cigs in situazioni in cui il mantenimento dei livelli occupazionali è, in prospettiva, pressochè impossibile.

5. *La Cigs in proroga e per cessazione di attività: la forzata continuità aziendale nelle crisi a forte impatto sociale*

Seguendo l'impostazione data, volta a confrontare il diverso livello di protezione sociale accordato ai lavoratori dipendenti da aziende in crisi, e il corrispondente sostegno alla continuità aziendale, si rileva come, contrariamente a quanto si è verificato in relazione alla sospensione iniziale dei rapporti nelle procedure concorsuali, l'uso della Cigs, sia stato dilatato oltre misura in alcuni provvedimenti legislativi il cui obiettivo è stato quello di evitare a tutti i costi chiusure di imprese e riduzioni parziali o totali di personale. Contenute in testi legislativi dedicati a ben altro, dalla materia fiscale e finanziaria, alla ricostruzione di aree disastrose, fino al reddito di cittadinanza, queste norme infiltrano nella disciplina ordinaria della Cigs una massiccia dose di flessibilità e derogabilità, che, con grande difficoltà, riesce a conciliarsi con l'impostazione della riforma del 2015.

Molte delle soluzioni legislative, alcune delle quali confluite all'interno

³¹ Cfr. GIUBBONI, *Il diritto del lavoro oltre lo Stato: tracce per una discussione*, in questa rivista, 2019, p. 40 ss. In particolare l'Autore sottolinea l'inusitata pressione dell'Unione e delle sue regole economiche sui sistemi di welfare e di diritto del lavoro degli Stati membri. Sulle tensioni e contraddizioni nel diritto interno generate dall'appartenenza all'Unione europea: cfr. ZOPPOLI L., *Solidarietà e diritto del lavoro: dissolvenza o polimorfismo?*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, n. 356/2018, p. 13. L'Autore richiama la problematica degli aiuti di Stato, che rappresenta, emblematicamente, la possibile utilizzazione in chiave solidaristica e, all'opposto utilitaristica, di una normativa volta a "sostenere l'occupazione per i soggetti e i territori dell'Unione svantaggiati sul piano socio-economico, ma utilizzabili anche dalle imprese per delocalizzare attività in piena salute lucrando su incentivi percepibili in Stati diversi da quelli in cui si è impiantata l'impresa". La considerazione ben si inserisce nel contesto delle argomentazioni esposte, volte a rappresentare le ragioni alla base di atteggiamenti del legislatore interno nei confronti di istituti che possono incidere sulla attrattività e permanenza, nel Paese, di investimenti stranieri o nazionali.

del d.lgs. 148/15, sono figlie di crisi di grandi aziende o settori destinati alla chiusura o al trasferimento all'estero, il cui impatto sociale e mediatico è stato rilevantissimo. Si tratta, in alcuni casi, di interi settori da riconvertire, perché obsoleti o perché non più ambientalmente compatibili (v. il caso ILVA); in altri, di aziende in crisi per l'andamento negativo del mercato di settore ricadente in area di crisi complessa, (v. ex Alcoa, ex Lucchini, ex Fiat Termini Imerese), o di crisi dovute a cattiva gestione seguita da problematiche di natura finanziaria o patrimoniale (emblematico il caso Alitalia); in altri, ancora, di procedure di licenziamento collettivo per chiusura o riduzione di attività cui si accompagna spesso un sottaciuto, o dichiarato, intento di delocalizzazione produttiva in (v. i casi Embraco e Whirlpool).

È noto che attualmente, in Italia, le crisi aperte in sede ministeriale sono oltre 150³² e a esse è stata riservata una attenzione troppo spesso ancillare alla visibilità politica dei governanti di turno e una risposta di tipo prevalentemente emergenziale/assistenziale se non, addirittura, nessuna risposta.

Nella maggior parte dei casi, il sostegno alle grandi imprese in crisi, e ai lavoratori dipendenti, viene erogato per il tramite delle procedure a ciò deputate che si svolgono in sede ministeriale³³, e il cui obiettivo viene perseguito con strumenti diversificati in funzione della natura dell'azienda in crisi e del tipo di difficoltà in cui la stessa versa.

Le iniziative, di competenza del Mise, di concerto con il Ministero del lavoro e delle politiche sociali, sono volte a: supportare processi di riorganizzazione e ristrutturazione, anche in aree di crisi complessa³⁴, proporre solu-

³² *Crisi aziendali, ecco le imprese che il Conte bis dovrà salvare*, in *Il Sole 24 Ore*, 30 agosto 2019. V. PATUANELLI, *Informativa sulle crisi aziendali* del Ministro dello sviluppo economico del 20 novembre 2019, in www.mise.gov.it.

³³ Il Ministero dello sviluppo economico gestisce le crisi aziendali mediante un'apposita struttura presso la Direzione generale per la politica industriale, che è stata di recente potenziata dal d.P.C.M. del 19 giugno 2019.

³⁴ Con l'espressione "area di crisi industriale complessa", risalente alla l. 15 maggio 1989 n. 181, si identificano territori caratterizzati da recessione economica e alti tassi di disoccupazione e in cui si verificano crisi riguardanti una o più imprese di medio-grande dimensione appartenenti a uno specifico settore industriale a elevata specializzazione sul territorio, cui vengono destinati interventi di sostegno: v. d.m. 31 gennaio 2013 di attuazione del d.l. 22 giugno 2012 n. 83. Il riconoscimento avviene a seguito di richiesta, da parte delle Regioni interessate, al Mise, e può dar luogo a: riqualificazione delle aree interessate, riconversione di aree industriali dismesse, recupero ambientale e efficientamento energetico dei siti, realizzazione di infrastrutture, formazione del capitale umano.

L'art. 27 del d.l. 83/12, ha previsto l'applicazione del regime di aiuto di cui alla l. 181/89,

zioni per il superamento delle criticità economiche, finanziarie, organizzative e occupazionali e, anche, attenuare le conseguenze della crisi per i lavoratori attraverso l'utilizzo degli ammortizzatori sociali.

L'approccio alle numerose vertenze giacenti, e in attesa di soluzione, è stato, finora, il medesimo, da parte, sia del penultimo sia dell'ultimo Governo, e ha seguito il comune *fil rouge* del sostegno indefinito e "illimitato" ai rapporti di lavoro, attraverso soluzioni orientate alla conservazione dell'occupazione in attesa di progetti a venire, piuttosto che alla risoluzione delle crisi da un punto di vista della ripresa o cessione dell'attività³⁵. In questo solco, spiccano i provvedimenti volti ad allontanare o sospendere i licenziamenti collettivi attraverso l'uso della Cigs che riscopre, negli anni 2018/2019, la sua vocazione puramente assistenziale in presenza di situazioni di esubero strutturale di personale.

Si tratta di una sequenza di interventi *ad hoc*, mirati a disinnescare, sebbene temporaneamente, le potenzialità socialmente, e politicamente, rischiose di un sistema normativo che consegna all'imprenditore strumenti rapidi per chiudere l'attività e licenziare i dipendenti senza dovere, nè potere, contare su interventi di temporanea, e assistita, conservazione dei posti di lavoro. Il combinato disposto della l. 223/91, artt. 4, 5 e 2, e del d.lgs. 148/15, nella sua originaria formulazione ispirata alla l. d. 10 dicembre 2014 n. 183, preclude, infatti, l'uso della Cigs nelle ipotesi di cessazione dell'attività e consente, se non impone, al datore di lavoro, nel caso in cui intenda chiudere l'impresa, di procedere ai licenziamenti collettivi.

sia nelle aree di crisi complessa, sia nelle situazioni di crisi industriali diverse da quelle complesse, che presentano, comunque, impatto significativo sullo sviluppo dei territori interessati e sull'occupazione: in questo secondo caso si parla di aree di crisi non complessa. Il d.m. 30 agosto 2019 ha stabilito termini, modalità e procedure per la presentazione delle domande di accesso alle agevolazioni, nonché i criteri per la concessione dei benefici, ai sensi dell'art. 29, commi 3 e 4, d.l. 30 aprile 2019 n. 34, (c.d.d.l. Crescita). I Progetti di riconversione e riqualificazione industriale (PRRI) rientrano tra gli strumenti a disposizione del Mise allorchè la crisi abbia le caratteristiche di cui al citato art. 27 del d.l. 83/12.

³⁵ Emblematiche le vicende Embraco/Whirlpool, la cui comune proprietà è intenzionata a lasciare il territorio italiano per trasferire la produzione all'estero. Nell'impossibilità di impedire la delocalizzazione produttiva del Gruppo si persegue la ricerca di investitori disposti a rilanciare le attività utilizzando i siti dismessi. Il percorso di reindustrializzazione è seguito dal MISE, supportato da Invitalia, il cui ruolo è quello di favorire la cessione dell'attività nell'ambito di un percorso di politica attiva del lavoro che coniuga rilancio produttivo e salvaguardia dei posti di lavoro. Nel frattempo vengono prorogati gli interventi straordinari di Cigs, in attesa della chiusura o della reindustrializzazione.

Proprio per eludere il suddetto percorso obbligato, sono stati emanati provvedimenti temporanei anti crisi a seguito dei quali è stato possibile mantenere in vita imprese agonizzanti o trattenere imprese impazienti di chiudere per trasferirsi verso “lidi più sicuri”.

Il primo, in ordine di tempo, è la concessione, per gli anni 2019-2020, della Cigs per cessazione di attività, in deroga ai limiti causali e temporali di cui al d. lgs. 148/15, a opera del già citato art. 44 del d.l. 109/18, il quale sotto la spinta di diverse situazioni di crisi aziendale già aperte e portate all'attenzione del Mise³⁶, e all'interno di un articolato normativo recante disposizioni urgenti per la città di Genova, la sicurezza delle infrastrutture e altre emergenze, neutralizza i licenziamenti anche di imprese cessate o decise a chiudere, purchè ricorra una delle tre ipotesi elencate nell'articolo e che, sostanzialmente, consistono in possibilità di cessione dell'attività, reindustrializzazione o percorsi di politica attiva del lavoro posti in essere dalla Regione interessata.

Sebbene la successiva circolare del Ministero del Lavoro n. 15 del 4 marzo 2018 abbia puntualizzato i tre presupposti, alternativi e necessari, per la concessione dell'ammortizzatore in questione, nella prassi ministeriale si tende a non applicare la norma rigidamente, adottandosi, all'inverso, un approccio pragmatico teso a verificare qualunque possibilità di recupero occupazionale, anche emergente solo in sede di trattativa per la stipulazione del richiesto accordo tra le parti sociali in sede governativa. Pertanto, pur in mancanza di una solida e concreta prospettiva di cessione, o di un convincente programma di reindustrializzazione presentato dall'azienda, i lavoratori non rischiano la perdita del posto di lavoro e l'emergenza occupazionale viene attutita dall'ammortizzatore sociale, nell'attesa di una soluzione praticabile.

In sequenza temporale, nell'ottobre 2018, è intervenuta la modifica dell'art. 22 *bis* del d.lgs. 148/15, già introdotto nel 2017³⁷. La versione originaria della norma, contenuta nel suddetto articolo, autorizzava, per il biennio 2018-2019, la proroga dell'intervento di Cigs già concesso, per ulteriori 12 mesi, oltre i 24 massimi consentiti dall'art. 22. co. 1, d.lgs. 148/15, a favore di imprese

³⁶ Principalmente, la preannunciata chiusura, con licenziamento dei 318 dipendenti, della Bekaert, con sede a Figline Valdarno (FI), in ragione della quale è stata prevista, in via di decretazione d'urgenza, la nuova ipotesi di Cigs per cessazione di attività di cui all'art. 44 del d.l. 109/18.

³⁷ A opera dell'art. 1, comma 133, l. 27 dicembre 2017 n. 205 (l. finanziaria 2018).

con un organico superiore a cento unità, di rilevanza economica strategica anche a livello regionale, e con esuberi significativi nel contesto territoriale, quando il programma di riorganizzazione sia caratterizzato da interventi complessi o presenti piani di recupero occupazionale e azioni di riqualificazione, entrambi non attuabili nei limiti temporali *ex art. 22*.

Le novità introdotte dal legislatore del 2018³⁸ al testo dell'art. 22 *bis* del d.lgs. 148/15 consistono nell'eliminazione del tetto minimo di cento dipendenti e, in più, nell'estensione della proroga anche alla causale contratto di solidarietà fino a quel momento esclusa. La proroga è stata successivamente estesa anche al 2020³⁹.

La modifica *in progress* dell'art. 22 *bis* del d.lgs. 148/15 dilata oltremodo l'uso della Cigs, inibendo sul nascere l'apertura di eventuali, e giustificabili, in base alla legislazione vigente, procedure di riduzione di personale. In tal senso depone, soprattutto, l'inclusione del contratto di solidarietà, il quale, a differenza delle altre due causali, sottende un già dichiarato esubero strutturale di personale⁴⁰ cui viene posto rimedio attraverso una riduzione generalizzata dell'orario di lavoro e che, per sua configurazione, comporta già un blocco dei licenziamenti che non è previsto, invece, per le causali crisi e riorganizzazione. La dilatazione temporale anche dei contratti di solidarietà altera la logica di fondo della causale, che è quella di concedere una possibilità di recupero della produttività attraverso una sospensione generalizzata dell'orario di lavoro ma con riserva di aprire la procedura di riduzione di personale all'esito del percorso, e, letta in combinato disposto con il citato art. 44 del d.l. 109/18, svuota di contenuto l'affermata, nell'art. 21, co. 1, lett. b) del d.lgs. 148/15, impraticabilità dell'integrazione salariale in caso di attività cessate.

Può ben dirsi che possibilità di proroga della Cigs, anche per contratto di solidarietà, e Cigs per cessazione di attività, spingono, oltre il limite della sua precipua finalità, l'uso dell'ammortizzatore sociale, all'opposto di quanto si è stato previsto nel Codice della crisi e dell'insolvenza del 2019. La diversa scelta del d.lgs. 14/19 è stata, infatti, quella di negare la fruizione dell'integrazione salariale in apertura di procedura concorsuale: momento delicato in cui il curatore, pur potendo fare la scelta di subentrare nell'esercizio per

³⁸ La modifica all'art. 22 *bis* del d.lgs. 148/15 è stata apportata dall'art. 25 del d.l. 23 ottobre 2018 n. 119, convertito in l. 17 dicembre 2018 n. 136, e, successivamente dall'art. 26-*bis*, co. 1, lett. a), del d.l. 28 gennaio 2019 n. 4, convertito in l. 28 marzo 2019 n. 26.

³⁹ Dall'art. 26-*bis*, co. 1, lett. a), del d.l. 4/19, convertito in l. 26/19.

⁴⁰ V. art. 21, co. 5., d.lgs. 148/15.

esplorare le possibilità di “salvataggio” dell’azienda, è indotto a chiudere rapidamente anche per l’assenza di qualsivoglia garanzia di reddito per i lavoratori ancora dipendenti.

Le due opzioni, diametralmente opposte, hanno l’effetto di favorire, nell’ipotesi di insolvenza con apertura di procedura giudiziale, la chiusura immediata dell’attività e la cessazione dei rapporti di lavoro, in quella delle crisi con forte impatto occupazionale e sociale, la forzosa e fittizia continuità di attività decotte o di aziende fermamente intenzionate a dismettere siti e lasciare il territorio italiano⁴¹.

6. Alcune considerazioni conclusive

La verità è che, sovrapponibili temporalmente – sebbene il d.lgs.14/19 fosse destinato ad entrare in vigore, per una buona parte delle sue disposizioni, il 15 agosto 2020, (data procrastinata al 1° settembre 2021 in considerazione dell’attuale emergenza) – i provvedimenti esaminati, sono frutto delle due coesistenti anime della classe politica che li ha generati. Da un lato, lo spirito neoliberalista e concorrenziale, fondato sul principio della libertà di circolazione dei capitali e sull’idea che il profitto delle imprese arricchisca tutti; dall’altro, la reazione agli effetti spiazzanti della globalizzazione, congiunta a una forte spinta anti-delocalizzazione⁴² in chiave di salvaguardia delle imprese nazionali e relativa occupazione.

In questo quadro generale, caratterizzato dalla divaricazione, e compresenza, delle concezioni politico-economiche *pro business* e *pro labour*, e dalla costante tensione demagogica e populistica, anche l’uso degli ammortizzatori sociali finisce per divenire la cartina di tornasole della impostazione di base della politica economica e del lavoro.

⁴¹ In linea con la politica di resistenza alla chiusura delle aziende e di continuità dell’occupazione, la disciplina anti-delocalizzazione contenuta negli artt.5 e 6 del d.l. 12 luglio 2018 n. 87, convertito in l. 9 agosto 2018 n. 96 (c.d. Decreto Dignità), i quali prevedono la sanzione della decadenza dall’aiuto economico erogato dallo Stato, e l’obbligo di restituzione dello stesso, a carico di imprese italiane ed estere che delocalizzino l’attività entro i 5 anni dalla conclusione dell’iniziativa agevolata, o riducano i livelli occupazionali in misura superiore al 50 %, nei 5 anni successivi al completamento dell’investimento.

⁴² Cfr. TEBANO, *op cit.*, p. 68 ss.; ZOPPOLI L., *Il diritto del lavoro gialloverde: tra demagogia, co-mesi e paralisi regressiva*, in *Dal contratto di Governo agli interventi legislativi*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”*, n. 377/2018, p.14.

Mentre, quindi, una restrizione nella concessione dello strumento denota una volontà di assicurare la libertà decisionale dell'impresa e la rapida liquidazione delle aziende la cui continuazione non è produttiva di profitto, palesando un *favor* spinto nei confronti del capitale, la dilatazione dell'intervento di sostegno al reddito è frutto della opposta logica antiliberale e protezionistica, incentrata sulla lotta alla povertà e alla concorrenza fondata sul *dumping sociale* causato dalle più vantaggiose offerte di lavoro in altri Paesi.

Non trascurabile, nella scelta dei provvedimenti descritti, la finalizzazione al consenso elettorale che porta a individuare soluzioni "facili", o a dare la sensazione di avere una risposta pronta a ogni emergenza, tipica di entrambe le componenti del precedente governo leghista/pentastellato.

Ma come è stato acutamente osservato, le risposte più "facili", e che inducono a pensare che nessuno sarà sacrificato all'altare della competitività economica, denotano un'incapacità di fondo di comprendere la complessità del reale e di individuare soluzioni appropriate⁴³.

⁴³ ZOPPOLI L., *Il diritto del lavoro*, cit., p. 12 ss.

Abstract

Il saggio si propone di mettere in evidenza come gli ammortizzatori sociali, nelle crisi d'azienda, siano diversamente utilizzati e dosati dal legislatore in alcuni recenti interventi normativi. Si tratta della disciplina della liquidazione giudiziale contenuta nel Codice della crisi e dell'insolvenza, e di un gruppo di provvedimenti in materia di Cigs per crisi, destinati ad imprese vicine alla chiusura, o che abbiano già cessato l'attività, ma per le quali si può intravedere una ripresa o la cessione dell'azienda. Nei citati interventi il legislatore adotta soluzioni opposte cui sono sottese precise scelte di politica del diritto le cui ragioni vengono esposte secondo l'opinione dell'autore.

The essay aims to highlight how social safety nets, in company crises, are used and dosed differently by the legislator in some recent regulatory interventions. This concerns the regulation of judicial liquidation contained in the Crisis and Insolvency Code, and a group of measures in the field of Cigs for crises, intended for companies close to closure, or which have already gone out of business, but for which a recovery or the sale of the company can be glimpsed. In the aforementioned interventions, the legislator adopts opposite solutions which underlie precise policy choices of law whose reasons are exposed in the opinion of the author.

Key words

Crisi d'azienda, Ammortizzatori sociali, Procedura concorsuale, Liquidazione, Cessazione di attività, Sospensione del rapporto di lavoro.

Company crisis, Social security, Insolvency proceedings, Liquidation, Company closure, Suspension of the employment contract.

Michele Faioli

Il potere del sindacato senza potere.

Terziario, contrattazione, rappresentatività

Sommario: **1.** Posizione del problema (concorrenza tra organizzazioni). **2.** Misurazione della rappresentatività per fini istituzionali vs misurazione della rappresentatività per fini contrattuali. Problemi recenti. **3.** Il dilemma del legislatore italiano. I disegni di legge del 2019 sul salario minimo e sulla rappresentatività. **4.** Perimetri contrattuali tra inquadramento previdenziale del datore di lavoro, art. 39 Cost. e principio di auto-determinazione della categoria. Il codice unico contrattuale INPS/CNEL. **5.** Rinvio della legge alla contrattazione collettiva sottoscritta dalle organizzazioni comparativamente più rappresentative. Il metodo della comparazione tra ccnl. **6.** Esposizione di alcuni punti critici rilevati dalla ricerca empirica (tipi contrattuali, orario, classificazione del personale, bilateralità, disarticolazione del coordinamento tra ccnl e contratto aziendale, agenti negoziali). Riduzione del costo del lavoro e accesso ai benefici economico-normativi. I problemi non risolti dall'ispettorato del lavoro e dalla giurisprudenza. **7.** Una specie di *ohne Tarifbindung Status* all'italiana (il lato negativo). Il caso del terziario/turismo tra dissociazioni datoriali strategiche e dissociazioni datoriali simulate. Proposta. Osservazioni conclusive.

1. *Posizione del problema (concorrenza tra organizzazioni)*

Il più significativo problema della dimensione contrattuale-collettiva delle relazioni di lavoro nel terziario e nel turismo muove dalla misurazione della rappresentatività delle organizzazioni, sindacali e datoriali, che stipulano i circa 231 ccnl¹. In questo saggio si svolge, secondo la metodologia che sarà spiegata di seguito, una comparazione tra la contrattazione collettiva riferibile al sistema CGIL, CISL, UIL - Confcommercio, Confesercenti, Confindustria, Confapi, Cooperazione e la contrattazione collettiva riferibile a orga-

¹ Tali ccnl sono archiviati presso il CNEL, in conformità all'art. 17, l. 30 dicembre 1986, n. 936, di cui 92 ccnl sono altresì depositati presso l'INPS, esclusivamente per i fini contributivi di cui all'art. 1, co. 1, del d.l. 9 ottobre 1989, n. 338, convertito, con modificazioni, dalla l. 7 dicembre 1989, n. 389. I dati qui riportati sono aggiornati al mese di marzo 2020.

nizzazioni minori, tra cui CONFISAL, CISAL, UGL, per parte sindacale, - Anpit, Cnai, Confimea, Confinnova, Conflavoro PMI, Federterziario, For.Italy, Unci, per parte datoriale. Emerge un'accentuata differenziazione tra tutele che derivano dalla contrattazione collettiva stipulata dalle organizzazioni più rappresentative e tutele che sono fissate dalla contrattazione collettiva stipulata da organizzazioni meno rappresentative. Differenziazione tra tutele contrattuali significa differenziazione del costo del lavoro. Le tutele contrattuali e il relativo costo del lavoro sono oggetto della negoziazione tra organizzazioni sindacali e datoriali: le organizzazioni più rappresentative negoziano contratti collettivi con tutele più elevate, a cui generalmente è connesso un costo del lavoro più elevato.

Il problema della differenziazione di tutele e dei costi deriva dal problema della concorrenza tra organizzazioni, maggiori *vs* minori, e, dunque, in definitiva, dal problema (non ancora risolto) della misurazione della rappresentatività delle organizzazioni che negoziano i ccnl. Proponiamo la domanda di base del presente saggio: perché e come si accentua la differenziazione tra tutele connesse a contratti collettivi del terziario, sottoscritti, da una parte, da organizzazioni più rappresentative e, dall'altra, da organizzazioni meno rappresentative?

Il presente studio, a tal fine, è composto da sette paragrafi. Il primo, il secondo e il terzo paragrafo attengono alla definizione del problema (relazione tra contrattazione collettiva e concorrenza tra organizzazioni) e alla differenza tra misurazione della rappresentatività per fini istituzionali dalla misurazione della rappresentatività per fini contrattuali, con un'analisi di tale questione collegata prevalentemente all'ambito dei recenti disegni di legge sul salario minimo e sulla rappresentatività (luglio 2020). Il quarto paragrafo attiene al tema di perimetri contrattuali, con evidenziazione della differenza tra la funzione di tale nozione e quella che svolge l'INPS nell'ambito dell'inquadramento previdenziale del datore di lavoro. Il quinto e il sesto paragrafo, anche alla luce delle osservazioni di cui al primo e al secondo paragrafo, sono finalizzati all'esposizione di alcuni punti critici rilevati dalla ricerca empirica, tra cui flessibilità relative ai tipi contrattuali, orario di lavoro, classificazione del personale, bilateralità e disarticolazione tra livelli contrattuali, nazionale e aziendale/territoriale. Sono affrontati i temi del costo del lavoro e dell'accesso ai benefici economico-normativi nell'ambito delle attività dell'ispettorato del lavoro e della giurisprudenza. Nel settimo paragrafo si sollecita una riflessione su una soluzione pragmatica (qui definita, *Ohne Tarifbindung Status* all'italiana), muovendo proprio dal caso del terziario/tu-

rismo e delle dissociazioni datoriali strategiche/simulate. Si presentano altresì alcune osservazioni conclusive.

Il titolo del saggio evoca le parole di V. Havel² e la relativa idea sulla politica che è, per molti versi, applicabile anche all'azione delle parti sociali in Italia e in Europa (“la politica non può essere solo l'arte del possibile ma deve essere l'arte dell'impossibile, cioè l'arte di rendere migliori se stessi e il mondo”).

La metodologia è stata impostata alla luce di alcune recenti circolari INL, alla cui modalità di verifica anche la giurisprudenza potrebbe aderire (si v. il recente caso trattato dal Trib. Trani 18 novembre 2019, n. 2195 - inedita)³. In particolare, facendo riferimento alla circolare INL 6 maggio 2019 n. 7, la quale chiarisce che, ai fini all'art. 1, co. 1175, della l. 27 dicembre 2006, n. 296 (disciplina sull'accesso ai benefici economici e normativi in ragione dell'applicazione del contratto collettivo), gli ispettori del lavoro sono tenuti a una certa metodologia comparativa tra ccnl. Essi, infatti, debbono valutare e verificare la cd. equivalenza tra trattamenti garantiti ai lavoratori (“il personale ispettivo dovrà svolgere un accertamento sul merito del trattamento economico/normativo effettivamente garantito ai lavoratori e non un accertamento legato ad una formale applicazione del contratto sottoscritto dalle organizzazioni sindacali dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale”). L'ispettore, chiamato a verificare l'equivalenza tra trattamenti economico-normativi, non potrà esi-

² HAVEL, *Il potere dei senza potere*, Itacaedizioni, 2013.

³ Il Tribunale di Trani si esprime sulla domanda di un datore di lavoro che chiedeva di utilizzare le retribuzioni minime ai fini contributivi del ccnl FAILTs, CISAL, LAIF, ANPIT (lavorazioni conto terzi e facon), anche per accedere a benefici economici e normativi. L'INPS ha sostenuto che si dovesse far riferimento ai minimi retributivi per fini contributivi del ccnl Tessile/Calzaturiero CGIL CISL UIL, SMI Confindustria perché sottoscritto dai soggetti sindacali considerati più rappresentativi nel settore. Il Tribunale di Trani afferma che “ai fini dell'applicazione dell'art. 1 DL n. 338/1989 [...] in ogni caso devono considerarsi rilevanti i ccnl sottoscritti dalle organizzazioni sindacali più rappresentative su base nazionale, a prescindere dalla circostanza che il settore produttivo [...] vi sia un unico ccnl o ve ne siano diversi”, richiamando Cass. 16 aprile 2015, n. 7781. Con altre parole, il giudice del lavoro sostiene che, qualora vi fosse una pluralità di ccnl nel medesimo settore, tutti i ccnl sottoscritti da organizzazioni considerate più rappresentative, sono utili per i fini contributivi e di accesso ai benefici economico-normativi. Nel caso di specie, il giudice del lavoro ha ritenuto che il ccnl FAILTs, CISAL, LAIF, ANPIT sia un contratto sottoscritto da organizzazioni (comparativamente più) rappresentative al pari di quelle che hanno sottoscritto il ccnl Tessile/Calzaturiero CGIL CISL UIL, SMI Confindustria.

mersi dal verificare il trattamento che viene erogato al lavoratore, mettendo in rilievo, mediante comparazione tra contratto collettivo effettivamente applicato in quel contesto aziendale e contratto collettivo, potenzialmente applicabile, sottoscritto dalle organizzazioni sindacali dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale.

Ed è ciò che qui viene effettuato: l'indagine, di cui qui si riporta una parte degli esiti, è volta a una verifica "qualitativa" tra ccnl, sottoscritti da organizzazioni comparativamente più rappresentative, e ccnl, sottoscritti dalle altre organizzazioni, qui dette anche "minori". Tale distinzione tra ccnl non deriva dal grado di copertura o applicazione di ciascun contratto collettivo⁴ perché non esiste, nel nostro ordinamento, alcuna norma, prassi o interpretazione univoca che possa permettere di inferire la rappresentatività dei soggetti negoziali (organizzazioni sindacali/datoriali) in base all'oggetto del negoziato (cioè, il ccnl applicato). Per svolgere la comparazione tra ccnl sono stati individuati alcuni parametri di riferimento da confrontare e comparare per rilevare come suggerisce la circolare INL appena menzionata, l'eventuale equivalenza tra discipline. Tali parametri attengono alla flessibilità gestita dal ccnl rispetto alla legge (tecnicamente, dove c'è un rinvio della legge rispetto al contratto collettivo, nazionale e/o decentrato) di alcune discipline protettive: flessibilità nell'ambito dei tipi contrattuali (tra cui, lavoro a termine, lavoro a tempo parziale, lavoro somministrato), sistema di regolazione dell'orario di lavoro, classificazione del personale, con i riflessi sulla scala retributiva correlata, obbligazione contributiva derivante dall'istituzione di enti bilaterali che erogano prestazioni/servizi. Il tutto viene analizzato anche alla luce della disarticolazione del controllo del coordinamento tra ccnl e contratto aziendale nonché delle funzioni degli agenti negoziali a livello aziendale (RSA/RSU). A oggi, esistono verifiche comparative tra ccnl che sono prevalentemente di tipo quantitativo-economico (i.e. si svolge una comparazione tra voci che della retribuzione globale di fatto sono parte). Qui, si intende, invece, riportare parte degli esiti di un lavoro di indagine sugli istituti che disciplinano tutele normative che hanno risvolti nell'ambito di diritti a

⁴ Si v. l'interessante ricostruzione di CIUCCIOVINO, *Fisiologia e patologia del pluralismo contrattuale tra categoria sindacale e perimetri settoriali*, in *LD*, 2020, p. 185. Si v. anche il recente libro di MARTONE, *A che prezzo. L'emergenza retributiva tra riforma della contrattazione collettiva e salario minimo legale*, Luiss University Press, 2019 e gli studi di MARAZZA, *Dalla "autoregolamentazione" alla "legge sindacale"? La questione dell'ambito di misurazione della rappresentatività sindacale*, in *ADL*, 2014, p. 608.

contenuto economico⁵. Il caso dell'orario di lavoro è emblematico. Il caso della classificazione del personale è più complesso, ma evidentemente connesso al tema dei diritti economici, essendo – come noto – la scala classificatoria la matrice dei livelli retributivi in quasi tutti i ccnl⁶. Se si incide sulla prima, si incide sulla seconda. Se il ccnl plasma i livelli di inquadramento in un certo modo, inserendo o togliendo nelle declaratorie alcune figure professionali di alberghi o centri commerciali, di conseguenza determinerà un costo del lavoro maggiore o minore. Appalti e tipi contrattuali sono altresì campi di analisi preferenziali: la legge, rinviando al contratto collettivo, permette di regolare, anche a livello aziendale e territoriale, deroghe *in peius*. Il che giustifica ampiamente il monitoraggio, a monte, del modello di controllo del coordinamento tra ccnl e contratto decentrato, e, a valle, l'analisi di contratti aziendali che derogano il ccnl (o anche, eventualmente, norme di legge ex art. 8, d.l. 13 agosto 2011, n. 148, l. conv. 14 settembre 2011, n. 148).

2. *Misurazione della rappresentatività per fini istituzionali vs misurazione della rappresentatività per fini contrattuali. Problemi recenti*

Ci sono almeno due premesse che debbono essere espone. La prima premessa attiene alla differenza tra l'archivio CNEL dei ccnl e l'archivio INPS dei ccnl. Si tratta di una differenza che si può sintetizzare con il binomio obbligo-potere. Cioè, attualmente il CNEL, ex art. 17, l. 30 dicembre 1986, n. 936, ha esclusivamente l'obbligo di ricevere i ccnl (deposito), da cui deriva il potere di archiviare, secondo gli indirizzi condivisi con le organizzazioni sindacali e datoriali, per assicurare la conservazione nel tempo e la pubblicità dei ccnl. Il CNEL non può, però, in alcun modo selezionare (o fare emergere) i contratti collettivi sottoscritti dalle organizzazioni più rappresentative rispetto a quelli sottoscritti dalle organizzazioni meno rappresentative. L'INPS, invece, "deve" selezionare i contratti sottoscritti dalle organizzazioni più rappresentative: l'art. 1, co. 1, del d.l. 9 ottobre 1989, n. 338, convertito con legge 7 dicembre 1989, n. 389, stabilisce che la retribuzione da assumere come base imponibile per il calcolo dei contributi di previdenza e di assistenza non può essere inferiore all'importo delle retribuzioni

⁵ L'indagine scientifica *in fieri* è svolta da un gruppo di studiosi della Scuola Europea di Relazioni Industriali e della Fondazione Di Vittorio.

⁶ Rinvio ai miei studi in FAIOLI, *Mansioni e macchina intelligente*, Giappichelli, 2018.

stabilito da leggi, regolamenti, contratti collettivi, stipulati dalle organizzazioni sindacali più rappresentative su base nazionale, o da accordi collettivi o contratti individuali, qualora ne derivi una retribuzione di importo superiore a quello previsto dal contratto collettivo. Mediante una successiva disposizione interpretativa (art. 2, co. 25, della l. 28 dicembre 1995, n. 549) è stato stabilito che, in caso di pluralità di contratti collettivi intervenuti per la medesima categoria, “la retribuzione da assumere come base per il calcolo dei contributi previdenziali ed assistenziali è quella stabilita dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative nella categoria”. Nella periodica denuncia individuale, di cui al sistema UNIEMENS, relativa ai dati del lavoratore, il datore di lavoro è tenuto all’indicazione del “codice contratto”, mediante inserimento del codice numerico assegnato dall’INPS a ciascun contratto collettivo selezionato in base alla (comparativamente maggiore) rappresentatività delle organizzazioni sindacali (v. l’art. art. 44, co. 9, del d. l. 30 settembre 2003 n. 269, convertito, con modificazioni, in legge 24 novembre 2003, n. 326).

La seconda premessa riguarda la distinzione tra misurazione della rappresentatività per fini istituzionali e misurazione della rappresentatività per fini contrattuali. In entrambi i casi la misurazione della rappresentatività è volta a garantire un certo trattamento privilegiato a alcune organizzazioni, e non ad altre, nello svolgimento di attività istituzionali (rappresentatività per fini istituzionali) o di attività negoziali-sindacali (rappresentatività per fini contrattuali). La rappresentatività per fini istituzionali è afferente alla partecipazione delle organizzazioni sindacali e datoriali in organi di vigilanza o di governo di istituzioni nazionali e locali (CNEL, INPS, INAIL, ANPAL, organismi regionali, etc.)⁷. La rappresentatività per fini contrattuali è, invece, relativa a diritti e prerogative che un certo sindacato, in relazione a una certa

⁷ Per un approfondimento del metodo che permette la distinzione tra rappresentatività per fini istituzionali e rappresentatività per fini contrattuali si v. MENGONI, *La partecipazione del sindacato al potere politico dello stato*, in *Diritto e valori*, Il Mulino, 1985; SANTORO PASSARELLI F., *Sindacato e funzione pubblica*, in *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale. Scritti in onore di Costantino Mortati*, Giuffrè, 1977; PERONE, *Partecipazione del sindacato alle funzioni di pubbliche*, CEDAM, 1972; SANDULLI P., *L’azione sindacale. Premessa. La contrattazione collettiva e l’azione sindacale di partecipazione*, Giuffrè, 1970. Tra gli studiosi di diritto costituzionale, si v. PANUNZIO, *Sulla partecipazione del sindacato a funzioni pubbliche*, in *Diritto e Società*, 1974; MATTARELLA B.G., *Sindacati e pubblici poteri*, Giuffrè, 2003.

categoria contrattuale o perimetro, può esercitare nell'avvio di un negoziato, nazionale o decentrato, nei luoghi di lavoro, nel conflitto collettivo⁸.

La misurazione della rappresentatività per fini istituzionali avviene, in via generale, secondo il modello di cui all'art. 99 Cost., il quale precisa che "il Consiglio Nazionale dell'Economia e del Lavoro è composto, nei modi stabiliti dalla legge, di esperti e di rappresentanti delle categorie produttive, in misura che tenga conto della loro importanza numerica e qualitativa". È questo un modello che riverbera i propri effetti su una serie consistente di enti e organismi pubblici, nazionali e locali⁹. La misurazione della rappresentatività istituzionale si basa su un concetto pre-giuridico (l'importanza), il quale viene specificato dal legislatore costituzionale, tenendo in considerazione un fatto numerico e un fatto qualitativo, con un rinvio alla legge ordinaria per la definizione delle modalità di ponderazione dei numeri e della qualità che stanno alla base dell'importanza della organizzazione. La legge ordinaria (art. 4, l. 30 dicembre 1986, n. 936) ha, infatti, successivamente indicato alcuni criteri utili per la misurazione della rappresentatività istituzionale, tra cui l'ampiezza e la diffusione delle strutture organizzative, la consistenza numerica, la partecipazione effettiva alla formazione e alla stipulazione dei contratti collettivi nazionali di lavoro e le composizioni delle controversie individuali e collettive di lavoro. Si tratta, in larga parte, di criteri derivanti dalla giurisprudenza sull'art. 19, l. 20 maggio 1970, n. 300, pre-referendum del 1995¹⁰, rielaborati anche dalla giurisprudenza amministrativa per i contenziosi che si sono sviluppati in relazione alla partecipazione istituzionale di organizzazioni, sindacali e datoriali, a enti o a organismi pubblici¹¹. A ciò si aggiunga che, recentemente, la giurisprudenza amministrativa è stata sollecitata a prendere in considerazione persino il criterio dell'alter-

⁸ La riflessione teorica sul tema è ampia. Qui si intende segnalare, per i fini di questo saggio, l'analisi svolta da NAPOLI, *Il sindacato*, Vita e Pensiero, 2009, da GRANDI, *La nozione di sindacato più rappresentativo*, in MANCINI, ROMAGNOLI (a cura di), *Il diritto sindacale*, il Mulino, 1971 e da CARABELLI, *Libertà e immunità del sindacato*, Jovene, 1986.

⁹ Si v. lo studio CNEL presentato il 14 gennaio 2020 in audizione alla Camera dei deputati - https://www.camera.it/leg18/1230?shadow_monitore_chiosco=37125.

¹⁰ La sintesi più efficace di tali indici è riportata in GIUGNI, *Diritto sindacale*, Cacucci, Bari, 1988. In particolare, il manuale di Giugni insegnava che si trattava dei seguenti indici: consistenza numerica, equilibrata presenza in un ampio arco di settori produttivi, diffusione su tutto il territorio nazionale, svolgimento di attività contrattuale, e di autotutela, con sistematicità e continuità.

¹¹ Tra le sentenze più recenti, si v. TAR Lazio 20 dicembre 2019, n. 14625 (inedita).

nanza tra organizzazioni nell'ambito di organi gestori di enti/istituti pubblici nei quali il numero di seggi è stato limitato dalla legge per ragioni di contenimento della spesa pubblica (Camere di Commercio, ANPAL, etc.). Cioè, pur essendo una certa organizzazione più rappresentativa di un'altra, sulla base dei criteri citati, viene indicata come titolare del seggio in un certo consiglio di amministrazione o di vigilanza l'organizzazione B (meno rappresentativa) perché, nel precedente periodo di amministrazione o vigilanza, l'organizzazione A (più rappresentativa) aveva già svolto tale funzione (si v. TAR Marche 16 luglio 2020, n. 451, inedita).

La misurazione della rappresentatività per fini contrattuali si basa sui protocolli/accordi che sono stati stipulati dal 2011 in poi nei settori produttivi da parte delle organizzazioni sindacali e datoriali¹². Tali protocolli/accordi sulla rappresentatività contrattuale sono, a oggi (luglio 2020), più di un centinaio¹³, anche incidenti sul medesimo ambito di applicazione¹⁴. In via generale, muovendo dall'impostazione del TU 10 gennaio 2014 ("TU 2014") e dal Protocollo giugno/settembre 2011, sottoscritto da Confindustria, CGIL, CISL e UIL, essi sono fondati sulla combinazione del dato associativo con quello elettivo¹⁵. Ci sono alcune eccezioni. Il settore del credito ha scelto di misurare la

¹² Si v. gli studi di DE LUCA TAMAJO, *Incertezze e contraddizioni del diritto sindacale italiano: è tempo di regolamentazione legislativa*, in *RIDL*, 2018, I, p. 273 ss.; RUSCIANO, *Sul metodo delle riforme del diritto del lavoro*, in questa rivista, 2018, n. 2, p. 199 ss.; MARESCA, *Il contratto collettivo nazionale di categoria dopo il protocollo d'intesa 31 maggio 2013*, in *RIDL*, 2013, I, p. 707 ss.; GUARRIELLO, *Crisi economica, contrattazione collettiva e ruolo della legge*, in *DLRI*, 2016, p. 3 ss.

¹³ Si v. l'archivio dei ccnl presso il CNEL - <https://www.cnel.it/Archivio-Contratti> nella quale c'è una specifica sezione su tali protocolli. Si v. anche CNEL, *XXI Rapporto sul Mercato del Lavoro e la Contrattazione collettiva 2019*, Roma, in <https://www.cnel.it>.

¹⁴ Si v. la *ratio* del collegamento tra ambito di applicazione dei contratti collettivi e Codici ATECO nell'infografica che mostra la struttura dell'archivio ccnl presso il CNEL - <https://www.cnel.it/Archivio-Contratti>.

¹⁵ Viene fissato un requisito minimo di rappresentatività nella categoria (5%) di cui i sindacati debbono disporre per poter negoziare il contratto collettivo nazionale. Le organizzazioni datoriali che hanno stipulato il Protocollo 2011/TU 2014 si obbligano a non trattare con sindacati privi di tale requisito minimo di rappresentatività. La rappresentatività è certificata e deriva dalla combinazione del dato associativo con il dato elettorale. Il TU 2014 specifica che il sistema di ricognizione dei dati associativi opererà mediante una convenzione con l'INPS e l'integrazione dei flussi informativi UNIEMENS, redatti per ogni azienda, con indicazione di due indici (uno per il sindacato nazionale di categoria, l'altro per il ccnl applicato). Il dato associativo sarà confrontato con il dato elettivo. Il dato elettivo deriverà dal consenso espresso nelle elezioni delle RSU, tenendo presente che la rilevazione degli iscritti e delle percentuali di voto riguarderà esclusivamente le aziende con più di 15 lavoratori.

rappresentatività esclusivamente sul dato associativo¹⁶. Nel terziario/turismo (in particolare, per i contratti collettivi sottoscritti da FILCAMS CGIL, FISASCAT CISL e UILTUCS, in relazione a Confcommercio e Confesercenti) sono stati, invece, aggiunti ulteriori due dati rispetto al sistema duale associativo/elettivo: in particolare, si fa riferimento, da una parte, al contenzioso (vertenze), individuale e collettivo, con riflessi sulle conciliazioni svolte anche presso gli enti bilaterali, e, dall'altra, alle pratiche di disoccupazione. Il che determina che nel terziario vi sarà la (non facile) ponderazione tra quattro elementi: dato associativo, dato elettivo, dato delle vertenze, dato delle pratiche di disoccupazione. Tale schema è *in fieri*. Le organizzazioni del terziario (FILCAMS CGIL, FISASCAT CISL e UILTUCS, in relazione a Confcommercio e Confesercenti) sono in una fase di negoziazione dell'ulteriore protocollo attuativo di tale misurazione.

Il quadro appena rappresentato sulla misurazione della rappresentatività per fini istituzionali e di quella per fini contrattuali ci dimostra che, fatto salvo l'eventuale intervento del legislatore, in primo luogo, c'è una differenza sostanziale tra i due tipi di rappresentatività, e, in secondo luogo, il modo utilizzato per misurare la rappresentatività per fini istituzionali, dai protocolli 2011/2014, o dalla data di definizione completa del sistema endo-categoriale, non è/sarà più utilizzabile per misurare la rappresentatività per fini contrattuali. Cioè, dai protocolli 2011/2014 in poi, non si dovrebbe far ricorso al modo che è stato introdotto per misurare la rappresentatività contrattuale per CGIL, CISL o UIL, in un certo perimetro contrattuale, per altresì definire i seggi che tali organizzazioni possono ottenere presso un consiglio di vigilanza di un ente previdenziale o nell'assemblea del CNEL. Tuttavia, osservando la realtà, ciò non accade.

Dovrebbe essere vero, ovviamente, anche il contrario: data l'introduzione dei protocolli sulla rappresentatività contrattuale, in teoria, non si dovrebbero utilizzare i criteri della misurazione della rappresentatività istituzionale per i fini di misurazione di quella contrattuale. Ma ciò, nei fatti, non accade. Anzi, studiando la giurisprudenza e la prassi amministrativa, ci si rende conto che né giudici né ispettori fanno generalmente riferimento alle

¹⁶ Rinvio ai miei studi condotti sul settore del credito con l'Osservatorio Monetario dell'Università Cattolica del Sacro Cuore, *Lavorare in banca. Un mondo in evoluzione*, 2019, n. 3 - <https://www.assbb.it/osservatorio-monetario/> e FAIOLI, *Fintech, perimetro contrattuale e relazioni industriali. Il rinnovo del dicembre 2019 tra problemi e prospettive*, in *RGL*, 2020, n. 2, in corso di pubblicazione.

regole *post* protocolli 2011/2014 sulla rappresentatività contrattuale¹⁷. Giudici e ispettori continuano a far uso dei classici criteri della rappresentatività istituzionale (diffusione territoriale, attività negoziale, numeri, controversie, etc.) per dirimere i tanti conflitti che vengono a crearsi nella selezione delle organizzazioni più rappresentative per fini contrattuali o, indirettamente, collegati ai fini contrattuali con riflessi sull'individuazione della retribuzione da assoggettare a contribuzione. Le incertezze giurisprudenziali sulla rappresentatività di alcuni sindacati¹⁸ o di organizzazioni datoriali¹⁹ dimostrano le tante irrisolte complicazioni della misurazione della rappresentatività operata mediante intervento del giudice.

A ciò si aggiunge che esiste presso giudici e ispettorato un livello di

¹⁷ Si v. come eccezione a tale sistema la sentenza del Trib. Roma 3 giugno 2019 (SNATER c. ASSTEL, SLC CGIL, UILCOM UIL, UGL – in *Ilgiustlavorista.it*), nella quale il giudice del lavoro stabilisce che il TU 2014 è la regolazione di riferimento per la misurazione della rappresentatività sindacale, con tutte le conseguenze che ne derivano, in termini di partecipazione negoziale, esercizio delle prerogative sindacali, obblighi delle parti che contrattano. In altri casi, anche recenti, tale rinvio al TU 2014 non si effettua. Ad esempio, il Trib. Roma 10 luglio 2018, n. 14177 (SNA c. ENBASS, ANAPA, FISAC CGIL, FIRST CISL, UILCA UIL, FNA in *dejure.it*) non dirime il caso in relazione alle regole del TU 2014 sulla rappresentatività.

¹⁸ Si v. TAR Lazio, 8 febbraio 2018, n. 1522 (in *dejure.it*), nella quale il giudice amministrativo richiama il principio consolidato secondo cui “la giurisprudenza ha avuto modo di elaborare dei criteri per individuare la rappresentatività di una associazione sindacale, richiamando taluni elementi in grado di esprimere la capacità dell’associazione di porsi come valido interlocutore, quali la presenza di una significativa consistenza numerica e di un’organizzazione articolata su tutto il territorio nazionale, la partecipazione alla formazione e stipulazione dei contratti collettivi di lavoro, l’intervento nelle controversie individuali, plurime e collettive (Cons. Stato, sez. VI, 22 febbraio 2007, n. 971)”. Si v. anche le rassegne di BONANOMI, *Concorrenza tra cnl, maggiore rappresentatività comparata e trattamento economico del socio lavoratore di cooperativa*, in *RGL*, 2016, p. 436 ss. e GHIGIARELLI, *Poteri istruttori del giudice nella misurazione della rappresentatività sindacale*, in *RGL*, 2019, p. 634.

¹⁹ Si richiama sul punto ancora la recente sentenza del Trib. Roma 10 luglio 2018. Si v. anche Trib. Genova 1 febbraio 2019 (caso di impugnazione di un verbale INPS per all’applicazione di minimi retributivi per fini contributivi relativi al ccnl firmato da SNA, UNAPASS, FIBA/CISL, FISAC/CGIL, UILCA-UIL e FNA vs ccnl firmato da CONFSAI – in *dejure.it*), in cui, oltre alle dichiarazioni dell’ispettore (“Non abbiamo trovato traccia dei due sindacati FESICA CONFSAI e CONFSAI FISALS; abbiamo reperito un indirizzo dove ci sarebbe dovuto essere un rappresentante e invece abbiamo trovato un Club del Genova, che ci è stato detto era sempre stato lì. Online erano reperibili gli statuti di questi due sindacati: uno limitava l’iscrivibilità ai soli extracomunitari [...] e l’altro si limitava a indicare le fattispecie di cui si occupava tra le quali non erano previsti il settore del credito e quello assicurativo”), è stata condotta un’istruttoria classica sul numero delle imprese aderenti, diffusione territoriale, etc. A tal proposito, si v. anche Trib. Pavia 26 febbraio 2019, n. 80 (in *dejure.it*).

credibilità della misurazione di cui ai protocolli 2011/2014 che non è ancora del tutto consolidato²⁰.

Si sa che l'avvio delle procedure di misurazione della rappresentatività ai fini contrattuali è possibile, a oggi (luglio 2020), esclusivamente nell'ambito della contrattazione confindustriale (riferibili al Protocollo 2011, TU 2014 e al Patto della fabbrica 9 marzo 2018) e per la raccolta dei dati associativi. I dati elettivi, cioè quelli riferiti alla costituzione delle RSU, sebbene sia stata aggiornata nel 2019 la convenzione con l'INPS, non possono essere raccolti per problemi di coordinamento con gli ispettorati territoriali, deputati dal TU 2014 alla raccolta dei verbali di elezione. I sistemi del terziario e dell'artigianato non hanno ancora completato la fase di introduzione dei protocolli attuativi: per essi si dovrà stipulare la convenzione con l'INPS, per la raccolta dei dati associativi, e successivamente procedere con la definizione (complessa) del meccanismo giuridico che possa permettere una ponderazione (razionale) tra più criteri non omogenei (dati associativi, dati elettivi, contenzioso, disoccupazione, bilateralità, etc.).

3. *Il dilemma del legislatore italiano. I disegni di legge del 2019 sul salario minimo e sulla rappresentatività.*

Recentemente e, forse anche, inconsapevolmente, il legislatore si è venuto a trovare innanzi al dilemma della doppia rappresentatività. Né nei due disegni di legge sul salario minimo (d.d.l. Catalfo n. 658/2018 - Senato e d.d.l. Nannicini n. 1132/2019 - Senato), in cui si indicano soluzioni operative sulla misurazione della rappresentatività, né nei due specifici disegni di legge sulla rappresentatività (d.d.l. Gribaudo n. 788/2018 - Camera dei deputati e d.d.l. Polverini n. 707/2018 - Camera dei deputati) si differenzia in alcun modo la rappresentatività istituzionale da quella contrattuale. Anzi, non si dispongono norme di salvaguardia per l'una o per l'altra forma di rappresentatività, non si diversificano i modi di misurazione, non si rinvia a norme già esistenti per l'una o l'altra forma.

Andando con ordine, muoviamo dai due d.d.l. sul salario minimo. Entrambi comportano l'attuazione, per via legislativa, dell'art. 36 Cost.. Essi non

²⁰ Si v., in particolare, il ragionamento posto alla base della sentenza del Trib. Roma 13 maggio 2013 - in *DR*, 2013, p. 771.

evocano in alcun modo l'art. 39 Cost.. Il che significa aver scelto di seguire, nella possibile regolazione, l'impostazione della giurisprudenza costituzionale, anche recente²¹, che definisce la contrattazione collettiva, sottoscritta dalle organizzazioni più rappresentative, come un "parametro esterno di commisurazione" della retribuzione sufficiente e proporzionata. In questo modo, entrambi i d.d.l. sul salario minimo supererebbero le criticità di un intervento legislativo, che possiamo definire "regulatory", cioè simile a ciò che è accaduto in Francia²² o in alcuni paesi atlantici²³. Le criticità dell'art. 39 Cost. che i

²¹ C. Cost. 26 marzo 2015, n. 51. Il caso è riferito al lavoro dei soci di cooperativa di cui alla l. 3 aprile 2001, n. 142. Alcuni, però, ritengono che si possano utilizzare le medesime argomentazioni anche per i lavoratori che non sono soci di cooperativa. Lo studio di PASCUCCI, *Giusta retribuzione e contratti di lavoro. Verso un salario minimo legale?*, Franco Angeli, 2018 presenta i problemi e le prospettive nel nostro ordinamento della correlazione tra art. 36 Cost., legge e contrattazione collettiva. Si v. anche la ricostruzione di LAFORGIA, *La giusta retribuzione del socio di cooperativa: un'altra occasione per la Corte costituzionale per difendere i diritti dei lavoratori ai tempi della crisi* (Nota a C. Cost. 1 aprile 2015, n. 51), in *ADL*, 2015, p. 934 ss. e di BARBIERI, *In tema di legittimità costituzionale del rinvio al cnl delle organizzazioni più rappresentative nel settore cooperativo per la determinazione della retribuzione proporzionata e sufficiente*, in *RGL*, 2015, I, p. 493 ss. Nella sentenza della Corte costituzionale si chiarisce che "il censurato art. 7, comma 4, del d.l. n. 248 del 2007, congiuntamente all'art. 3 della legge n. 142 del 2001, lungi dall'assegnare ai predetti contratti collettivi, stipulati dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative, efficacia *erga omnes*, in contrasto con quanto statuito dall'art. 39 Cost., mediante un recepimento normativo degli stessi, richiama i predetti contratti, e più precisamente i trattamenti economici complessivi minimi ivi previsti, quale parametro esterno di commisurazione, da parte del giudice, nel definire la proporzionalità e la sufficienza del trattamento economico da corrispondere al socio lavoratore, ai sensi dell'art. 36 Cost. Tale parametro è richiamato – e dunque deve essere osservato – indipendentemente dal carattere provvisorio del medesimo art. 7, che fa riferimento «alla completa attuazione della normativa in materia di socio lavoratore di società cooperative». Nell'effettuare un rinvio alla fonte collettiva che, meglio di altre, recepisce l'andamento delle dinamiche retributive nei settori in cui operano le società cooperative, l'articolo censurato si propone di contrastare forme di competizione salariale al ribasso, in linea con l'indirizzo giurisprudenziale che, da tempo, ritiene conforme ai requisiti della proporzionalità e della sufficienza (art. 36 Cost.) la retribuzione concordata nei contratti collettivi di lavoro firmati da associazioni comparativamente più rappresentative (fra le tante, la sentenza già citata della Corte di cassazione n. 17583 del 2014)".

²² Sul diritto sindacale francese in una visione comparativa, si v. il recente libro collettaneo curato LIUKKUNEN, *Collective Bargaining in Labour Law Regimes. A Global Perspective*, Springer, 2019, con la bibliografia invi indicata. Si v. anche TREU, *La contrattazione collettiva in Europa*, in *DRI*, 2018, p. 371 ss. e JEAMMAUD, *La "riforma Macron" del codice del lavoro francese*, in *DRI*, 2018, p. 47 ss.

²³ Si v. DOHERTY, *When You Ain't Got Nothin', You Got Nothin' to Lose... Union Recognition Laws, Voluntarism and the Anglo Model*, in *ILJ*, 2013, n.42/4, p. 369 ss.

d.d.l. sul salario minimo non intendono affrontare sono note. Esse derivano dal peso politico-sindacale e giuridico dell'art. 39 Cost. non attuato²⁴, che qui si sceglie di non trattare in modo specifico per concentrarsi meglio sulle dinamiche parlamentari del 2019.

Per il d.d.l. Catalfo il trattamento economico complessivo è il parametro di commisurazione della retribuzione considerato conforme all'art. 36 Cost. Tale trattamento economico complessivo è riferito ai contratti sottoscritti dalle organizzazioni che siedono nel CNEL (dato il rinvio nel d.d.l. all'art. 4, l. 30 dicembre 1986, n. 936) e non può essere inferiore a un certo valore economico (qui anche "salario minimo legale intersettoriale" – 9 euro all'ora, al lordo di oneri contributivi). Tale scelta regolativa è singolare: essa confonde, nella medesima norma di legge, una tipica tecnica di estensione dei contratti collettivi (art. 1 e art. 2, co. 1, d.d.l. Catalfo) con la fissazione di un salario minimo legale intersettoriale (art. 2, co. 1, ultima alinea, d.d.l. Catalfo). Osservando, infatti, altre esperienze europee, si comprende che tecnica di estensione e introduzione del salario minimo legale sono due binari generalmente non coincidenti: per esempio, in Francia e in Germania, da una parte, è stata introdotta la norma sull'estensione del contratto collettivo, che avviene per via legislativa/amministrativa, in casi eccezionali, secondo una certa discrezionalità amministrativa; dall'altra, è stato regolato il salario minimo legale intersettoriale, con una serie di cautele e sperimentazioni, su settori, gruppi di lavoratori, con eccezioni²⁵. A tal proposito, sappiamo che la giurisprudenza della Corte costituzionale sulla legge Vigorelli (l. 14 luglio 1959, n. 741) aveva già indicato una via maestra: non escludendo l'estensione della parte normativo-economica del ccnl (C. Cost. 8 febbraio 1966, n. 8), aveva ritenuto che fosse legittimo un percorso normativo consistente nel rinvio della legge ai contratti collettivi, con estensione di essi ai datori di lavoro non vincolati. Sappiamo anche che il rapporto tra il valore economico fissato dalla legge (9 euro) e l'impossibilità del contratto collettivo di derogare eventualmente *in peius* tale valore economico creerebbe qualche difficoltà: l'espressione "il trattamento economico complessivo [...] non inferiore a quello del contratto collettivo nazionale [...] e comunque non inferiore a 9

²⁴ Sull'art. 39, co. 2, 3 e 4, Cost. e sulla relativa "ingombrante" presenza nel nostro ordinamento si v. VARDARO, *Contrattazione collettiva e sistema giuridico*, Jovene, 1984 e di RUSCIANO, *Contratto collettivo e autonomia sindacale*, UTET, 2003.

²⁵ Si v. LIUKKUNEN, *Collective Bargaining*, cit. Si v. anche BOLOGNA, *Il contratto aziendale in tempi di crisi*, Giappichelli, 2017.

euro” determina una surrettizia e assoluta prevalenza della legge sul contratto collettivo, impedendo di fatto al contratto collettivo, anche quando altre norme di legge lo permettono, di modificare *in peius* il trattamento economico. Ciò segnerebbe una discontinuità del nostro ordinamento, certamente non marginale, rispetto a un’impostazione risalente all’elaborazione giurisprudenziale e di dottrina²⁶ sull’art. 43, d. lgs. lgt. 23 novembre 1944, n. 369, secondo la quale il contratto collettivo, in alcuni casi, può derogare, anche *in peius*, la norma di legge. Di qui appare quasi ingenua anche la scelta del d.d.l. Catalfo di utilizzare la maggiore rappresentatività in senso comparativo qualora vi fosse una pluralità di contratti collettivi applicabili (art. 3) per la determinazione del trattamento economico complessivo in un certo ambito contrattuale: non si tiene conto che, nel terziario, essendo depositati presso il CNEL circa 231 ccnl, di cui 92 selezionati dall’INPS per i fini dei minimali contributivi, e, nel contempo, non essendoci un modo per misurare la rappresentatività sindacale per i fini contrattuali, non c’è modo di pervenire a una soluzione.

Per il d.d.l. Nannicini il trattamento minimo tabellare è il parametro di commisurazione della retribuzione di cui all’art. 36 Cost. Tale trattamento minimo tabellare è riferito alla contrattazione delle organizzazioni più rappresentative sul piano nazionale e comparativamente intese. Si segue, cioè, solo la tecnica dell’estensione dei ccnl, evitando di mettere insieme, a differenza del d.d.l. Catalfo, tale tecnica con quella del salario minimo legale intersettoriale. Oltre ciò il d.d.l. Nannicini non va, rimettendo a una commissione di esperti l’elaborazione di un nuovo assetto di regole in materia di ambiti della contrattazione collettiva, criteri di misurazione della rappresentatività, efficacia del contratto collettivo, etc. Tale commissione, tuttavia, a un certo punto, verrebbe a trovarsi innanzi ai medesimi problemi che il d.d.l. Catalfo prova risolvere.

I problemi appena esposti non sono potenzialmente risolti neanche dai due d.d.l. specifici sulla rappresentatività. Il d.d.l. Gribaudo è volto a disciplinare “la rappresentatività delle organizzazioni sindacali dei lavoratori privati, che è accertata sulla base della media tra il dato associativo e il dato elettorale delle medesime organizzazioni, e stabilisce criteri finalizzati alla

²⁶ SANTORO PASSARELLI F., *Contratto collettivo e norma collettiva*, in *FI*, 1949, c. 1069 ss. Si v. per la ricostruzione del tema VARDARO, *Contratti collettivi e rapporti individuali di lavoro*, Franco Angeli, 1985.

determinazione della rappresentatività delle organizzazioni sindacali dei datori di lavoro privati a livello nazionale, regionale e provinciale”. Nel d.d.l. Gribaudo non c’è alcuna distinzione tra rappresentatività per fini istituzionali e rappresentatività per fini negoziali. Vi è un assorbimento, quasi acritico, dell’impostazione del TU 2014 (dati associativi, dati elettivi, media ponderata, rilevazione, almeno il 5% nell’area contrattuale di riferimento). Vi è una norma sussidiaria per la misurazione delle organizzazioni datoriali che interviene qualora non venga sottoscritto un protocollo in materia. Nel d.d.l. Polverini si disciplinano, in primo luogo, la costituzione e la funzione negoziale delle RSU (artt. 2, 4 e 5). In secondo luogo, si regola la misurazione della rappresentatività sindacale sul modello del TU 2014 (art. 3). Anche in questo caso non c’è alcuna distinzione tra rappresentatività per fini istituzionali e rappresentatività per fini negoziali, con tutte le conseguenze già evidenziate sopra.

I due d.d.l. sulla rappresentatività avrebbero il merito di rendere, per via legislativa, obbligatoria la misurazione della rappresentatività secondo regole elaborate dalle parti. Il che certamente è un dato positivo, ma solo se osservato in modo astratto. Altri ordinamenti, tra cui la Francia, che hanno già adottato mediante norma di legge tali meccanismi di misurazione della rappresentatività non dimostrano di aver superato più efficacemente le tante complicazioni che i sistemi di relazioni industriali sono chiamati a affrontare nelle economie avanzate²⁷. Anzi, è probabile che nel sistema italiano regole rigide, imposte per via legislativa, possano ulteriormente peggiorare la situazione. Restano, infatti, sul tavolo una serie di problemi che solo la contrattazione collettiva può risolvere, tra cui quelli relativi all’individuazione dell’ambito contrattuale, o perimetro/categoria contrattuale, da prendere in riferimento per la misurazione. Di qui muove l’analisi del paragrafo che segue.

²⁷ Si v. gli esiti del recente studio OECD, *Negotiating Our Way Up. Collective Bargaining in a Changing World of Work*, 2019 – in <http://www.oecd.org/employment/negotiating-our-way-up-1fd2da34-en.htm>.

4. *Perimetri contrattuali tra inquadramento previdenziale del datore di lavoro, art. 39 Cost. e principio di auto-determinazione della categoria. Il codice unico contrattuale INPS/CNEL*

Tutto ciò non esaurisce la complessità della materia. Il *vulnus* della vicenda di cui ci occupiamo riguarda altresì il perimetro contrattuale entro il quale delimitare la misurazione della rappresentatività²⁸. Il concetto di ambito di applicazione del contratto collettivo (o categoria contrattuale/professionale) nel Patto della fabbrica del 2018 è stato tradotto dalle organizzazioni sindacali e datoriali con l'espressione "perimetro contrattuale".

Viene insegnato che il perimetro contrattuale è definito congiuntamente dalle medesime parti che negoziano e sottoscrivono il contratto collettivo. Il perimetro/categoria contrattuale non è, infatti, né ontologicamente dato né un *prius* distinto dalla determinazione delle organizzazioni che negoziano. Di qui muove il principio di auto-determinazione del perimetro/categoria contrattuale²⁹. Anzi, è eccezionale l'operazione che il legislatore ha dovuto svolgere per ragioni di ordine pubblico con l'art. 1, co. 1, del d.l. 9 ottobre 1989, n. 338, convertito, con modificazioni, dalla l. 7 dicembre 1989, n. 389, mediante il quale dispone alcuni macro-ambiti di riferimento per l'inquadramento previdenziale del datore di lavoro. In tal caso, infatti, le finalità dell'art. 38 Cost. prevalgono persino su quelle dell'art. 39, co. 1, Cost., dando la possibilità alla norma di legge di definire ambiti di applicazione produttivo-contrattuale per finalità di certezza del diritto e di obbligatorietà contributiva³⁰.

²⁸ TREU, *Regole e procedure nelle relazioni industriali: retaggi storici e criticità da affrontare*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT - 396/2019; MAGNANI, *Riflessioni sulla misurazione della rappresentanza datoriale nell'ordinamento statale e intersindacale*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT - 376/2018; CIUCCIOVINO, *Le potenzialità informative della connessione delle banche dati CNEL con altre banche dati*, in XXI Rapporto del mercato del lavoro del CNEL, 2019; DE LUCA TAMAJO, *Incertezze*, cit., p. 273 ss.; RUSCIANO, *Sul metodo*, cit., p. 199 ss.; MARESCA, *Il contratto collettivo nazionale*, cit., p. 707 ss.; GUARRIELLO, *Crisi economica*, cit., p. 3 ss. Si v. anche gli studi di SIOTTO, *La categoria come ambito di applicazione e perimetro di misurazione della rappresentanza*, in RIDL, 2017, I, p. 311 ss.; LASSANDARI, MARTELLONI, TULLINI, ZOLI (a cura di), *La contrattazione collettiva nello spazio economico globale*, Bononia University Press, 2017; CENTAMORE, *Contrattazione collettiva e pluralità di categorie*, Bononia University Press, 2020

²⁹ RUSCIANO, *Contratto collettivo*, cit. In giurisprudenza, Trib. Parma 12 novembre 2015, n. 36, inedita; Trib. Milano 18 settembre 2000, inedita.

³⁰ Si v. lo studio di PROIA, *L'inquadramento dei datori di lavoro*, Giuffrè, 1992 che sottolinea l'origine storico-giuridica dell'inquadramento dei datori di lavoro e i relativi effetti nell'ordinamento intersindacale.

Nei fatti, però, il perimetro contrattuale è collegato all'attività di rappresentanza che intende svolgere l'organizzazione datoriale con cui il sindacato decide di negoziare³¹ o, meglio, per essere ancora più precisi, esso dipende dagli effetti della concorrenza tra organizzazioni datoriali. Si intende affermare che il perimetro contrattuale, per quanto dipenda dalla autodefinizione che le contrapposte organizzazioni abbiano dato, sia prevalentemente determinato dall'azione di ampliamento dell'attività di rappresentanza che l'organizzazione datoriale intende svolgere. Ciò si comprende se si osservano gli statuti delle grandi organizzazioni datoriali (Confindustria, Confcommercio, Confartigianato, CNA, Confesercenti, etc.) e le strategie di proselitismo, anche in concorrenza dell'una verso l'altra, poste in essere. Cioè, per fare un esempio, è noto che Confcommercio, Confesercenti e Federdistribuzione svolgano un'attività di rappresentanza nel terziario. Di qui viene a auto-delimitarsi l'ambito contrattuale in cui tipicamente Confcommercio, Confesercenti e Federdistribuzione negoziano (cioè, il terziario). Ma è altresì noto che Confindustria chiedi da tempo a FILCAMS CGIL, FISASCAT CISL e UILTUCS di poter negoziare un contratto collettivo per il terziario, avendo tra le proprie associate un numero rilevante di imprese che operano nel terziario e che sono vincolate al ccnl Terziario. Ciò a oggi non è avvenuto, ma nessuno può escludere che FILCAMS CGIL, FISASCAT CISL e UILTUCS possano un giorno decidere di aprire un negoziato, oltre che con Confcommercio, Confesercenti e Federdistribuzione, anche con la federazione competente di Confindustria. Del resto nel turismo ciò già accade (i.e. ci sono più ccnl riferibili a Confcommercio, Confesercenti e Confindustria, con le medesime controparti sindacali). Inoltre, si comprende che il perimetro contrattuale non è neanche riferibile alla tipologia (piccola, media, grande) di impresa. Il che determina una certa anomia del sistema di rappresentanza datoriale³². Non sussiste né un'esclusività di rappresentanza di una certa organizzazione datoriale per grandi imprese né un vincolo neces-

³¹ Vale la tesi elaborata da GIUGNI, *Introduzione allo studio dell'autonomia collettiva*, Giuffrè, 1960.

³² BELLARDI, *L'associazionismo dei datori di lavoro: un elemento di fragilità delle relazioni industriali?*, in *DLRI*, 2016, p. 403 ss.; FORLIVESI, *La rappresentatività datoriale: funzioni, modelli, indici di accertamento*, in *LD*, 2018, p. 521 ss.; CARUSO, *La rappresentanza delle organizzazioni di interessi tra disintermediazione e re-intermediazione*, in *ADL*, 2017, n. 3, p. 555 ss.; PAPA, *Struttura contrattuale e rappresentanza datoriale. Gli effetti del decentramento sulle "peak associations"*, in *q. rivista.*, 2016, n. 2, p. 327 ss. Rinvio anche al mio saggio, FAIOLI, *Prassi e teoria delle relazioni collettive nelle imprese di minori dimensioni del terziario: la disarmonica identità di RETE Imprese Italia*, in *questa rivista.*, 2016, p. 97 ss.

sario di rappresentanza di altre organizzazioni datoriali per le PMI. Tutti possono rappresentare tutti: ogni organizzazione datoriale, in base al proprio statuto, realizza la propria azione di rappresentanza e di proselitismo. Persino le organizzazioni datoriali più identitarie (exp. artigiani) hanno nel proprio statuto un riferimento ampio a imprese medio-piccole, anche se non inquadrare nell'ambito della l. sull'artigianato 8 agosto 1985, n. 443. Ciò, tra l'altro, non impedisce a imprese, con attività non pienamente coincidenti con il perimetro contrattuale definito dalle organizzazioni sindacali e datoriali, di vincolarsi a un certo contratto collettivo, o di dissociarsi da una organizzazione e successivamente associarsi a altre (o, nel contempo, a più organizzazioni) per beneficiare di servizi o assistenza tecnica.

Tale situazione si complica ulteriormente se si compara il sistema contrattuale FILCAMS CGIL, FISASCAT CISL e UILTUCS con quello di CONFISAL, CISAL, UGL perché il perimetro contrattuale viene reso ancor più labile da una serie di elementi strutturali dell'azione sindacale delle organizzazioni minori. Il punto più interessante di questo discorso sul perimetro è stato rilevato recentemente dal CNEL³³. In particolare, nell'opera di ammodernamento dell'archivio CNEL è stata introdotta una sorta di ri-codificazione dei contratti collettivi. È in atto un processo di allineamento del codice contratto CNEL con i codici che l'INPS utilizza, con il fine specifico di armonizzare la codificazione dei contratti collettivi. La ri-codificazione è stata altresì arricchita dall'abbinamento ai ccnl ai codici ATECO-ISTAT di classificazione delle attività economiche alla sesta cifra (profondità massima possibile). Tale abbinamento è stato effettuato dal CNEL in relazione ai campi di applicazione contrattuali che emergono dai contratti collettivi, con verifica contestuale e validazione delle organizzazioni firmatarie. L'abbinamento dei ccnl depositati al CNEL con i codici ATECO (attualmente 1. 224) viene effettuato prendendo in considerazione ciò che le medesime organizzazioni indicano in relazione ai codici ATECO. In tal modo, si crea una base scientifica per analizzare il collegamento tra la categoria contrattuale (ambito di applicazione del ccnl) e categoria merceologica (data dai codici ATECO).

È stato notato che la varietà e la numerosità di codici ATECO utilizzati dai contratti collettivi sottoscritti dalle parti meno rappresentative supera l'omogeneità e la limitatezza (relativa) dei codici ATECO utilizzati dai contratti collettivi sottoscritti dalle organizzazioni più rappresentative³⁴. Di qui,

³³ CIUCCIOVINO, *Fisiologia*, cit.

³⁴ CNEL - audizione Camera dei deputati, 14 gennaio 2020, cit.

nei ccnl delle organizzazioni minori, in termini di effetto, si tende a ampliare il campo di applicazione del contratto collettivo, inserendo tipologie di attività produttive spesso molto lontane l'una dall'altra: maggiore è il campo di applicazione, maggiore è la potenziale applicazione intersettoriale del ccnl delle organizzazioni minori. Il che ha ovviamente riflessi sul costo del lavoro. Elementi che il presente saggio spiega con riferimento a classificazione del personale, retribuzione, orario, malattia, appalti, bilateralità, non lasciando spazio alcuno a proposte teoriche sulle cd. terze vie sulla contrattazione collettiva³⁵. In questa direzione, per superare, da una parte, la strategia di dissimulazione che deriva dall'ampliamento dei perimetri contrattuali delle organizzazioni minori e, dall'altra, le complicazioni connesse a settori in cui esiste la pluralità di ccnl, il CNEL ha proposto il d.d.l. n. 1232/2019, mediante il quale si assegna al CNEL il potere di attribuire un codice unico alfanumerico, anche in cooperazione con l'INPS, ai ccnl depositati in archivio (norma che dovrebbe essere assorbita dalla legge di conversione del d.l. 16 luglio 2020, n. 76, decreto semplificazioni, art. 16). Di qui muoverebbe con maggiore facilità la costituzione dell'anagrafe unica CNEL/INPS per un raccordo digitale tra dati UNIEMENS, ccnl e singole posizioni contributive riferite a un certo datore di lavoro. Ma ciò non sarebbe sufficiente in ogni caso, soprattutto nella descritta concorrenza tra ccnl di organizzazioni maggiori e ccnl di organizzazioni minori. Servirebbe una convergenza di tutte le organizzazioni datoriali, attuata mediante un protocollo generale, sui criteri di determinazione (i) della relativa rappresentatività, (ii) della modalità di comparazione tra organizzazioni più rappresentative e, da ultimo, (iii) dell'ambito/perimetro contrattuale in cui far misurare tale rappresentatività comparata. Si comprende bene che il d.d.l. CNEL è un rimedio parziale, teso a riordinare la materia, a beneficio degli ispettori e dei giudici, ma senza strumenti veri di dissuasione verso prassi di svuotamento delle protezioni contrattuali-collettive. I d.d.l. Catalfo, Gribaudo e Polverini fanno riferimento a criteri molto elementari sulla misurazione della rappresentatività datoriale (i.e. numero imprese associate in relazione al numero complessivo delle imprese e numero lavoratori delle imprese associate), non potendo né affrontare – come già detto – il problema dei perimetri contrattuali, dato il principio di auto-determinazione categoriale, né dirimere il problema della (quasi impossibile) comparazione della rappresentatività tra organizzazioni

³⁵ DAMIANO, *La terza via della contrattazione collettiva. Nuove opportunità per imprese e lavoratori*, Wolters Kluwer, 2019.

datoriali che intendono rappresentare tutte le imprese in tutti i settori produttivi esistenti.

5. *Rinvio della legge alla contrattazione collettiva sottoscritta dalle organizzazioni comparativamente più rappresentative. Il metodo della comparazione tra ccnl*

Strategicamente la contrattazione cd. minore, spesso a contenuto protettivo inferiore, con costi del lavoro più bassi, si forma, cresce, si plasma in relazione alla tecnica giuridica del rinvio³⁶ che la legge effettua a favore della contrattazione collettiva, sottoscritta dalle organizzazioni comparativamente più rappresentative (exp. art. 1, co. 1175, della l. 27 dicembre 2006, n. 296, o l'insieme delle norme di rinvio di cui al d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81 e altre norme con il medesimo approccio – se vuoi A, allora devi B). Il rinvio dalla legge alla contrattazione collettiva ha un riflesso sul costo del lavoro e sull'accesso ai benefici economico-normativi. Sul punto ci sono alcuni problemi non facilmente risolvibili che traggono origine proprio dal quadro spiegato nei paragrafi che precedono.

La circolare INL 6 maggio 2019 n. 7 chiarisce che, ai fini all'art. 1, co. 1175, della l. 27 dicembre 2006, n. 296, gli ispettori del lavoro sono tenuti in ogni caso a valutare e verificare il trattamento garantito ai lavoratori (si v. anche la circolare INL 28 luglio 2020, n. 2). L'ispettore, che dovrà verificare la cd. equivalenza tra trattamenti economici e normativi, verifica quanto/cosa viene erogato al lavoratore, mettendo in rilievo, mediante comparazione, le differenze tra contratto collettivo effettivamente applicato e contratto collettivo, potenzialmente applicabile, sottoscritto dalle organizzazioni sindacali dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale. L'equivalenza tra trattamenti si deduce dall'assenza di differenze tra trattamenti. Non ci sono alternative. L'ispettore dovrà specificare nel verbale quali ccnl sono oggetto della comparazione e argomentare esiti, metodo e approccio iniziale della comparazione, con una certa attenzione ai contenuti protettivi che sono oggetto di tale comparazione. Sui contenuti economici, l'ispettore può svolgere, forse, un lavoro relativamente

³⁶ ALVINO, *I rinvii legislativi al contratto collettivo*, Jovene, 2018. Nella stessa linea anche VERZARO, *Vincoli associativi e applicazione del contratto collettivo*, in *RIDL*, 2018, I, p. 229 ss.

semplice (comparazione della mera parte salariale, non anche di quella normativa). Sui contenuti normativi (lavoro a termine, somministrazione, orario, malattia, etc.), l'ispettore potrebbe trovarsi in un campo molto più complicato.

Veniamo a ciò che ci interessa specificatamente. Da una parte, sappiamo che non esiste un metodo formalizzato da una legge, a uso degli ispettori, per la comparazione dei contenuti da verificare. Il che determinerà la contestazione dei verbali ispettivi e una varietà degli esiti ispettivi sul territorio che dipende da ciascun ispettorato territoriale, se non da ciascun ispettore (si richiama la menzionata sentenza del Trib. Trani 18 novembre 2019, n. 2195). Dall'altra, sappiamo che non esiste una metodologia per identificare il ccnl utile per la comparazione. Tuttavia, se ci limitassimo all'ambito della circolare INL 7/2019 (art. 1, co. 1175, già menzionato, dunque, regime del DURC e accesso ai benefici economici e normativi), si potrebbe prendere in considerazione la regola generale di cui al d.l. 9 ottobre 1989, n. 338, convertito, con modificazioni, dalla l. 7 dicembre 1989, n. 389 relativa ai minimali retributivi per finalità contributive, la quale dispone che la contrattazione sottoscritta dalle organizzazioni comparativamente più rappresentative è il termine di comparazione necessario per svolgere qualsiasi disamina ispettiva o giurisprudenziale. Di qui si deduce che i due termini di comparazione sono, da una parte, il ccnl che l'INPS ha individuato *ex* di cui al d.l. 9 ottobre 1989, n. 338, convertito, con modificazioni, dalla l. 7 dicembre 1989, n. 389 (ccnl sottoscritto da organizzazioni più rappresentative) e, dall'altra, un diverso/ulteriore ccnl (probabilmente sottoscritto da organizzazioni meno rappresentative).

Si tenga in considerazione che la circolare INL 6 maggio 2019 n. 7, chiarita con la circolare INL 10 settembre 2019, n. 9, si aggiunge alla linea di prassi amministrativa costruita con la circolare INL 25 gennaio 2018, n. 3 e la circolare INL 12 febbraio 2018, n. 4. Nelle circolari INL del 2018 si provava a definire un campo di azione ispettiva più complesso. In particolare, si cercava di collegare l'applicazione di discipline protettivo-normative, tra cui lavoro a termine, apprendistato, lavoro parziale, al vincolo a un ccnl sottoscritto da organizzazioni più rappresentative, in forza dell'art. 51 d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81. Il che potrebbe determinare che durante l'azione di accertamento, da una parte, per i fini dell'art. 51 d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81, l'ispettore sarebbe libero di individuare il ccnl, sottoscritto dalle organizzazioni comparativamente più rappresentative; mentre nella fase di accertamento per

i fini contributivi, l'ispettore non potrebbe discostarsi dalla comparazione sul salario previdenziale indicato dal ccnl di cui al d.l. 9 ottobre 1989, n. 338, convertito, con modificazioni, dalla l. 7 dicembre 1989, n. 389.

Nella prospettiva della potenziale valutazione dell'equivalenza tra contratti collettivi, proviamo a svolgere qualche richiamo ragionato delle ricerche condotte. Si è dimostrato che, pur intendendo far svolgere all'ispettore “un accertamento sul merito del trattamento economico/normativo effettivamente garantito ai lavoratori [...]”, è complicato dare la prova e argomentare che esistono tutele equivalenti tra ccnl sottoscritti da organizzazioni più rappresentative e ccnl sottoscritte da organizzazioni meno rappresentative.

Qui si riporta, nel paragrafo che segue, l'esito parziale dell'indagine scientifica sull'attività di verifica dell'equivalenza in alcune aree a alto contenuto protettivo (tra cui, flessibilità dei tipi contrattuali, orario di lavoro, classificazione del personale, costo derivate dall'adempimento dell'obbligazione contributiva per istituzioni paritetiche che erogano prestazioni e servizi) e in aree a contenuto procedimentale-contrattuale (coordinamento tra ccnl e contratto aziendale).

6. *Esposizione di alcuni punti critici rilevati dalla ricerca empirica (tipi contrattuali, orario, classificazione del personale, bilateralità, disarticolazione del coordinamento tra ccnl e contratto aziendale, agenti negoziali). Riduzione del costo del lavoro e accesso ai benefici economico-normativi. I problemi non risolti dall'ispettorato del lavoro e dalla giurisprudenza*

In relazione ai tipi contrattuali³⁷, nei ccnl Confcommercio e Confesercenti si stabilisce che i lavoratori a tempo determinato non possano superare il 20% di quelli a tempo indeterminato in servizio presso l'unità produttiva, con un rinvio alla contrattazione decentrata per eventuali applicazioni specifiche a livello aziendale o territoriale (si v. Accordo territoriale settore terziario, distribuzione e servizi provincia di Modena del 2019 e Accordo territoriale sui contratti a tempo determinato “Milano città turistica” del 2019). Nel ccnl di For.Italy, in deroga alla soglia legale del 20%, viene disposto un *décalage* in ragione del quale si può passare dal 40% (per le imprese con

³⁷ Si v. BOLOGNA, *Il contratto aziendale*, cit.

oltre 49 addetti) fino al 100% (per quelle sino a cinque dipendenti) della forza lavoro. Le soglie fissate dal ccnl sono peraltro derogabili *in peius* ad opera della contrattazione decentrata (territoriale o aziendale), in presenza di specifiche caratteristiche del settore e delle necessità di particolari categorie di imprese. Nel ccnl Anpit-Cisal terziario coesistono la soglia legale del 20% con quelle contrattuali, le cui percentuali dipendono da ragioni occupazionali (art. 48) che legittimano una derogabilità integrale dei limiti quantitativi al lavoro a tempo determinato. Inoltre, il contratto di lavoro a termine è ammesso senza limiti quantitativi per i lavoratori disoccupati iscritti regolarmente presso i centri per l'impiego da almeno tre mesi e entro il 60% per ragioni oggettive. Nel lavoro a tempo parziale, il ccnl For.Italy-Ugl regola le clausole elastiche le quali sono rese possibili solo in caso di part-time verticale o misto, con un limite nel tempo. Sul quantum si rinvia alle disposizioni di legge (art. 34). Nel ccnl Confimea/Federterziario si utilizzano le opzioni derogatorie di cui all'art. 6 d.lgs. 15 giugno 2015, n. 15: il datore di lavoro può richiedere alla controparte sino al 50% delle ore di lavoro concordate normalmente, fatti salvi specifici accordi individuali derogatori da sottoporre a apposita procedura di certificazione presso l'ente bilaterale. Le ore di lavoro supplementare sono retribuite con una maggiorazione del 30% della retribuzione oraria di fatto, che giungerà al 50% qualora la prestazione sia eseguita di notte. Nel ccnl Confcommercio e in quello Confesercenti si stabilisce che il lavoro supplementare possa essere prestato sino al raggiungimento dell'orario di lavoro del personale a tempo pieno, e che verrà retribuito con una maggiorazione del 35% in relazione alla quota oraria della retribuzione di fatto, comprensiva di istituti differiti quali il TFR. C'è anche la disciplina delle clausole elastiche/flessibili: l'art. 94 dispone che ci sia una distribuzione temporale delle ore lavorate e che essa sia soggetta a una maggiorazione dell'1,5%. In alternativa, le parti possono concordare un'indennità annuale minima pari ad almeno 120 euro, da erogare mensilmente. La variazione in aumento della prestazione non può eccedere il 30% della prestazione lavorativa concordata, salvo diversa disciplina della contrattazione decentrata (aziendale/territoriale); le ore in aumento saranno retribuite con una maggiorazione più favorevole rispetto alla disciplina legale.

In materia di orario di lavoro, i ccnl Confcommercio, Confesercenti e Federdistribuzione dispongono regimi di orario per particolari categorie di lavoratori (tre regimi differenziati – sino a 45 ore, 42 ore e 40 ore, con assorbimento di 24 ore di riduzione orario). Il ccnl ConflavoroPmi/Fisals, oltre

alle 40 ore generali, fissa regimi di orario differenziati per particolari categorie di lavoratori. Il ccnl Anpit/Cisal stabilisce che l'orario normale di lavoro sia fissato in 40 ore settimanali su cinque giorni (modello 5 giorni di 8 ore + 1 riposo + 1 festività), sei giorni (modello 6 giorni di 6,66 ore + 1 festività) o, per i lavoratori su turno, a sette giorni (modello 6 giorni di 8 ore + 1 riposo + 1 festività mobile). La flessibilità in diminuzione (40, 39 o a 38 ore settimanali) viene realizzata mediante l'assorbimento delle ore di ROL (i ccnl Confcommercio, Confesercenti e Federdistribuzione stabiliscono l'assorbimento di 36 o 72 ore di ROL per applicare il regime orario delle 39 o 38 ore) o della somma di ROL e permessi ex festività (il ccnl Confcooperative consente lo svolgimento di un orario di settimanale pari a 38 ore con assorbimento di 96 delle 104 ore di riduzione orario, le quali sono comprensive anche dei permessi ex festività). I ccnl sottoscritti da organizzazioni meno rappresentative tendono a non stabilire la possibilità di ricorrere ai permessi retribuiti per fini di riduzione dell'orario normale di lavoro. Il ccnl Confinnova/Sinast consente alla contrattazione decentrata l'assorbimento delle 40 ore annue di permesso ai fini della riduzione dell'orario normale di lavoro. Inoltre, i ccnl Confinnova-Cisal, Cnai-Confsal, Conflavoro-Confsal e Confimea-Ugl stabiliscono che l'orario multiperiodale in incremento debba essere limitato entro le 48 ore settimanali. I ccnl Confcommercio, Confesercenti e Federdistribuzione permettono, invece, al datore di lavoro un margine di flessibilità di 4/2 ore settimanali rispetto all'orario normale di lavoro, per un periodo ben definito (rispettivamente 16/24 settimane). Oltre tale soglia, la prestazione può essere richiesta. Essa, in tal caso, viene retribuita secondo la disciplina del lavoro straordinario. I ccnl Confcommercio, Confesercenti e Federdistribuzione rinviando, fissando regole generali, alla contrattazione decentrata la definizione il lavoro su turni e l'articolazione dell'orario settimanale su sei giornate. Nel ccnl Anpit/Cisal si dispone che la contrattazione decentrata possa definire ogni "deroga in tema d'orario di lavoro, di riposi e di straordinari, purché consentita, giustificata e contenuta nei limiti previsti dal presente ccnl e dalle norme inderogabili di legge".

Sulla classificazione del personale, ci sono due elementi nella verifica dell'equivalenza di cui alle circolari INL 2018 e 2019 che bisognerebbe sempre tenere in considerazione. Il primo elemento riguarda il contenuto delle scale classificatorie, le quali, definite secondo il metodo della declaratoria classica, pongono in livelli diversi, figure professionali che nella realtà svolgono mansioni pressoché simili. Il secondo elemento attiene alla relativa scala

retributiva: è facile dedurre che con scale classificatorie che pongono figure professionali simili in livelli diversi, la riduzione del costo del lavoro è quasi automatica. Osserviamo da vicino i ccnl analizzati: il ccnl Confcommercio pone, ad esempio, al 5° livello gli aiutanti commessi. La permanenza in tale livello può perdurare per un massimo di 18 mesi. Il lavoratore deve aver compiuto l'apprendistato nel settore merceologico per poter essere inquadrato in tale livello. Nei ccnl Confimea/Ugl (art. 93) e del ccnl Conflavoro/Confisal (art. 101). Analogamente, il ccnl For.Italy/Ugl (art. 21) inquadra i commessi specializzati provetti al 3° livello, i commessi al 4° livello e gli aiutanti commessi al 5° livello. Essi non determinano alcuna permanenza massima nel livello. Non c'è, di conseguenza, alcuna progressione automatica dal 5° al 4° livello per l'aiuto-commesso. Si noti altresì che nel ccnl Unici/Cisal la collocazione dei profili professionali nei livelli di inquadramento inferiori è molto accentuata. Ad esempio, l'aiuto macellaio e il secondo banconiere si trovano nel 1° livello (il più basso in assoluto). L'inquadramento superiore (2° livello) è riconosciuto ai banconieri, ai commessi ed ai macellai qualificati, mentre i macellai specializzati sono inseriti nel 3° livello, sugli otto previsti dalla classificazione del ccnl Unici/Cisal.

Da ultimo si può accennare anche alla questione dell'obbligazione contributiva per le istituzioni paritetiche, costituite nell'ambito di un ccnl, la quale essendo ragione di incremento del costo del lavoro, spinge spesso il datore di lavoro a effettuare la selezione del contratto collettivo da applicare. L'adempimento dell'obbligazione contributiva per le istituzioni paritetiche è connesso alla sanzione: da una parte, c'è la definizione di una sanzione privata (cioè, una norma contrattuale che disponga il diritto alla prestazione equivalente e/o il diritto a una speciale voce retributiva che si aggiunge al salario minimo – l'inadempimento è sanzionato con tali schemi negli enti bilaterali cd. non tipizzati/contrattuali o nei fondi sanitari integrativi); dall'altra, c'è la definizione di una sanzione di rilievo pubblicistico in relazione al tipo di ente/fondo bilaterale (i.e. l'inadempimento è sanzionato e assoggettato a riscossione pubblicistica nei fondi di solidarietà o fondi interprofessionali)³⁸. Nella contrattazione collettiva delle organizzazioni meno rappresentative non

³⁸ Si v. LEONARDI, *Rapporto sulla bilateralità nel terziario*, Ediesse, 2014. Sul punto rinvio anche ai miei studi in SANDULLI, BOZZAO, BIANCHI, CROCE, FAIOLI, *Indagine sulla bilateralità in Italia e in Francia, Germania, Spagna, Svezia*, in *Quaderni della Fondazione Giacomo Brodolini*, Roma, 2015, n. 52 e in FAIOLI, *Gli enti bilaterali tra obbligo e libertà nel sistema normativo italiano*, in *WP Fondazione G. Brodolini*, 2017.

vi è traccia alcuna di sanzione privata per l'inadempimento contributivo rispetto agli enti non tipizzati o ai fondi sanitari integrativi. La bilateralità CGIL, CISL e UIL con Confindustria (protocollo del 19 marzo 2014) e con Confindustria (protocollo del 7 settembre 2017) è stata regolata dalle organizzazioni sindacali e datoriali, con l'effetto di determinare, in alcuni casi, l'avvio di processi di aggiornamento di statuti, modelli organizzativi e assetti istituzionali interni alla tecnostruttura e al rapporto tra tecnostruttura e organi gestori degli enti bilaterali. Tali processi hanno tempi lunghi, non possono essere oggetto di uno studio serio, senza il monitoraggio e la verifica dell'impatto del cambiamento sulle prassi del passato. È, però, utile segnalare, in questa sede, che tali processi di aggiornamento non sono rilevabili nella contrattazione collettiva delle organizzazioni meno rappresentative.

Con riferimento al coordinamento tra livelli contrattuali si deve verificare l'eventuale spazio di disarticolazione nel coordinamento tra contratto collettivo nazionale e contratto collettivo decentrato. Per disarticolazione contrattuale si intende assenza di controllo da parte degli agenti contrattuali di livello nazionale, che sottoscrivono i ccnl rispetto agli agenti contrattuali che sottoscrivono il contratto decentrato. La disarticolazione contrattuale, sebbene sia una nozione prevalentemente utilizzata dagli studiosi di relazioni industriali³⁹, ha una valenza giuridica, soprattutto se posta in relazione al diritto comparato sindacale, con specifico riferimento al sistema tedesco e a quello francese. In sostanza, la disarticolazione va letta alla luce dell'efficacia reale del contratto collettivo, esistente in alcuni ordinamenti (in Germania, non in Italia)⁴⁰, nonché in relazione alla capacità delle organizzazioni nazionali (sindacali e datoriali) di influenzare le scelte delle rappresentanze dei lavoratori di negoziare a livello aziendale alcuni contenuti derogatori del ccnl. Nelle premesse dei ccnl delle organizzazioni minori ci sono elementi che vanno segnalati per dimostrare tale disarticolazione contrattuale⁴¹. Il problema

³⁹ Si v. lo studio svolto da THELEN, *Varieties of Liberalization and New Politics of Social Solidarity*, Cambridge University Press, 2014.

⁴⁰ TREU, *Regole*, cit.

⁴¹ Analizziamo il ccnl Confinnova/Sinast nelle cui premesse si specifica che le organizzazioni stipulanti “ribadiscono, fermo restando il ruolo del contratto collettivo nazionale di lavoro, il comune obiettivo di favorire lo sviluppo e la diffusione della contrattazione collettiva di prossimità e aziendale per cui vi è la necessità di promuoverne l'effettività e di garantirne una maggiore certezza ed esigibilità”; e ancora “il ruolo della contrattazione di secondo livello, territoriale di prossimità e aziendale, va rafforzato, ritenendola strategica per dare risposte a specificità diversificate, nei limiti dettati dalla legge e dal presente ccnl” o “il livello di contrattazione

delle deroghe *in peius* sta, dunque, nel controllo che, in forza dei principi che ispirano i protocolli o gli accordi nazionali, le organizzazioni sindacali e datoriali nazionali possono mettere in atto. Un controllo debole sulle deroghe causerà una maggiore disarticolazione contrattuale. Un controllo forte, invece, potrebbe determinare un più efficace coordinamento tra clausole contrattuali nazionali e quelle, anche in deroga, aziendali/territoriali. Dal punto di vista del diritto comparato, ciò significa che, nel sistema tedesco tale controllo si esercita mediante l'assistenza tecnica che – per prassi ormai consolidata da decenni – l'organizzazione sindacale (nazionale/locale) presta al *Betriebsrat* nell'ambito delle relative competenze fissate dalla legge⁴²: il diniego su una certa deroga da parte dell'organizzazione sindacale determina generalmente un veto da parte del *Betriebsrat*. Nel sistema italiano, invece, si deve verificare, di volta in volta, la specifica fattispecie derogatoria: si dovrà capire quale deroga viene attuata e come, e cioè se si fa o meno riferimento al contratto di prossimità⁴³ o, ancora, se si utilizza o meno il sistema dei protocolli sugli assetti contrattuali, con l'intervento della RSU o della RSA con voto successivo referendario, o se si è nell'ambito di una deroga procedimentalizzata derivante dalla gestione di crisi di impresa.

di prossimità ha propria autonomia e potere decisionale in particolare sulle seguenti materie". Nella medesima prospettiva, anche il ccnl Conflavoro/Confsal (art. 52 - Contrattazione collettiva decentrata) e il ccnl Ampit/Cisal, i quali stabiliscono la prevalenza del contratto aziendale sul contratto nazionale. I ccnl Confcommercio e Confesercenti, nell'ambito dei propri protocolli sulla rappresentatività e sugli assetti contrattuali del 2015 e del 2017, hanno avviato una nuova fase di controllo del coordinamento tra clausole dei ccnl e clausole, eventualmente anche derogatorie, dei contratti decentrati. Per esemplificare le conseguenze pratiche di tale impostazione: il ccnl For.Italy-Ugl stabilisce il ricorso al contratto di prossimità sulla deroga al regime della solidarietà negli appalti; il ccnl ANPIT/CISAL stabilisce che l'impresa subentrante dovrà assumere almeno il 60% del personale addetto nell'appalto o a integrazione del proprio organico, in caso di cambio appalto, che veda coinvolti almeno 10 lavoratori o l'8% dei lavoratori impiegati dell'impresa cedente.

⁴² L'art. 87 - *Betriebsverfassungsgesetz*, 25 settembre 2001 (BGBl. I S. 2518), modificato da ultimo dall'art. 4e della legge del 18 dicembre 2018 (BGBl. I S. 2651). Si v. KIRCHENER, *Key Aspects of German Employment and Labour Law*, Springer, 2018.

⁴³ In materia di contratto di prossimità ci sono alcuni studi che hanno ben intuito la portata a-sistemica dell'art. art. 8 d.l. 13 agosto 2011, l. conv. 14 settembre 2011, n. 148. Tra questi, si v. l'analisi di BAVARO, *L'aziendalizzazione nell'ordine giuridico-politico del lavoro*, in *LD*, 2013, n. 2, p. 213 ss.; DE LUCA TAMAJO, *La (in)derogabilità della normativa lavoristica ai tempi del "Jobs Act"*, in *Labor*, 2016, n. 5-6, p. 321 ss.; MAGNANI, *Il rapporto tra legge e autonomia collettiva*, in *DRI*, 2017, p.

7. *Una specie di ohne Tarifbindung Status all'italiana (il lato negativo). Il caso del terziario/turismo tra dissociazioni datoriali strategiche e dissociazioni datoriali simulate. Proposta. Osservazioni conclusive*

Il quadro che si presenta ci permette di capire che nel tempo è venuta a crearsi una specie di *OT Status* “all'italiana”. Come è noto, l'*ohne Tarifbindung Status (OT Status)*⁴⁴ nel sistema tedesco consiste nella dissociazione, concordata e programmata, del datore di lavoro dall'organizzazione datoriale, per un certo tempo e in vista di un possibile vincolo futuro, con effetti sul venir meno al vincolo al contratto collettivo applicabile. Alcuni obblighi retributivi sono definiti dalla regolazione tedesca in materia di salario minimo⁴⁵. Alcuni studiosi sottolineano che l'*OT Status* è stato (e continua a essere) una delle maggiori ragioni di successo delle relazioni industriali tedesche, permettendo forme di adattamento flessibile dei costi di impresa al mercato e alla competizione globale, senza incidenza negativa sull'occupazione⁴⁶.

Si può ritenere che una specie di *OT Status* esista anche in Italia, il cui lato negativo è assai evidente. Esso consiste in forme di sottrazione al vincolo contrattuale, con contestuale dissociazione datoriale dall'organizzazione. Sono forme di dissociazione datoriale che appaiono molto più articolate e temibili di quelle tedesche perché non sono regolate e vigilate. Nel terziario i problemi derivanti dai casi giurisprudenziali sulle imprese associate a Federdistribuzione sono noti. Nel 2011 Federdistribuzione aveva deciso di dissociarsi da Confcommercio, come federazione, con un effetto di trascinamento (quasi completo) delle relative imprese e con un effetto (non marginale) sulla contrattazione collettiva applicabile⁴⁷. Nel 2018 con la sot-

⁴⁴ Si v. WAAS, *Il ruolo delle organizzazioni datoriali nel sistema di contrattazione collettiva in Germania*, in *DLRI*, 2017, n. 154, p. 239 ss.; HAIPETER, *'Unbound' employers' associations and derogations: erosion and renewal of collective bargaining in the German metalworking industry*, in *IRJ*, 2011, n. 42.2, p. 174 ss.

⁴⁵ Si v. LIUKKUNEN, *Collective Bargaining*, cit., 2019; KIRCHENER, *Key Aspects*, cit., 2018.

⁴⁶ Si v. l'impostazione di TURNER, *Institutions and activism: crisis and opportunity for a german labor movement in decline*, in *Industrial and Labor Relations Review*, 2009, n. 62.3, p. 294 ss. e di PALIER, THELEN, *Institutionalizing Dualism: Complementarities and Change in France and Germany*, in *Politics Society*, 2010, n. 38, p. 119. Si v. anche la ricostruzione del dibattito in BORZAGA, *Il decentramento "controllato" della contrattazione collettiva nella Repubblica Federale Tedesca come antidoto alla crisi economica: realtà o mito*, in *DLRI*, 2015, p. 275 ss.

⁴⁷ FAIOLI, *Prassi*, cit., 2016.

toscrizione di un ccnl Federdistribuzione con FILCAMS CGIL, FISASCAT CISL, UILTUCS, quella dissociazione datoriale, che aveva comportato la correlata non applicazione del ccnl Confcommercio, è stata successivamente risolta in via negoziale.

La vicenda ci insegna che l'*OT Status* all'italiana, pur essendo diventata materia per i giudici⁴⁸, è materia della contrattazione collettiva. Nel settore della meccanica, il caso di dissociazione più noto riguarda FIAT. Qui gli studi e la giurisprudenza, anche costituzionale, sono quasi tutti orientati a considerare alcuni aspetti che attengono all'esito della dissociazione (si v. Corte cost. 27 luglio 2013, n. 231 che dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 19, co. 1, lett. b, l. 20 maggio 1970, n. 300 nella parte in cui non prevede che la rappresentanza sindacale aziendale possa essere costituita anche nell'ambito di associazioni sindacali che, pur non firmatarie dei contratti collettivi applicati nell'unità produttiva, abbiano partecipato alla negoziazione)⁴⁹.

⁴⁸ Si v. Trib. Milano 21 dicembre 2015, n. 3502 (inedita) che stabilisce che il datore di lavoro [La Rinascente] non ha posto in essere "alcuna condotta illegittima [...], né violato il principio di buona fede, non essendo quest'ultima tenuta a far applicazione del nuovo ccnl Terziario del marzo del 2015 (come chiarito con l'ulteriore comunicazione del 31/3/15 doc. 19 res.), risultando aver disdettato tutta la contrattazione collettiva sottoscritta dalla Confcommercio insieme alla Federdistribuzione a cui aveva conferito mandato ed avendola rispettata sino alle relative scadenze e non essendovi ragione di ritenere alla stessa applicabile, in modo difforme all'espressa volontà contraria, il nuovo accordo collettivo nazionale del Commercio, dovendosi così revocare il decreto ingiuntivo opposto e, in senso contrario". Ma si v., *ex multis*, Trib. Milano 24 aprile 2014, n. 4127 (inedita); Trib. Venezia 2 luglio 2014, n. 1238 (inedita); Trib. Torino 3 ottobre 2014, n. 4725 (inedita). La materia è stata trattata nel mio saggio, FAIOLI, *Prassi*, cit., 2016.

⁴⁹ Vengono segnalate dalla Corte costituzionale almeno tre possibili soluzioni: indice di rappresentatività, obbligo a trattare, rappresentanze di livello aziendale elette dai lavoratori ("[...] nella valorizzazione dell'indice di rappresentatività costituito dal numero degli iscritti, o ancora nella introduzione di un obbligo a trattare con le organizzazioni sindacali che superino una determinata soglia di sbarramento, o nell'attribuzione al requisito previsto dall'art. 19 dello Statuto dei lavoratori del carattere di rinvio generale al sistema contrattuale e non al singolo contratto collettivo applicato nell'unità produttiva vigente, oppure al riconoscimento del diritto di ciascun lavoratore ad eleggere rappresentanze sindacali nei luoghi di lavoro. Compete al legislatore l'opzione tra queste od altre soluzioni"). Si v. la ricostruzione della dottrina effettuata da CORAZZA, *Percorso di lettura sul caso FIAT*, in *DLRI*, 2016, p. 541 ss. Si segnalano, però, in particolare, gli studi di NAPOLI, *La corte costituzionale "leggifera" sulla FIOM nelle aziende FIAT*, in *LD*, 2013, p. 521 ss.; CARINCI F., *La tenuta del sistema di relazioni industriali alla prova del legislatore e della magistratura. Il buio oltre la siepe: Corte costituzionale 23 luglio 2013, n. 231*, in *DRI*, 2013, p. 899 ss.; RUSCIANO, *Sindacato "firmatario" o "trattante", purché "rappresentativo"* (Nota a C. Cost. 23 luglio 2013, n. 231), in *RGL*, 2013, II, p. 517 ss.; LISO, *La decisione della Corte costituzionale sull'articolo 19 della legge n. 300/1970 (Nota a C. Cost. 23 luglio 2013, n. 231)*, in *federalismi.it*, 2013, n. 15, p.

In altre parole, il fenomeno della dissociazione è stato prevalentemente analizzato come un “presupposto” da cui derivano alcuni effetti giuridici. La dissociazione datoriale non è stata, invece, studiata come la “conseguenza specifica” di alcuni fatti.

Ed è da qui, da questo punto, che muovono le conclusioni del presente studio. La dissociazione datoriale dall’organizzazione che ha sottoscritto il ccnl viene normalmente analizzata come un mero fatto elusivo (per l’appunto, la dissociazione è presupposto di alcuni effetti). Il datore di lavoro decide di dissociarsi, con l’effetto del far venir meno il vincolo al ccnl che l’organizzazione datoriale di appartenenza ha sottoscritto, salvo verificare di volta in volta le clausole di rinvio dinamico tra contratto individuale e contratto collettivo⁵⁰. Ciò significa che si dovrà verificare l’eventuale vincolo a un diverso/nuovo contratto collettivo da parte di quel datore di lavoro, con la conseguenza che, a seconda che si tratti di un ccnl sottoscritto da organizzazioni più rappresentative o da organizzazioni meno rappresentative, viene a realizzarsi quanto già descritto, in termini di accertamento ispettivo (e forse anche giudiziale) dell’equivalenza tra trattamenti economico-normativi. L’esito di questa dinamica è noto: la dissociazione da un certo ccnl, ma anche il successivo vincolo, con selezione tra i molteplici ccnl applicabili, a un ccnl che presenta tutele e costi inferiori rispetto a quello precedentemente applicato. Si tratta, in definitiva, di una dissociazione elusiva.

Un’impostazione diversa potrebbe, invece, permettere di fare un passo in avanti nell’elaborazione teorica (i.e. la dissociazione è conseguenza di alcuni fatti).

L’impostazione che si propone si orienta verso l’analisi del medesimo fenomeno in termini di dissociazione anche “strategica”. Il connotato dell’aggettivo “strategico” non è positivo. A scanso di equivoci, strategico qui significa che si considera l’operazione di selezione di un certo ccnl lo strumento fattuale mediante cui si possono ridurre i costi. Ecco lo spunto che si intende condividere all’esito della presente ricerca: se il fatto primario è

7. Si v. anche GUARRIELLO, *L’articolo 19 dello statuto rivisitato*, in *DLRI*, 2014, p. 767 ss.; LO FARO, *Compatibilità economiche, diritti del lavoro e istanze di tutela dei diritti fondamentali: qualche spunto di riflessione dal caso italiano*, in *DLRI*, 2014, p. 279 ss.; PESSI, *La democrazia sindacale tra legge ed autonomia collettiva*, in *DRI*, 2014, p. 368 ss.

⁵⁰ MARESCA, *Autonomia e diritti individuali nel contratto di lavoro (rileggendo “L’autonomia individuale e le fonti del diritto del lavoro”)*, in *DLRI*, 2009, p. 97 ss., rileggendo la teoria di Massimo D’Antona, sottolinea che la soluzione al problema dell’efficacia soggettiva del contratto collettivo è nel contratto individuale di lavoro.

l'operazione di selezione del ccnl, e non la dissociazione datoriale, si dovrà decidere se e come regolare tale fenomeno, prima e al posto della dissociazione del datore di lavoro. Cioè, si dovrebbe immaginare, ferma restando la libertà del datore di lavoro, una norma di legge volta a permettere la segnalazione (con tracciamento tecnologico-digitale, si v. il d.d.l. CNEL), oltre che la già esistente rilevazione UNIEMENS, del vincolo a un certo ccnl e non a un altro. Tale segnalazione dovrebbe pervenire contestualmente all'ispettorato e al sindacato. Ciò ovviamente presuppone una archiviazione e codificazione digitale unitaria dei ccnl, per tutta l'amministrazione pubblica italiana, nazionale e regionale (si v. d.d.l. CNEL di cui sopra). In questa ottica, la norma di legge, sostenendo l'informazione, la consultazione e l'esame congiunto, anche in vista di un contratto collettivo aziendale, dovrebbe, tra le altre cose, far attribuire alla rappresentanza eletta dai lavoratori un diritto all'informazione e alla consultazione sull'eventuale segnalazione di vincolo a un nuovo/diverso ccnl, con lo svolgimento di un esame congiunto finalizzato alla verifica del corretto coordinamento tra clausole del ccnl e clausole del contratto aziendale. Si introdurrebbe, in questo modo, un'ulteriore procedimentalizzazione dei poteri, dei diritti e degli obblighi delle parti, a livello aziendale, volta a verificare i percorsi (spesso strategici) di selezione del ccnl, rimettendo alla contrattazione collettiva aziendale l'eventuale soluzione. Del resto, "il governo di simili rapporti richiede un approccio diverso, non definitorio ma essenzialmente procedurale con l'attivazione cioè di procedure di esame e di monitoraggio fra le parti che permettano di adeguare le soluzioni contrattuali alla realtà produttive alla loro evoluzione"⁵¹.

⁵¹ TREU, *Regole*, cit.

Abstract

Nel presente saggio si svolge una disamina della relazione tra contrattazione collettiva del terziario e concorrenza tra organizzazioni stipulanti, con i relativi riflessi sulla differenza tra misurazione della rappresentatività per fini istituzionali dalla misurazione della rappresentatività per fini contrattuali (nell'archivio del CNEL, per il settore terziario, si rilevano 231 ccnl). In questa prospettiva, viene effettuata, da una parte, un'analisi dei recenti disegni di legge sul salario minimo e sulla rappresentatività e, dall'altra, una verifica dell'effettività della nozione di perimetro contrattuale, anche alla luce della funzione che l'INPS svolge per i fini di inquadramento previdenziale. Sono riportati, in termini comparativi tra contratti sottoscritti da organizzazioni più rappresentative e contratti di organizzazioni meno rappresentative, alcuni punti critici rilevati nell'ambito di una ricerca empirica svolta sulla contrattazione nel terziario (tipi contrattuali, orario di lavoro, classificazione del personale, bilateralità e disarticolazione tra livelli contrattuali). Si sollecita una riflessione su una soluzione pragmatica (qui definita, *ohne Tarifbindung Status* all'italiana), muovendo proprio dal caso del terziario e dalle relative dissociazioni datoriali strategiche.

In the Italian commerce sector, about 231 applicable national collective bargaining agreements (NCBAs) are filed in the competent national archive (CNEL – The Italian Social and Economic Committee). In this essay, the collective bargaining agreements competition, arising from the related bargaining-organizations' competition, is analyzed. Such competition determines significant troubles for the Italian industrial relations system and the related labor law approach, dealing with, on one side, the measurement of the unions/employers' organizations representativeness, and, on the other, the statutory minimum wage recent draft law proposal (March 2020). An overview of the theoretical differences between the labor law notion of CBAs' scope and the social security law notion of CBAs' scope is carried out. A data driven investigation concerning the workers' protections and the related costs is carried out with the aim to highlight the differences between CBAs bargained with CGIL/CISL/UIL (normally considered the most representative unions at national level) and CBAs bargained with unions that are not considered representative. A pragmatic solution for the Italian industrial relation system is proposed in the last paragraph of the essay (here also defined "the Italian way to the *ohne Tarifbindung Status*").

Key words

Contrattazione collettiva, crisi economica, decentramento.

Collective bargaining, economic crisis, Decentralisation.

Andrea Gentile

D.lgs. 231/2001, sicurezza sul lavoro e responsabilità delle imprese: giurisprudenza recente ed emergenza Coronavirus

Sommario: **1.** Premessa. **2.** I reati colposi in tema di sicurezza sul lavoro nel sistema di responsabilità ascrivibile all'ente. **3.** La peculiare nozione di interesse o vantaggio dell'ente nei reati colposi. **4.** L'impatto del virus COVID-19 sulle aziende. **5.** L'adozione del Modello di organizzazione, gestione e controllo: le ragioni di una valida scelta organizzativa. **6.** Considerazioni finali.

I. *Premessa*

La l. 29 settembre 2000, n. 300 all'art. 11, ha delegato il governo a disciplinare la responsabilità "amministrativa" delle persone giuridiche e degli enti privi di personalità giuridica.

Il d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, in attuazione della delega, come noto, ha introdotto, nel nostro ordinamento la responsabilità "amministrativa" degli enti per i reati commessi "nel loro interesse o a loro vantaggio" da persone che rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente o di una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale, nonché da persone che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo dello stesso, ovvero da persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza di uno dei predetti soggetti.

Tale responsabilità riguarda gli enti forniti di personalità giuridica, le società e le associazioni anche prive di responsabilità giuridica, ad esclusione dello Stato, degli enti pubblici territoriali, degli altri enti pubblici non economici e degli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale, e al di là dell'intitolazione contenuta nel decreto "Illecito amministrativo dipendente

da reato”, è a tutt’oggi controverso se la natura del rimprovero ascrivibile all’ente sia da qualificare come amministrativo o autenticamente penale.

In quest’ultimo senso sembra, decisamente, deporre il fatto che la responsabilità dell’ente è agganciata alla commissione di reati, determinati reati e non altri e che la sede del suo accertamento è il processo penale: in tale profilo si coglie la dimensione politica, oltre che giuridica, dell’intervento.

Di recente, poi, anche la giurisprudenza ha avuto modo, a più riprese, di esprimersi a favore della natura penale della responsabilità¹ e di riaffermare la contestuale applicazione dei fondamentali principi disciplinanti la materia penale con riferimento all’ente, *in primis* quello di legalità².

La selezione dei reati presupposto, come è stato osservato, ha la stessa funzione che, all’interno degli specifici reati caratterizzanti la responsabilità penale personale, hanno le modalità di condotta (stabilire ciò che ha rilevanza penale e ciò che non ce l’ha, a fronte della lesione al bene giuridico); così, la selezione dei reati presupposto stabilisce ciò che sarà sanzionato e ciò che non lo sarà nei confronti dell’ente³.

Al nucleo originario di delitti presupposto circoscritto ad alcune ipotesi delittuose, delitti contro la pubblica amministrazione o in cui lo Stato è considerato come soggetto passivo (artt. 24 e 25 d.lgs. 231/2001), espressione di una scelta “minimalista”, è seguito un significativo e costante ampliamento dell’ambito di applicazione della disciplina, coerente con le indicazioni della legge delega. Ancora, più di recente, il *corpus normativo* del decreto ha visto un progressivo allargamento, tra gli altri, ai reati ambientali, di auto riciclaggio e false comunicazioni sociali e, da ultimo, alle principali fattispecie tributarie presenti nel nostro ordinamento.

¹ Di tale avviso, Cass. Pen. 20 dicembre 2005, n. 3615, in *Cass. pen.*, 2007, II, 74, e Cass. Sez. Un. 30 novembre 2009, n. 20936.

² PERINI, *Responsabilità dell’ente per reati ambientali e principio di legalità*, nota a Cass. Pen. 30 settembre 2015, n. 39373, in *DPC*, 2015, 2, p. 190.

³ CARMONA, *La responsabilità degli enti: alcune note sui reati presupposto*, in *RTDPE*, 2003, p. 995.

2. *I reati colposi in tema di sicurezza sul lavoro nel sistema di responsabilità ascrivibile all'ente*

Particolare rilievo assume, nel *sottosistema* di cui ci occupiamo, l'approfondimento di un'ulteriore problematica legata all'introduzione nel novero dei reati presupposto del decreto delle fattispecie di omicidio colposo e lesioni colpose gravi o gravissime commesse con violazione delle norme sulla prevenzione degli infortuni sul lavoro.

Tali reati originariamente previsti dalla l. 3 agosto 2007, n. 123 all'art. 9, recante "misure in tema di tutela della salute e della sicurezza sul lavoro e delega al Governo per il riassetto e la riforma della normativa in materia", sono stati successivamente riformulati nel relativo contenuto dal d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81, attuativo della medesima delega in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro (c.d. Testo Unico in materia di sicurezza sul lavoro).

Si tratta di importanti interventi legislativi, ancora oggi oggetto di vivo interesse per gli studiosi e gli operatori del settore, effettuati nel tentativo di fornire una concreta risposta alle istanze, provenienti anche dalle massime autorità dello Stato, volte a porre un argine al grave e perdurante fenomeno degli infortuni sul lavoro.

In tal senso, infatti, proprio in considerazione dell'importanza rivestita dalla materia, in sede di emanazione della legge delega il parlamento aveva deciso di stralciare la disposizione riguardante la responsabilità degli enti dal complesso della delega al governo, introducendola immediatamente nell'ordinamento giuridico con una norma *ad hoc*.

Tale opzione normativa assunse, da subito, un'ampia portata precettiva nell'ambito del sistema repressivo fondato sul *societas delinquere et puniri potest*.

Difatti la scelta di inserire tali fattispecie nell'alveo normativo del decreto ha da un lato, segnato l'ingresso dei delitti colposi nell'ambito del diritto punitivo degli enti, fino ad allora concepito per contrastare fenomeni legati alla criminalità dolosa d'impresa, e nel contempo ha rafforzato il processo riformatore imposto dal legislatore del 2001.

In tal senso, come è noto, la comprensione di tali reati nel catalogo di quelli che potevano dar luogo a responsabilità dell'ente era già prevista dalla legge di delega n. 300/2000, della quale il d.lgs. 231/2001 è attuazione⁴.

⁴ Sui rapporti tra legge delega e decreto legislativo PIERGALLINI, *Sistema sanzionatorio e*

Infatti l'art. 11, comma 1, lett. c di tale legge obbligava il legislatore delegato a “prevedere la responsabilità in relazione alla commissione dei reati previsti dagli articoli 589 e 590 del codice penale che siano stati commessi con violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro o relative alla tutela dell'igiene e della salute sul lavoro”.

D'altronde l'originaria esclusione da parte del legislatore delegato di tali reati dal catalogo di quelli per i quali l'ente può essere chiamato a rispondere, risultò oggetto di diffusa contestazione da una parte della dottrina la quale, non a caso parlò, a questo proposito, di una “rivoluzione timida” e di “timidezza del governo del tempo”⁵.

L'allargamento della responsabilità dell'ente a tali fattispecie ha risposto, così, alla *ratio* ispiratrice del sistema, improntata sulla logica della responsabilità per i reati legati allo sviluppo accidentale patologico dell'attività d'impresa profilando, al contempo, i presupposti per l'attuale consistente espansione della normativa in questione.

3. *La peculiare nozione di interesse o vantaggio dell'ente nei reati colposi*

L'ente, come detto, può essere chiamato a rispondere del reato commesso da soggetti che in esso ricoprono posizioni apicali o sono a questi sottoposti, in quanto il reato sia stato commesso “nel suo interesse o a suo vantaggio”.

Tale criterio oggettivo di ascrizione della responsabilità, è indicato all'art. 5, comma 1, del d.lgs. 231/2001. Stando alla lettera della legge, dunque, la trasmissione della responsabilità all'ente discende sia dal fatto commesso nel suo *interesse* sia dal fatto che abbia per lo stesso una ricaduta vantaggiosa.

Il requisito dell'*interesse* rimanda a un profilo di destinazione dell'atto e si caratterizza, pertanto, in senso marcatamente soggettivo. Il requisito del vantaggio, al contrario, rappresenta un dato oggettivo. Come evidente, l'*interesse* è suscettibile di verifica *ex ante*, il *vantaggio* richiede sempre una verifica

reati previsti dal codice penale, in DPP, 2001, p. 1355; BELLINA *Il disegno di legge delega per l'emanazione di un testo unico in materia di sicurezza e salute sul lavoro: Le novità sul piano sanzionatorio*, in www.dottrinaediritto.ipsoa.it.

⁵ CARMONA, *La responsabilità amministrativa degli enti: Reati presupposto e modelli organizzativi*, in Riv. 231, 2006, p. 205; PULITANO', *Diritto Penale*, Giappichelli, 2005, p. 736; ROSSI, *La responsabilità dell'ente per il reato commesso nel suo interesse*, Cedam, 2004, p. 48.

ex post e può ricorrere anche quando la persona fisica non ha agito nell'interesse dell'ente; di talché, ai fini del perfezionamento dell'illecito dell'ente, sembra sufficiente che quest'ultimo abbia tratto vantaggio dal reato, a prescindere dall'intento che ha animato la condotta della persona fisica⁶.

Per temperare l'effetto di ampliamento dell'area di punibilità che in base a tale conclusione si determinerebbe, il legislatore ha stabilito al comma 2 dello stesso art. 5 che "l'ente non risponde se le persone indicate nel comma precedente hanno agito nell'interesse esclusivo proprio o di terzi". In tal modo, al ricorrere di questa circostanza, diventa irrilevante il *vantaggio* eventualmente tratto dall'ente, che dunque non andrà incontro ad alcuna sanzione.

La formula "nell'interesse o a vantaggio dell'ente", stando alle precisazioni della relazione ministeriale al d.lgs. 231/2001, costituisce, dunque, il senso del rapporto di identificazione tra l'individuo che compie il reato e l'ente per il quale esso viene realizzato.

Non v'è chi non veda, come la responsabilità dell'ente possa ancora configurarsi anche in ipotesi di "interesse coincidente", ovvero nel caso in cui il reo abbia agito prevalentemente per il perseguimento di un suo interesse autonomo ma l'ente ne abbia, comunque, tratto, in definitiva, un interesse obiettivo, finendo entrambi per coincidere.

Conclusivamente, affinché possa muoversi un qualsivoglia addebito di responsabilità all'ente, è sufficiente che la condotta dell'autore materiale del reato tenda oggettivamente e concretamente a realizzare, nella prospettiva del soggetto collettivo, anche l'interesse del medesimo⁷.

Sia in giurisprudenza⁸ che in dottrina⁹ è prevalsa l'interpretazione secondo cui i criteri di interesse o vantaggio, con riferimento ai reati di natura colposa, debbano riferirsi non alle finalità che presiedono al reato ma alla condotta che lo ha determinato, quindi alla violazione di norme. Muovendo da tale assunto, è possibile immaginare cioè che la condotta colposa tenuta dal soggetto agente non presenti nessun preciso orientamento finalistico ma

⁶ In tema, per tutte, Cass. Pen. 20 dicembre 2005, n. 3615, in *Cass. Pen.*, 2007, II, p. 74.

⁷ In tale direzione, Cass. Pen. 26 aprile 2012, n. 40380, Rv. 253355, e Cass. Pen. 28 novembre 2013, n. 10265, Rv. 258577.

⁸ Per tutte, Cass. Pen. Sez. Un., 18 aprile 2014, n. 38343, Rv. 261114-01 e Rv. 261115-01.

⁹ Tra tutti, D'ARCANGELO, *La responsabilità da reato degli enti per gli infortuni sul lavoro*, in *Riv. 231*, 2008, p. 77; SANTORIELLO, *Riflessioni sulla possibile responsabilità degli enti collettivi in presenza dei reati colposi*, in *Riv. 231*, 2011, p. 71; DE SIMONE, *La responsabilità da reato degli enti: Natura giuridica e criteri (oggettivi) d'imputazione*, in *DPC*, 2012, p. 32.

che da tale condotta l'ente possa comunque aver tratto un vantaggio in termini di riduzione di spesa o risparmio dei costi di gestione; in tal caso l'ente è comunque considerato responsabile.

Questo il punto d'approdo della *vexata quaestio* seguita, a suo tempo, all'ingresso dei reati di omicidio colposo e lesioni gravi o gravissime nel catalogo dei reati presupposto dell'ente, e riguardante l'asserita incompatibilità logica sussistente tra la non volontarietà dell'evento che caratterizza gli illeciti colposi e l'impianto normativo fondante i criteri di "interesse e vantaggio"¹⁰.

Si tratta, cioè, di valorizzare l'ormai consolidata prospettiva interpretativa¹¹ secondo cui l'interesse non sarebbe più colto in relazione al reato, così come per gli illeciti dolosi, bensì all'attività d'impresa nel corso della quale si perfeziona il reato (interesse mediato) e trova riscontro nel conseguente risparmio di spese che si sarebbero dovute sostenere per prevenire il rischio connesso alle condotte colpose poste in essere e per evitare la commissione di reati della medesima specie di quelli verificatisi.

In particolare, nei reati dolosi l'intenzione dell'autore e gli obiettivi della società finiscono per coincidere rendendo, certamente, più agevole l'accertamento delle correlate responsabilità. Nei reati colposi è necessario invece, maggiormente, accertare se la colpa del singolo sia scaturita da una adeguata e preventiva carenza organizzativa dell'impresa per poter estendere la responsabilità anche all'ente.

Nello specifico, sul punto, si va consolidando l'orientamento per cui i comportamenti che hanno determinato l'illecito colposo devono essere ispirati a scelte operate al fine di ottenere vantaggi – anche solo mediati – per l'ente, a prescindere dall'intenzione da parte del soggetto agente di realizzare effettivamente il reato.

¹⁰ In dottrina, tra i tanti si segnalano, BRICHETTI, PISTORELLI, *Responsabili anche gli enti coinvolti*, in *GD*, 2007, 35, p. 40; DOVERE, *L'impatto della l. 3.8.2007, n. 123 sull'apparato sanzionatorio della tutela della salute e della sicurezza del lavoro*, in RUSCIANO, NATULLO (a cura di), *Ambiente e sicurezza del lavoro, Appendice di aggiornamento alla legge 3 agosto 2007, n. 123*, in CARINCI, *Diritto del lavoro*, VIII, Torino, 2008, p. 105; ZANALDA, *La responsabilità degli enti per gli infortuni sul lavoro prevista dalla Legge 3 agosto 2007 n. 123*, in *Riv. 231*, 2007, n. 4, p. 100.

¹¹ Più di recente, in senso conforme, cfr. Cass., sez. IV, 19 marzo 2019, n. 15335; Cass. Pen., sez. IV, 21 marzo 2019, n. 28097; Cass. Pen., sez. V, 16 aprile 2018, n. 16713; Cass. Pen., sez., IV, 19 febbraio 2015, n. 18073; Cass. Pen., sez. IV, 16 luglio 2015, n. 31003, Italnastrì S.p.A.; Cass. Pen., sez. V, 21 gennaio 2016, n. 2544; Cass. Pen., sez. IV, 20 luglio 2016, n. 31210. In ambito di merito, Trib. Trani, sez. dist. di Molfetta, 11 gennaio, in *CM*, 2010, p. 410; Trib. Pinerolo, 23 settembre 2010, in www.rivista231.it; G.u.p. Trib. Novara, 1 ottobre 2010, in www.dirittopenalecontemporaneo.it.

L'evoluzione giurisprudenziale recente ha avuto modo di specificare ancora che il requisito dell'*interesse* dell'ente ricorre quando la persona fisica ha consapevolmente agito allo scopo di far conseguire un'utilità all'ente, consistente ad esempio in un risparmio di costi in materia di prevenzione, indipendentemente dal suo effettivo raggiungimento.

Il *vantaggio*, invece, sussiste quando la persona fisica che agisce per conto dell'ente viola sistematicamente le norme prevenzionali, realizzando una politica d'impresa disattenta alla materia della sicurezza sul lavoro, consentendo un contenimento della spesa e una massimizzazione del profitto, indipendentemente dalla volontà di conseguire il vantaggio stesso¹².

Sulla scorta di tali considerazioni appare ormai pacifico come l'interesse e il vantaggio degli enti, in materia di illeciti colposi, siano da collocare in una prospettiva prevalentemente di tipo patrimoniale¹³ potendosi gli stessi configurare anche in presenza di significative omissioni nelle procedure o di carenze in ambito formativo o informativo.

Muovendo da tale assunto, dunque, appare evidente che se le attività e le procedure dell'impresa non risultano in linea con quanto disposto dal d.lgs. 231/2001, sussisterà, in ipotesi di violazione di norme, un chiaro rischio di responsabilità per l'ente. Se poi le medesime violazioni costituiranno la risultante di decisioni deliberatamente assunte in un'ottica di risparmio di costi, il vantaggio dell'ente apparirà ragionevolmente sussistente.

Al contrario, in tutti i casi in cui il reato appaia come la risultante di una cattiva organizzazione aziendale, o di una condotta negligente, che però non abbia prodotto alcuno specifico effetto, anche di carattere non strettamente economico, in termini di interesse o vantaggio per l'impresa, occorrerà escluderne la relativa responsabilità.

Non di meno, però, occorre sottolineare come, la prassi giurisprudenziale formatasi a riguardo ha, salvo poche eccezioni, sviluppato un orientamento decisamente rigorista nei confronti del datore di lavoro¹⁴.

¹² Da ultimo, Cass. Pen., sez. IV, 7 novembre 2019, n. 3731, in www.rivista231.it.

¹³ AMATO, *Riflessioni giurisprudenziali sull'entità del "risparmio sui costi" della sicurezza ai fini dell'addebito di responsabilità*, nota a Cass. Pen. 29 aprile 2015, n. 18073, in *Riv. 231*, 2015, 3, 207.

¹⁴ Di tal guisa anche la più recente pronuncia Cass. Pen., sez. IV, 5 maggio 2020, n. 13575, in www.ipsoa.it che conferma alcuni principi in tema di responsabilità delle società legata alla sicurezza sul lavoro. Nel caso di specie a seguito di un grave infortunio sul luogo di lavoro, il Tribunale di Venezia condannava l'amministratore unico di una società ai sensi dell'art. 590, comma 3, c.p. e la medesima società ai sensi dell'art. 25 *septies* del d.lgs. 231/2001, peraltro comminando alla stessa, oltre alla sanzione pecuniaria, anche una sanzione interdittiva. In particolare,

4. *L'impatto del virus COVID-19 sulle aziende*

La prospettiva sinora richiamata acquista rinnovato “vigore” anche alla luce degli eventi di cogente attualità tra cui, in particolare, l'emergenza legata alla diffusione del virus Covid-19 – meglio noto come *Coronavirus* – che ha diffusamente inciso sulla vita delle persone e delle imprese¹⁵.

Il virus ha assunto nel breve termine una capacità di contagio inarrestabile, di fatto obbligandoci a radicali quanto doverosi comportamenti di distanziamento sociale finalizzati ad evitare un “effetto domino” in ordine alla sua diffusione ed, al contempo, i diversi provvedimenti normativi “restrittivi” emanati dal Governo e dalle Autorità territoriali, volti a fronteggiare tale drammatica condizione emergenziale, hanno richiesto ai destinatari di provvedere quotidianamente all'adozione di comportamenti preventivi e di veri e propri “protocolli di comportamento” funzionali ad un'imponente limitazione dei rischi epidemiologici¹⁶.

veniva contestato ed addebitato all'amministratore unico, quale datore di lavoro, la violazione dell'art. 29, comma 3, del d.lgs. 81/2008 (Testo Unico sulla sicurezza sul lavoro), consistente nel mancato aggiornamento del documento di valutazione dei rischi (DVR), e dell'art. 77, comma 3, del medesimo Testo Unico, consistente nella mancata consegna ai dipendenti dei dispositivi di protezione individuali (DPI). Più precisamente, secondo il Tribunale giudicante, l'incidente sul lavoro era stato determinato sia dalla circostanza che non erano stati consegnati DPI idonei al tipo di lavorazione svolta dal dipendente poi infortunatosi sia dalla circostanza che non era stata effettuata una adeguata formazione, anche sotto forma di aggiornamento del DVR, in merito agli specifici rischi del processo produttivo in questione. La condanna della società veniva inoltre motivata, tra l'altro, con l'esistenza di un vantaggio in capo alla stessa (ai sensi dell'art. 5 del d.lgs. 231/2001), rappresentato dal risparmio delle spese connesse all'acquisto e fornitura degli idonei DPI ed alle attività di formazione del personale anche attraverso l'adeguamento del DVR nonché dal maggior guadagno legato al mancato rallentamento che l'attività produttiva avrebbe altrimenti potuto subire con l'applicazione di condotte più contenitive del rischio in questione.

¹⁵ L'Organizzazione mondiale della sanità, il 30 gennaio 2020, ha dichiarato l'epidemia da COVID-19 un'emergenza di sanità pubblica di rilevanza internazionale e successivamente, l'11 marzo 2020, ha valutato la stessa emergenza come pandemia in considerazione dei livelli di diffusività e gravità raggiunti a livello globale.

¹⁶ Tra le disposizioni necessarie e urgenti – costituenti la c.d. normativa emergenziale – emanate al fine di adottare misure di contrasto e contenimento alla diffusione del virus COVID-19 si segnalano, in particolare: d.l. 23 febbraio 2020, n. 6 “Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19” (Gu Serie Generale n. 45 del 23 febbraio 2020); d.P.C.M. 23 febbraio 2020 “Disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19” (Gu Serie Generale n. 45 del 23 febbraio 2020); d.P.C.M. 08

In questo delicato momento storico, viepiù caratterizzato da un quadro normativo in continua evoluzione, il compito dell'imprenditore risulta, dunque, essere particolarmente complesso e alla luce delle predette evenienze, acquista rinnovata rilevanza quanto previsto dall'art. 2087 c.c. in base al quale "l'imprenditore è tenuto ad adottare nell'esercizio dell'impresa le misure che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro". Tale previsione, avente carattere generale, trova poi specifica declinazione in apposite previsioni legislative, in particolare nel d.lgs. 81/2008, Testo Unico in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro.

Nella situazione di cui si discute, occorre dare conto di come tali circostanze e le imponderabili dinamiche di diffusione del *virus*, espongano a potenziali profili di responsabilità non soltanto il datore di lavoro e le persone fisiche ma anche gli enti in quanto tali¹⁷.

In caso di contagio, difatti, la mancata adozione delle più adeguate misure precauzionali di tutela potrebbe esporre l'azienda alla responsabilità in questione.

In tal senso, difatti, l'imputabilità della società potrebbe scaturire in relazione alle esaminate fattispecie colpose, con riferimento a quei profili di

marzo 2020 "Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19" (Gu Serie Generale n. 59 dell' 8 marzo 2020); d.P.C.M. 9 marzo 2020 "Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, applicabili sull'intero territorio nazionale" (Gu Serie Generale n. 62 del 9 marzo 2020); d.P.C.M. 11 marzo 2020 "Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, applicabili sull'intero territorio nazionale" (Gu Serie Generale n. 64 dell' 11 marzo 2020); d.P.C.M. 1 aprile 2020 "disposizioni attuative del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, recante misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19, applicabili sull'intero territorio nazionale" (Gu Serie Generale n. 88 del 2 aprile 2020).

¹⁷ Con riferimento agli ambiti di responsabilità penale datoriale, in particolare, si rileva come già la sola violazione delle disposizioni del d.lgs. 81/2008 integri di per sé – ovvero a prescindere dalle più gravi ipotesi di reato di lesioni o omicidio colposo del lavoratore in violazione delle norme sulla tutela della salute e della sicurezza sul lavoro – delle fattispecie contravvenzionali punite con la pena dell'arresto o dell'ammenda. Tali ipotesi di reato sono estinguibili mediante oblazione in sede amministrativa con il pagamento di una somma pari ad un quarto del massimo della ammenda (d.lgs. 19 dicembre 1994, n. 758) o dinanzi al Giudice Penale con il pagamento una sanzione pecuniaria pari ad un terzo (art. 162 c.p.), o alla metà (art. 162 bis c.p.), del massimo della pena prevista per la singola violazione.

“colpa in organizzazione” connessi alla violazione di determinate norme sulla tutela della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro quali, in particolare, l’omessa o insufficiente sorveglianza sanitaria *ex art. 41 d.lgs. 81/2008*, la mancata valutazione dei rischi ai sensi dell’art. 17 d.lgs. 81/2008 ovvero dei rischi derivanti dall’esposizione agli agenti biologici presenti nell’ambiente di lavoro *ex art. 271 d.lgs. 81/2008*.

Se poi si considera che ai sensi dell’art. 42 del d.l. 17 marzo 2020, n. 18 (decreto legge Cura Italia), l’infezione accertata da Covid – 19 contratta “in occasione di lavoro” costituisce infortunio ai sensi del d.lgs. 81/2008 appare di tutta evidenza come il rischio di contagio diviene fenomeno naturalistico che comporta un nuovo profilo di rischio biologico ad alta intensità e che impone una valutazione specifica ai sensi del d.lgs. 81/2008 e l’adozione di adeguate misure al fine della prevenzione anche degli illeciti di cui all’art. 25 *septies* del d.lgs. 231/2001.

In ogni caso, al fine di ritenere sussistente la responsabilità dell’ente con conseguente applicazione delle sanzioni previste dalla normativa¹⁸, dovrebbe essere, comunque, accertato, come visto, che i reati di lesioni gravi o gravissime ovvero di omicidio colposo siano stati commessi nell’interesse o comunque a vantaggio dell’ente stesso. La ricorrenza di tale presupposto oggettivo potrebbe trarre “nuova linfa vitale” nell’esaminata prospettiva in cui la società abbia omesso di adottare le misure di prevenzione del contagio allo scopo di risparmiare sui costi per l’adeguamento delle misure medesime ovvero per incrementare la produttività, a scapito della salute dei lavoratori.

Un siffatto frangente, connotato dal carattere particolarmente diffusivo dell’evolversi situazione epidemiologica, impone, dunque, in modo stringente

¹⁸ L’apparato sanzionatorio a disposizione del giudice penale risulta particolarmente incisivo e articolato. Si prevedono, infatti: 1) sanzioni pecuniarie; 2) sanzioni interdittive; 3) confisca; 4) pubblicazione della sentenza. A loro volta le sanzioni interdittive consistono: a) nell’interdizione dall’esercizio dell’attività; b) nella sospensione o nella revoca di autorizzazioni, licenze o concessioni funzionali alla commissione dell’illecito; c) nel divieto di contrattare con la pubblica amministrazione, salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio; d) nell’esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi e nell’eventuale revoca di quelli già concessi; e) nel divieto di pubblicizzare beni e servizi. Sono sanzioni che in grandissima parte, provengono dal diritto penale, ove quella pecuniaria assolve la funzione di pena principale mentre la gran parte delle sanzioni interdittive e la pubblicazione della sentenza sono considerate pene accessorie. Per ciò che riguarda la confisca, occorre segnalare che la sua estensione anche alla moderna forma c.d. per equivalente ne esalta il contenuto affittivo, in coerenza alla riconosciuta natura di sanzione principale e obbligatoria che riveste all’interno del sistema di responsabilità ascrivibile all’ente.

per l'azienda l'indifferibile adozione di misure comportamentali di tutela; *in primis*, oltre ai connessi presidi previsti ai sensi del d.lgs. 231/2001¹⁹ di cui si dirà più nello specifico, quella di un'ideale attività di valutazione dei rischi in ambito lavorativo²⁰.

In primo luogo, infatti, il datore di lavoro, in collaborazione con l'RSPP (Responsabile del Servizio di Prevenzione e Protezione), il medico competente e tutte le altre figure coinvolte nella gestione del "sistema-salute" e della sicurezza aziendale, è chiamato a considerare l'eventuale aggiornamento del DVR (Documento Valutazione dei Rischi) mediante l'integrazione di tutti i rischi inerenti gli "agenti biologici", avendo chiaramente cura di considerare il fatto che si tratta di uno scenario circostanziale e in continua evoluzione.

Muovendo da tali presupposti, al fine di tutelare la salute e la sicurezza di tutti i lavoratori, al datore di lavoro competerà, pertanto, adottare adeguate misure precauzionali preventive, finalizzate ad aumentare il livello di sicurezza all'interno di ciascuna realtà aziendale.

In tale ambito, assumono particolare rilevanza i precetti imposti dal Governo e le raccomandazioni diffuse dalle autorità sanitarie, suscettibili di rappresentare una base utile per l'aggiornamento del Documento di Valutazione dei Rischi ovvero ai fini della redazione di appositi piani di intervento, segnatamente: la sanificazione dei luoghi di lavoro assicurando la salubrità degli ambienti; la diffusione di idonei dispositivi di protezione individuale (anche sotto il profilo ergonomico); la sospensione di tutti i corsi di formazione in aula e il divieto di effettuare incontri collettivi in situazioni di affollamento

¹⁹ Appare in questo senso sin d'ora opportuno premettere come le organizzazioni aziendali secondo quanto previsto dall'art. 30 del d.lgs. 81/2008 hanno l'onere di dimostrare la definizione di un modello organizzativo e gestionale da adottare ai sensi del d.lgs. 231/2001 che includa: un'adeguata valutazione dei rischi e le conseguenti misure di prevenzione e protezione conseguenti per i lavoratori, con particolare riferimento al rischio biologico – art. 271 d.lgs. 81/08; appropriati provvedimenti per evitare che le misure tecniche e organizzative possano causare rischi per la salute dei dipendenti, verificando periodicamente la perdurante assenza di rischio (incluse le modalità lavorative in ottemperanza alle disposizioni ministeriali per prevenire il contagio); le adeguate misure di sorveglianza sanitaria – art. 41 d.lgs. 81/2008; informazione e formazione dei lavoratori – art. 36 d.lgs. 81/2008; la vigilanza e il rispetto delle procedure e delle istruzioni di lavoro in sicurezza da parte dei lavoratori.

²⁰ In proposito si veda "Vademecum per la Gestione del Rischio Coronavirus in ambito lavorativo Vers. 1.5 – Aggiornata al 01/03/2020" in www.aias-sicurezza.it; Cfr. inoltre la nota n. 89 del 13 marzo 2020 dell'Ispezzato Nazionale del Lavoro in tema di "Adempimenti datoriali -valutazione rischio emergenza coronavirus".

in ambienti chiusi, privilegiando soluzioni di comunicazione a distanza; il rispetto, nello svolgimento di incontri o riunioni, delle modalità di collegamento da remoto o, in alternativa, il rispetto del “*criterio di distanza droplet*” (almeno 1 metro di separazione tra i presenti); la regolamentazione dell’accesso agli spazi destinati alla ristorazione (es. mense), allo svago o simili (es. aree relax, sala caffè, aree fumatori), mediante programmazione del numero di accessi contemporanei o mediante applicazione del “*criterio di distanza droplet*”. Sulla base dei predetti criteri deve poi seguire l’indicazione specifica delle norme di comportamento da adottare in caso di contagi sospetti o confermati²¹.

Appare, poi, in tale ottica, quanto mai doveroso adottare e attuare tempestivamente ed efficacemente idonei protocolli di prevenzione dei rischi da Covid-19, in piena conformità alla normativa emergenziale e alle disposizioni delle autorità pubbliche, comprensivi di misure miranti a: rivedere in modo selettivo tutti gli spostamenti dei dipendenti, limitando quelli verso le zone a rischio; potenziare il ricorso agli strumenti digitali che consentano di organizzare riunioni e incontri di lavoro anche senza la necessità della presenza fisica; incentivare le forme di lavoro a distanza attraverso il c.d. “lavoro agile”²² e, in particolare, le soluzioni di *smart working*; assicurare che vi sia un dialogo costante con il personale, onde ottenere informazioni utili ad identificare eventuali pericoli e fornendo tutte le istruzioni utili a ridurre l’esposizione al rischio²³ ed ancora favorire l’introduzione di meccanismi in grado

²¹ A tali indicazioni vanno ad aggiungersi le misure di potenziamento delle attività di pulizia come indicate dal Ministero della Salute, segnatamente: incentivare il personale a lavarsi spesso le mani con soluzioni idroalcoliche, a non toccarsi occhi, naso e bocca con le mani e a coprirsi naso e bocca se si starnutisce o tossisce; pulire le superfici con disinfettanti a base di cloro o alcool; favorire uso di mascherina in ambienti chiusi; contattare i numeri di emergenza se i dipendenti presentano febbre, tosse o difficoltà respiratorie.

²² Istituto disciplinato dagli articoli da 18 a 23 della l. 22 maggio 2017, n. 81. Qualora si verificano le condizioni ivi indicate gli obblighi di informativa di cui all’art. 23 della l. 81/2017, sono assolti in via telematica anche ricorrendo alla documentazione resa disponibile sul sito dell’Istituto nazionale assicurazione infortuni sul lavoro (INAIL). A riguardo, in data 1 marzo 2020, è stato approvato il decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri contenente ulteriori disposizioni attuative del d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell’emergenza epidemiologica da COVID-19 (il “Decreto Attuativo”). In particolare, l’articolo 4 del Decreto Attuativo riconosce ai datori di lavoro la possibilità di implementare lo *Smart Working* (lo “SW”), su tutto il territorio nazionale, per la durata dello stato di emergenza e, quindi, per un totale di n. 6 mesi, decorrenti dal 31 gennaio 2020 (deliberazione del Consiglio dei ministri 31 gennaio 2020).

²³ Si veda, in particolare, oltre al menzionato art. 30 del d.lgs. 81/2008, la citata normativa

di censire l'eventuale ingresso di soggetti (fornitori, consulenti e clienti) potenzialmente a rischio nel quadro di una debita ponderazione tra le esigenze derivanti dall'applicazione della normativa sulla *privacy*²⁴ con quelle di tutela della salute dei dipendenti.

5. *L'adozione del Modello di organizzazione, gestione e controllo: le ragioni di una valida scelta organizzativa*

Sin qui quanto scorto dalle prassi giurisprudenziali e applicative in tema di responsabilità delle aziende e sicurezza sul lavoro, anche alla luce dei potenziali profili evolutivi legati all'emergenza Coronavirus.

Occorre ora, in particolare, focalizzare l'attenzione sugli strumenti di tutela offerti dalla normativa in tema di responsabilità dell'ente. Sotto tale profilo, andando oltre il principio codicistico del *societas delinquere non potest*, difatti, il legislatore riconosce un criterio di imputazione soggettiva del fatto all'ente che si fonda su un rimprovero per una responsabilità di *c.d.* colpa in organizzazione, con il conseguente prospettato rischio per le aziende di poter essere oggetto di sanzioni, spesse volte ostative alla continuità dell'attività di impresa.

In tal senso, si rimprovera all'ente un *deficit* nell'organizzazione, ossia di non aver adottato ed efficacemente attuato una serie di cautele consistenti nella predisposizione di un idoneo piano di gestione e controllo volto a prevenire la commissione di illeciti della medesima specie di quelli verificatisi²⁵.

emergenziale, il Protocollo 14 marzo – successivamente aggiornato al 24 aprile – sottoscritto, in attuazione di quanto previsto dall'art. 1, comma 1, n. 9), del d.P.C.M. 11 marzo, tra il Governo e le parti sociali e richiamato dal d.P.C.M. 22 marzo ed eventuali protocolli condivisi relativi a settori specifici (quale il "Protocollo condiviso di regolamentazione per il contenimento della diffusione del COVID-19 nei cantieri edili" del 19 marzo 2020).

²⁴ Il Garante della Privacy, con Comunicazione del 2 marzo 2020, ha chiarito che i datori di lavoro non possono raccogliere informazioni sulla presenza di sintomi da coronavirus dei propri dipendenti, nemmeno attraverso autodichiarazioni: bisogna sempre rivolgersi alle strutture sanitarie territoriali oppure alla protezione civile. Specifica il Garante, "la finalità di prevenzione dalla diffusione del Coronavirus deve essere svolta da soggetti che istituzionalmente esercitano queste funzioni in modo qualificato".

²⁵ La dimensione della colpevolezza dell'ente varia, secondo la posizione rivestita all'interno della struttura dell'ente dal soggetto che si è reso autore del reato presupposto. Tali regole sono particolarmente rigorose, fondando un'inversione dell'onere della prova a carico dell'ente, nel primo caso, dove, come risulta evidente dalla lettera del comma 1 dell'art. 6, è l'ente a dovere

A riguardo, l'elemento che desta significativa considerazione è espresso dal fatto che, ai sensi della riferita normativa, l'ente, "non risponde" dell'illecito laddove sussista una delle cause di esclusione della responsabilità indicate nello stesso d.lgs. 231/2001, in particolare negli artt. 6 e 7, rispetto alle quali preminente rilievo hanno l'istituzione del *Modello di Organizzazione, Gestione e Controllo* e, congiuntamente, l'attribuzione del compito di vigilare sul funzionamento del modello ad un apposito organismo dotato di poteri di iniziativa e controllo.

L'adozione e l'effettiva ed efficace attuazione, da parte dell'ente stesso, di un modello di organizzazione e gestione idoneo a prevenire reati della specie di quelli verificatisi costituisce, dunque, un dato assolutamente essenziale al fine di articolare un'ipotesi di soluzione liberatoria per l'ente chiamato a rispondere a fronte di possibili contestazioni in sede penale.

Si tratta, in sostanza, di veri e propri programmi di *autodisciplina*, della cui adozione ed attuazione possono derivare per l'ente – oltre che l'esonero da responsabilità (al ricorrere di determinate condizioni) – anche altre importanti conseguenze sia sostanziali che processuali, purché, si ribadisce, il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli, di curare il loro aggiornamento sia stato affidato a un organismo dell'ente, così detto *Organismo di vigilanza* (O.d.V.), dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo e non vi sia stata omessa o insufficiente vigilanza da parte di questi organismi²⁶.

Il decreto prevede, inoltre, che tali modelli di organizzazione e gestione possano essere adottati – oltre che in modo autonomo dal singolo ente – anche sulla base di codici di comportamento redatti dalle associazioni rappresentative degli enti, comunicati al Ministero della giustizia che, di concerto con i Ministeri competenti, può formulare. Entra trenta giorni, osservazioni sulla idoneità dei modelli a prevenire i reati.

«positivamente» dimostrare l'adozione e l'efficace attuazione del modello, l'idoneità del modello, l'attribuzione dei compiti di vigilanza ad un organismo autonomo ed indipendente, l'elusione fraudolenta del modello da parte dell'autore del reato. Diverso è, invece, l'onere dimostrativo nel caso di illecito commesso dal dipendente, giacché, come si desume dal disposto dell'art. 7, l'ente è responsabile solo se la commissione del reato è stata resa possibile dall'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza, che, peraltro, è esclusa, per esplicita indicazione normativa, se l'ente, prima della commissione del reato, ha adottato ed efficacemente attuato un modello di organizzazione idoneo a prevenire la commissione degli illeciti.

²⁶ L'ente, in ogni caso, non è ritenuto responsabile se i soggetti attivi del reato lo hanno commesso eludendo fraudolentemente il modello di organizzazione e gestione.

Il loro contenuto, come richiede l'art. 6, comma 2, del decreto, deve rispondere alle seguenti esigenze: a) individuare le attività nel cui ambito possono essere commessi reati; b) prevedere specifici protocolli diretti a programmare la formazione e l'attuazione delle decisioni dell'ente in relazione ai reati da prevenire; c) individuare modalità di gestione delle risorse finanziarie idonee ad impedire la commissione dei reati; d) prevedere obblighi di informazione nei confronti dell'organismo deputato a vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli; e) introdurre un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello.

Con specifico riferimento ai reati in tema di sicurezza sul lavoro occorre poi dare conto di quanto previsto dalla disciplina speciale di cui al d.lgs. 81/2008.

Sotto tale profilo, le disposizioni del Testo Unico che si riferiscono ai *Modelli di Organizzazione, Gestione e Controllo* sono sostanzialmente due.

L'art. 2, comma 1, lett. dd) definisce il modello come “modello organizzativo e gestionale per la definizione e l'attuazione di una politica aziendale per la salute e sicurezza ai sensi dell'art. 6, comma 1, lett. a, d.lgs. 231/2001, idoneo a prevenire i reati di cui agli artt. 589 e 590, terzo comma, del codice penale, commessi con violazione delle norme antinfortunistiche e sulla tutela della salute sul lavoro”. L'art. 30 delinea, di seguito, il contenuto del modello stesso, indicandone le componenti necessarie a dispiegare efficacia esimente in relazione ai reati di cui all'art. 25 *septies* del d.lgs. 231/2001.

Il primo requisito richiesto è il rispetto degli obblighi di legge relativi: (a) agli standard tecnico strutturali di legge riguardanti attrezzature, impianti, luoghi di lavoro, agenti chimici, fisici e biologici; (b) alle attività di valutazione dei rischi e di predisposizione delle misure di prevenzione e protezione conseguenti; (c) alle attività di natura organizzativa quali emergenze, primo soccorso, gestione degli appalti, riunioni periodiche di sicurezza, consultazione dei rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza; (d) alle attività di sorveglianza sanitaria; (e) alle attività di informazione e formazione dei lavoratori; (f) alle attività di vigilanza con riferimento al rispetto delle procedure e delle istruzioni di lavoro in sicurezza da parte dei lavoratori; (g) alla acquisizione di documentazioni e certificazioni obbligatorie di legge; (h) alle periodiche verifiche dell'applicazione delle efficacia delle procedure adottate.

Il comma 3 richiede, inoltre, per quanto richiesto dalla natura e dalle dimensioni dell'organizzazione e dal tipo di attività svolta, la creazione di un'articolazione di funzioni che assicuri le competenze tecniche e i poteri

necessari per la verifica valutazione gestione e controllo del rischio nonché un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello.

Il comma 4 esige, infine, la previsione di un idoneo sistema di controllo sull'attuazione del modello e sul mantenimento nel tempo delle condizioni di idoneità delle misure adottate.

Il modello prospettato, in sintesi, impone – in ossequio a quanto già previsto dagli artt. 6 e 7 del d.lgs. 231/2001 – il compimento di alcune significative attività: l'individuazione e gestione del rischio con predisposizione delle misure di prevenzione e di protezione dirette a eliminare o, quantomeno, a contenere il rischio di infortunio; l'istituzione di una rete di controllo e verifica dell'idoneità ed efficacia del modello; la predisposizione di un adeguato sistema disciplinare che sanzioni la violazione delle regole contenute nel modello e le renda, in tal senso, effettive²⁷.

L'adozione del Modello si configura quindi come un "onere prudenziale" per l'ente che voglia andare esente da responsabilità, nel senso che l'assenza del modello è circostanza fattuale spendibile per articolare l'addebito a carico dell'ente, nella concorrenza dei presupposti della responsabilità *ex* d.lgs. 231/2001.

In questo senso, difatti, la predisposizione di un modello organizzativo

²⁷ In definitiva il peculiare modello previsto dall'art. 30 d.lgs. n. 81/2008 si caratterizza, rispetto a quello già previsto dal d.lgs. 231/2001 per i seguenti caratteri: l'imposizione della forma scritta *ad substantiam* per la documentazione degli adempimenti di legge (comma 2); la presunzione di idoneità del modello adottato in conformità alle linee guida UNI-INAIL e al BS OHSAS 18001:2007 (comma 5); il riconoscimento del ruolo della commissione permanente di cui all'art. 6 nella indicazione dei modelli di organizzazione e delle procedure semplificate per le piccole e medie imprese (commi 5, ultimo periodo, e 5 *bis*). Particolare interesse in dottrina desta la citata presunzione di conformità di cui al comma 5. Vi è chi sostiene che il comma 5 non ha inteso prevedere una presunzione *iuris et de iure*, poiché si rischierebbe di creare, una volta implementati i citati parametri internazionali e le linee guida, una automatica clausola di esonero da responsabilità, violando così il principio costituzionale di esclusiva soggezione del giudice alla legge. Non vi è chi non veda, ancora, la disposizione come norma di deroga ai generali criteri di valutazione dei Modelli in aperto contrasto con quanto consentito dalla legge delega che vincolava il legislatore delegato alla sola modifica del regime sanzionatorio. Da ciò l'idea di intendere la disposizione in parola come norma che introduce semplicemente una *presunzione iuris tantum* superabile in ogni caso dal giudice qualora l'analisi del caso di specie dovesse indurre a ritenere i modelli come concretamente inadeguati. In argomento si vedano PISANI, *Profili penalistici del testo unico sulla salute e sicurezza sui luoghi di lavoro (commento al d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81)*, in *DPP*, 2008, p. 835; IELO, *Lesioni gravi, omicidi colposi aggravati dalla violazione della normativa antinfortunistica e responsabilità degli enti*, in *Riv. 231*, 2008, 2, p. 57.

adeguato e debitamente ponderato sulla attività sociale e sui rischi di illecito penale ad essa prevedibilmente connessi è un'attività il cui mancato compimento restringe notevolmente gli spazi volti a giungere all'esonero di responsabilità previsto dalla normativa²⁸.

Laddove, invece, l'azienda nel corso del giudizio avente ad oggetto l'accertamento della responsabilità dell'ente dovesse dimostrare di aver predisposto per tempo il Modello, l'organo giudicante non potrebbe eludere la questione, dovendo, in questo senso verificare non solo la sussistenza del modello, ma anche l'idoneità e l'efficacia dello stesso, trattandosi di verifica essenziale ai fini del possibile esonero di responsabilità²⁹.

Possiamo in definitiva ritenere con ragionevole certezza che, in linea generale e con specifico riferimento alle materie e agli ambiti relativi alla materia di cui trattasi, la predisposizione e l'efficace adozione ed attuazione del Modello rappresentano ad oggi una delle poche "leve" difensivamente azionabili da parte dell'imprenditore al fine di non incorrere nelle insidiose quanto gravose misure punitive imposte dal decreto.

²⁸ È opportuno precisare che la legge prevede l'adozione del modello organizzativo in termini di facoltatività e non di obbligatorietà non essendo associata la sua mancanza ad alcuna sanzione.

Tuttavia occorre non sottovalutare la circostanza che la scelta discrezionale di non predisporre un'adeguata struttura organizzativa può, nella ricorrenza dei presupposti tipici previsti dal decreto, innescare la responsabilità dell'ente al momento della commissione degli illeciti previsti con le onerose conseguenze che la legge pone in capo alla società.

²⁹ In questo senso, Cass. Pen., sez. IV, 28 ottobre 2019, n. 43656 in www.Rivista231.it. "In tema di responsabilità degli enti derivante da reati colposi di evento in violazione della normativa antinfortunistica, compete al giudice di merito investito da specifica deduzione, accertare preliminarmente l'esistenza di un Modello organizzativo e di gestione ex art. 6, d.lgs. 231/2001; poi nell'evenienza che il modello esista, che lo stesso sia conforme alle norme; infine esso sia stato efficacemente attuato o meno nell'ottica prevenzionale, prima della commissione del fatto". Nel caso di specie, la Corte di cassazione ha ritenuto che la motivazione dei giudici di merito fosse lacunosa in relazione al criterio di imputazione soggettiva rilevando che i giudici di merito non avevano svolto le opportune valutazioni sul contenuto e sull'idoneità del modello organizzativo adottato dall'ente a prevenire eventi quale quello concretamente verificatosi, con l'inammissibile conseguenza che la responsabilità dell'ente era stata dedotta automaticamente dalla responsabilità penale delle persone fisiche condannate, in violazione dell'articolata disciplina prevista dal d.lgs. 231/2001. In tema sia consentito rinviare anche a D'ARCANGELO, *Il sindacato giudiziale sulla idoneità dei modelli organizzativi nella giurisprudenza più recente*, in *Riv. 231*, 2015, I, p. 51.

6. Considerazioni finali

I menzionati interventi legislativi, così come gli esaminati ambiti d'interesse che caratterizzano la materia convergono su una precisa volontà di estendere l'ambito di responsabilizzazione delle società a tipologie di reato che rappresentano la concretizzazione dei rischi correlati all'esercizio dell'attività imprenditoriale. Sotto tale aspetto oggi, anche alla luce del diffuso quadro emergenziale, è più che mai fondamentale per le aziende provvedere a una *riorganizzazione* che parta dalla revisione delle misure di prevenzione, sino alla elaborazione di specifici modelli organizzativi e protocolli di comportamento, attività che, per alcuni aspetti, non è solo opportuna, ma anche doverosa al fine di scongiurare i rischi derivanti dai diversi e pregnanti profili di responsabilità che potrebbero delinarsi per le imprese e per i soggetti che a vario titolo operano o intrattengono rapporti con le stesse.

Il sistema così delineato si connota in modo peculiare poiché l'adozione di un modello organizzativo ai sensi del d.lgs. 231/2001 diviene, in tale contesto, non solo una scelta di tipo giuridico, finalizzata ad evitare la responsabilità dell'azienda, ma prima ancora una rilevante decisione di rilievo organizzativo e strategico da assumere nell'interesse dell'azienda.

Dotarsi di *Modelli di Organizzazione, Gestione e Controllo* ai sensi del d.lgs. 231/2001, attuare specifici protocolli comportamentali e di trasparenza, fornire idonei dispositivi di sicurezza ed attenersi alle norme comportamentali definite nei recenti protocolli di intesa tra imprese e parti sindacali, serve, dunque a rendere esente la Società da responsabilità per potenziali e scongiurabili illeciti che potrebbero verificarsi, ma al contempo è essenziale nell'ottica della "costruzione" di efficaci schemi organizzativi di legalità aziendale finalizzati a salvaguardare la salute dei lavoratori.

Non può difatti, sotto tale profilo, sottacersi la specifica valenza che in tema di sicurezza sul lavoro tali strumenti, *in primis*, lo stesso Modello possono sortire quali utili "viatici" finalizzati all'implementazione di tutti i presidi in materia volti alla compiuta e qualificata concretizzazione degli obblighi datoriali di protezione e prevenzione dell'integrità fisica e della personalità morale dei prestatori di lavoro.

In tale ottica, dunque, il Modello, può essere apprezzato sul piano probatorio e dell'accertamento processuale e rappresentare, così, un'importante occasione per circoscrivere nozione e contenuto della responsabilità datoriale che, essendo fondata su fattori organizzativi e gestionali, rischierebbe, diver-

samente, di dilatarsi e di trasformarsi in una sorta di mascherata responsabilità oggettiva.

Un piano preventivo correttamente adeguato nel senso prospettato risulta, quindi, in grado di escludere la “colpa di organizzazione” in capo alla persona giuridica e spiegare così la sua efficacia esimente sia per l’ente collettivo che a livello individuale nei confronti del datore di lavoro³⁰. Trattasi, in definitiva, di un elemento normativo di fondamentale importanza in grado di dispiegare potenziali effetti giuridici non soltanto a tutela dell’ente e della continuità dell’attività d’impresa, ma altresì in ordine alla responsabilità individuale del datore di lavoro, in particolar modo sotto un apprezzabile minimizzazione delle rischiose ipotesi di *culpa in vigilando*.

³⁰ Quest’ultima, più ampia soluzione pare prospettabile in forza di quanto disposto dall’art. 16, comma 3, d.lgs. 81/2008, secondo cui l’obbligo di vigilanza “si intende assolto in caso di adozione ed efficace attuazione del modello di verifica e controllo di cui all’art. 30, c. 4”.

Abstract

Il presente saggio esamina i profili di Responsabilità delle imprese nell'ambito di quanto previsto dal d.lgs. 231/2001 con particolare riferimento alle tematiche della Salute e Sicurezza dei Lavoratori – art. 25 septies del decreto “Reati di omicidio colposo o lesioni gravi o gravissime commesse con violazione delle norme sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro” ed ancora gli aspetti d'interesse delineati dalla recente giurisprudenza e dalla prassi formatasi in tema, anche alla luce dei potenziali ambiti evolutivi della materia legati all'emergenza correlata alla diffusione del Virus COVIT-19 meglio noto come Coronavirus.

Partendo dai disposti della normativa di riferimento saranno evidenziati gli sviluppi giurisprudenziali, le misure e i presidi necessari a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro, sino a evidenziare gli ambiti di rilevanza delle tematiche trattate con riferimento all'adozione di un Modello di Organizzazione gestione e controllo ai sensi del d.lgs. 231/2001 che diviene, in tale contesto, non solo una scelta di tipo giuridico, finalizzata ad evitare la responsabilità dell'azienda, ma prima ancora una rilevante decisione di rilievo organizzativo e strategico da assumere nell'interesse dell'azienda e del datore di lavoro.

This essay examines the responsibility profiles of companies in the context of the provisions of Legislative Decree 231/2001 with particular reference to the issues of Health and Safety of Workers – art. 25 septies of the decree “Crimes of negligent homicide or serious or very serious injuries committed in violation of the rules on the protection of health and safety at work” and again the aspects of interest outlined by recent case law and practice on the subject, also in light of the potential evolution of the matter related to the emergency related to the spread of the COVIT-19 Virus better known as Coronavirus.

Starting from the provisions of the relevant legislation, the developments in jurisprudence, the measures and safeguards necessary to protect the physical integrity and moral personality of employees will be highlighted, to highlight the areas of relevance of the issues addressed with reference to the adoption of an Organization, Management and Control Model pursuant to Legislative Decree 231/2001, which becomes, in this context, not only a legal choice, aimed at avoiding the responsibility of the company, but even before that, a major organizational and strategic decision to be taken in the interests of the company and the employer.

Key words

D.lgs. 231/01, reati colposi,; sicurezza sul lavoro, responsabilità, responsibility, Modello di Organizzazione Gestione e Controllo.

Legislative Decree 231/01, negligent offenses, job security, Organization, Management and Control Model.

Oscar Genovesi

Sulle misure di contrasto alla povertà nell'ordinamento italiano

Sommario: **1.** Introduzione. **2.** Dalle esperienze regionali sul sostegno al reddito alla Presidenza Von der Leyen della Commissione UE. Una panoramica. **3.** Alcune evitabili ambiguità semantiche nel dibattito sul contrasto alla povertà. **4.** Le tendenze normative nell'attuale modello italiano di *welfare*. **5.** *Segue.* La sostanziale continuità nel passaggio dal *Rei* al *Rdc*. **6.** *Segue.* L'ibridazione finalistica del *Rdc*. **7.** Considerazioni critiche sul reddito di cittadinanza.

I. *Introduzione*

A livello europeo e internazionale, per molteplici ragioni, prime fra tutte la globalizzazione dei mercati¹ e la contrazione del fattore-lavoro nei sistemi di produzione che ne è derivata, le politiche di *welfare* hanno conosciuto un sensibile mutamento finalistico. Si è assistito, in particolare, ad uno slittamento dell'azione statale dalla finalità di sostegno del reddito in favore di soggetti che hanno perso il lavoro, a quello del supporto anche per quanti sono socialmente esclusi o persino in situazioni di indigenza². In quest'ottica, le costituzioni economiche³ na-

¹ Cui si aggiunge il calo demografico mondiale e il conseguente disequilibrio tra la forza lavoro attiva e fascia sociale inattiva per ragioni demografiche. Per una ricostruzione del "peso specifico" assunto da questo fattore nel quadro istituzionale europeo, cfr. GUARRIELLO, *Politiche europee e mutamenti demografici*, in *RGL*, 2015, p. 287 ss.

² Una ricognizione accurata di questi cambiamenti epocali e delle risposte fornite dal diritto del lavoro si trova in SPEZIALE, *La mutazione genetica del diritto del lavoro*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, n. 322/2017, spec. p. 40 ss.

³ Sulla relazione tra la costituzione economica e i diritti fondamentali, cfr. BERTOLINO, *"Cittadinanze" regionali e locali vs. cittadinanza sociale unitaria*, in SALERNO, FERRARA (a cura di), *Costituzione economica e democrazia pluralista, Itinerari della comparazione-Quaderni della Rivista DPCE online*, 2017, p. 333 ss.

zionali hanno iniziato a guardare alla disoccupazione come a uno dei tanti eventi strutturali e fisiologici del mercato, al pari della non occupazione, della disoccupazione di lunga durata o della sotto-occupazione. La povertà⁴, intesa nella sua portata multidimensionale⁵, è diventata così un contenuto necessario delle *policies* sociali e giuslavoristiche⁶. Questo mutamento di prospettiva ha conosciuto di recente una forte accelerazione in forza della pandemia da Covid-19, dal momento che la sospensione delle attività produttive imposta dall'emergenza ha costretto governi nazionali e istituzioni ultrastatali rispettivamente a introdurre misure eccezionali di sostegno al reddito o a trovare una qualche convergenza su nuove politiche sociali europee con un investimento economico effettivo a supporto agli Stati⁷.

Con stretto riguardo alla situazione italiana, non può non rilevarsi come già prima del contagio epidemiologico e della conseguente adozione del reddito di emergenza⁸ sotto forma di *una tantum* in favore dei nuclei familiari

⁴ Un'analisi in chiave diacronica della letteratura sul contrasto alla povertà, da T. Paine e la natura incondizionata del reddito di cittadinanza di fine '700, sino al reddito di partecipazione elaborato da A.B. Atkinson nel 1996 è offerta dallo studio di CASADEI, *Oltre lo Stato sociale? Il dibattito di lunga durata sul 'reddito di cittadinanza'*, in *QF*, 2017, n. 46, p. 145 ss.

⁵ Che osta, dunque, alla formulazione di una definizione uniformemente accettata di povertà; in questo senso, v. RANCI ORTIGOSA, *Contro la povertà. Analisi economica e politiche a confronto*, Brioschi editore, 2018, p. 26 ss. Costituiscono tuttavia un valido punto di partenza per approfondire il tema le riflessioni condotte dall'economista indiano SEN, che distingue la *povertà di capacitazione*, ovvero per carenza di mezzi di realizzazione adeguati (l'istruzione, ad esempio), dalla *povertà di reddito*, intesa come scarsità di risorse economiche. L'A. pone tuttavia i due concetti in stretta correlazione, in quanto la capacitazione può incidere in modo positivo sul reddito e sulla personale emancipazione dalla povertà. Così in *Development as freedom* (1999), trad. it. *Lo sviluppo è libertà*, Mondadori, 2000, p. 95.

⁶ In senso parzialmente difforme SPEZIALE, *La mutazione*, cit., p. 40 ss. secondo cui la finalità primariamente perseguita dal legislatore italiano sarebbe di ordine economico generale, avendo invece gli obiettivi non economici pure esplicitati, come l'inclusione sociale o la dignità del lavoratore, un valore solo programmatico, ininfluenza ai fini della valutazione degli impatti delle norme adottate, che ha natura sempre e solo economica.

⁷ In tema, tra gli altri, cfr. l'articolo di SUSSKIND, *Universal Basic Income is an affordable and feasible response to coronavirus*, pubblicato sul *Financial Times*, 18 marzo 2020, che invita l'Unione a predisporre un reddito minimo per gestire gli effetti provocati dalla pandemia Covid-19.

⁸ Noto anche come *R.E.M.*, esso è previsto dall'art. 82 del d.l. 19 maggio 2020, n. 34 (c.d. *decreto rilancio*) per i nuclei familiari privi di altre forme di reddito. Con riserva di approfondire in altra sede l'attuazione del reddito di emergenza, ci si limita qui a ricordare che, proprio in ragione del suo presupposto causale, esso presenta una durata temporalmente limitata a due mensilità (fino a un massimo di 800 euro per nucleo familiare, che raggiunge i 840 euro ove sia presente un componente affetto da disabilità grave) e non risulta cumulabile con il reddito di cittadinanza.

più colpiti, l'ordinamento si fosse adeguato con ritardo alle trasformazioni da tempo in atto a livello economico. I principali strumenti normativi a tal fine predisposti a partire dalla XVI legislatura e ai quali si farà di seguito richiamo si sono rivelati peraltro fortemente limitati tanto per la gradualità con cui sono stati applicati quanto per l'incertezza dei risultati occupazionali e assistenziali sinora raggiunti.

2. Dalle esperienze regionali di sostegno al reddito alla Presidenza Von der Leyen della Commissione UE. Una panoramica

Dopo la messa a regime del *Sostegno di Inclusione Attiva*⁹, il *Reddito d'Inclusione Attiva (ReI)*, introdotto nel 2017 (d.lgs. n. 147)¹⁰ ed assorbito dal *Reddito* e dalla *Pensione di cittadinanza (RdC)*, d.l. n. 4 del 2019)¹¹, ha rappresentato la risposta in forma di reddito minimo integrativo a quanto richiesto al legislatore statale dal combinato degli artt. 2¹², 3 comma II, 4 e 38

⁹ C.d. *SLA*. Si tratta di una forma di reddito minimo introdotta nel 2012 in via sperimentale (d.l. n. 5/2012) e denominata in un primo momento *Carta acquisti* (art. 60), quindi *Carta per l'inclusione*, infine *Sostegno Inclusione Attiva* (2013). Il sostegno consiste in una prestazione economica "categoriale", in quanto destinata esclusivamente ai nuclei familiari con minori e in situazione di difficoltà, e basata sulla prova dei mezzi (Isee). Il beneficio, commisurato in una cifra fissa per ogni componente (pari a 80 euro), è condizionato alla sottoscrizione di un patto di inserimento con i servizi sociali degli enti locali di riferimento, per favorire la riallocazione del destinatario sul mercato. Per un approfondimento si rinvia a GUERRA, TANGORRA, *Prove di Reddito minimo. La sperimentazione della nuova social card: disegno, attuazione, prospettive*, in *ALSS*, 2015, p. 357 ss., nonché a GUALMINI, SACCHI, *Come combattere la povertà: tentativi di universalismo nel welfare italiano*, in *Polis*, 2016, p. 385 ss., ove è presente anche una ricostruzione delle misure che hanno preceduto l'adozione del *SLA*.

¹⁰ *Disposizioni per l'introduzione di una misura nazionale di contrasto alla povertà*, in *Gu*, n. 240 del 13 ottobre 2017.

¹¹ *Disposizioni urgenti in materia di reddito di cittadinanza e di pensioni*, in *Gu* n. 23 del 28 gennaio 2019, e convertito con modifiche quasi allo spirare del termine rituale di 60 gg. con la l. n. 26/2019. Merita di essere ricordato come il Reddito di cittadinanza fosse contenuto, seppure in termini generici, nel *Contratto di governo per il cambiamento* (p. 34 s.) sottoscritto il 18 maggio 2018 da Lega e Movimento Cinque stelle e poi divenuto la base programmatica del Governo Conte I. La prima esperienza di reddito universalistico risale tuttavia al 1998, quando il Governo Prodi adotta in via sperimentale per due bienni consecutivi (1999-2000; 2001-2002) il Reddito minimo di inserimento (*Rmi*) messo a punto dalla Commissione per l'analisi delle compatibilità macroeconomiche della spesa sociale (meglio conosciuta come Commissione Onofri).

¹² Nella parte in cui la disposizione prescrive a tutti, cittadini e non, l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà economica e sociale. Per un'analisi ragionata delle norme co-

Cost.¹³. Proprio il carattere attuativo del disegno costituzionale della misura spiega l'interesse verso il tema del contrasto alla povertà maturato anche nella dottrina giuspubblicistica¹⁴, cui va il merito, tra l'altro, di aver sottolineato l'incidenza dei "laboratori legislativi regionali"¹⁵ sull'evoluzione degli istituti di sostegno al reddito e sulla loro inserzione entro il quadro italiano¹⁶.

In forza della loro competenza legislativa residuale in materia di assistenza sociale (art. 117, co. 4 Cost.)¹⁷ numerose Regioni, tra cui Valle d'Aosta¹⁸, Lombardia¹⁹, Emilia Romagna²⁰, Veneto²¹, Puglia²² e Sardegna²³

stituzionali attraverso le quali i temi di povertà e lavoro entrano in relazione si rinvia a BALANDI, *La collocazione costituzionale degli strumenti di sostegno al reddito*, in *LD*, 2018, 4, p. 575 ss.

¹³ Articolato nei due pilastri, previdenziale e assistenziale. Per un commento aggiornato sulla disposizione, cfr. ARCONZO, *Articolo 38*, in CLEMENTI, CUOCOLO, ROSA, VIGEVANI (a cura di), *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, Il Mulino, 2018, spec. pp. 252-54, che distingue i destinatari del diritto all'assistenza sociale di cui al comma I ("ogni cittadino inabile") da quelli che invece vantano un diritto di natura previdenziale ai sensi del comma II ("i lavoratori"). Detta posizione si pone in contrasto con la tesi unitaria sostenuta da PERSIANI, *Art. 38*, in BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, 1979, secondo il quale la disposizione delineerebbe un impegno unico dello Stato finalizzato a garantire la libertà dal bisogno dei propri cittadini.

¹⁴ Sul tema, oltre all'obbligo richiamato alle riflessioni sul diritto all'esistenza di RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, 2012, spec. p. 232 ss., si segnala il lavoro monografico di TRIPODINA, *Il diritto ad un'esistenza libera e dignitosa. Sui fondamenti costituzionali del reddito di cittadinanza*, Gappichelli, 2013; nonché lo studio di SCUTO, "Reddito minimo", *contrasto all'esclusione sociale e sostegno all'occupazione tra Pilastro europeo dei diritti sociali ed evoluzioni dell'ordinamento italiano*, in *Fed*, 2018, 149 ss.; LANEVE, *Crisi economica, poteri pubblici e lotta alla povertà: nuovi orizzonti per un reddito minimo in Italia*, in SALERNO, FERRARA (a cura di), *Costituzione economica e democrazia pluralista*, Quaderni Dcpe, e-book, 2017, p. 369 ss.

¹⁵ Come messo in evidenza, da ultimo, negli studi di POLACCHINI, *Principi costituzionali e reddito minimo di cittadinanza*, in *Federalismi*, 2019, p. 9 s., e LANEVE, *Crisi economica*, cit., spec. p. 375 ss.

¹⁶ Va detto, però, che le prassi regionali e locali italiane sono rilevate anche nel rapporto curato dall'*European Social Policy Network* (ESPN) per la Commissione europea, *Minimum Income Schemes in Europe. A study of national policies*, Bruxelles, 2015, p. 40 (in www.age-platform.eu/publications/minimum-income-schemes-europe-study-national-policies).

¹⁷ Riconosciuta da tempo dalla giurisprudenza costituzionale: cfr. *ex multis*, C. cost. 29 dicembre 2004 n. 423.

¹⁸ L.r. 10 novembre 2015, n. 18, contenente le *misure di inclusione attiva e di sostegno al reddito*.

¹⁹ D.G.r. n. 4155/2015, cui si deve l'introduzione del c.d. reddito di autonomia (siccome modificato dal successivo d.G.r. n. 5060/2016).

²⁰ L.r. 19 dicembre 2016 n. 24, *Misure di contrasto alla povertà e sostegno al reddito*.

²¹ Il d.G.r. n. 1095/20 ha istituito l'*Assegno per il lavoro* (c.d. AXL), che può essere richiesto da soggetti che abbiano un'età maggiore di 30 anni.

²² L.r. 14 marzo 2016, n. 3, intitolata *Reddito di dignità regionale e politiche per l'inclusione attiva*.

²³ L.r. 2 agosto 2016 n. 18, *Reddito di inclusione sociale. Fondo regionale per il reddito di inclusione sociale - "Agiudu torrau"*.

hanno infatti preceduto l'intervento statale preparandone il terreno e fornendo un bagaglio di prassi di cui il legislatore delegato del 2017 ha potuto servirsi in sede di normazione.

Dal punto di vista del diritto sovranazionale, *ReI* e *RdC* segnano un progressivo avvicinamento alle esperienze degli altri Stati europei, dopo che per un lungo periodo le sole Italia e Grecia²⁴ erano prive di misure di reddito minimo. Senza voler troppo indugiare su tale aspetto, che è stato variamente ricostruito e commentato anche dalla dottrina più recente²⁵, preme in questa sede sottolineare come il sostegno al reddito varato dal sistema nazionale, pur nelle sue imperfezioni, si mostra coerente con quanto l'art. 34 (*Sicurezza sociale e assistenza sociale*) della *Carta dei diritti fondamentali* dell'UE²⁶ richiede a ciascun Stato membro. Tale norma assegna infatti allo Stato la responsabilità primaria di garantire i *diritti di accesso e godimento* nella sicurezza e nell'assistenza sociale, e all'Unione un compito integrativo nell'attuazione dei medesimi diritti²⁷, nel rispetto “*delle modalità stabilite dal diritto comunitario e dalle legislazioni e prassi nazionali*”.

Di recente, poi, l'attenzione sul Reddito minimo sembra essersi ulteriormente elevata nel dibattito europeo²⁸. Il programma di legislatura della Presidente della Commissione europea, Ursula von der Leyen²⁹, sotto l'obiet-

²⁴ Dove il *Reddito di solidarietà sociale* è stato introdotto con la l. n. 4403/2016, in via sperimentale in trenta città poi incrementate a 325 nel 2017; in senso conforme, v. European Social Policy Network, *Minimum Income*, cit., p. 40.

²⁵ Sulle esperienze comparate di sostegno al reddito in Europa si veda, *ex multis*, MARTONE, *Il reddito di cittadinanza. Una grande utopia*, in *RIDL*, 2017, I, p. 409 ss.

²⁶ Nonché con l'impegno richiesto allo Stato dall'art. 30 par. I, lett. a) della *Carta sociale europea (Diritto alla protezione contro la povertà e l'emarginazione sociale)*, di assicurare la protezione ai soggetti che “si trovano o rischiano di trovarsi in situazioni di emarginazione sociale o di povertà, e delle loro famiglie”.

²⁷ Conformemente a quanto prescritto dall'art. 153, par. 2 TFUE. A conforto, anche il *Documento di lavoro dei servizi della Commissione* che accompagna il documento *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni - Istituzione di un pilastro europeo dei diritti sociali (SWD/2017/0201 final)*, 26 aprile 2017, 57 (reperibile all'indirizzo eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX:52017SC0201).

²⁸ Come noto, la competenza esclusiva degli Stati membri rispetto alle politiche sociali e occupazionali condiziona il ruolo dell'Unione, che svolge un'azione di sostegno ricorrendo al metodo di coordinamento aperto (*Open method of coordination*, OMC), su cui, più diffusamente e in chiave evolutiva, GUARRIELLO, *Il contributo del dialogo sociale alla strategia europea per l'occupazione*, in *LD*, 2004, p. 351 ss.

²⁹ Intitolato *A Union that strivers for more. My agenda for Europe - Political Guidelines for the*

tivo “*an economy that works for people*”, contiene infatti il rinnovato impegno ad implementare la misura, che afferisce al Capo III del *Pilastro europeo dei diritti sociali*, dedicato alla *Protezione sociale e inclusione*³⁰. Nella configurazione che viene data all’istituto dal *Documento di lavoro* adottato a corredo del Pilastro, il reddito minimo è descritto alla stregua di una prestazione “*di natura non contributiva, universale*”, subordinata a determinate condizioni di reddito, che prevede la disponibilità di quanti ne siano beneficiari “*a lavorare in attività comunitarie o a parteciparvi*”³¹.

3. Alcune evitabili ambiguità semantiche nel dibattito sul contrasto alla povertà

Prima di passare all’analisi dettagliata di come l’ordinamento italiano si è uniformato agli impulsi eurounitari in tema di sostegno al reddito, una premessa di fondo appare doverosa. Vi è nel discorso corrente, talora anche a livello europeo³², una certa promiscuità terminologica – che sconfinava sino alla fungibilità semantica – delle nozioni di reddito minimo e reddito di cittadinanza. Si tratta invece di due concetti profondamente distinti, come studiosi di area economica³³, giuridica³⁴ e sociologica³⁵ hanno tentato di chiarire.

next European Commission 2019-2024, 16 luglio 2019, 9 (consultabile in ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/political-guidelines-next-commission_en.pdf).

³⁰ La cui definizione, messa a punto nel documento di proclamazione del Pilastro europeo dei diritti sociali (COM (2017) 251 final del 26 aprile 2017, *Istituzione di un pilastro europeo dei diritti sociali*), recita: “*Chiunque non disponga di risorse sufficienti ha diritto a un adeguato reddito minimo che garantisca una vita dignitosa in tutte le fasi della vita e l’accesso a beni e servizi. Per chi può lavorare, il reddito minimo dovrebbe essere combinato con incentivi alla (re)integrazione nel mercato del lavoro*”.

³¹ Così nel *Documento di lavoro dei servizi della Commissione*, cit., p. 58.

³² Nelle intenzioni del Presidente della Comm. UE (*supra* § 1) si parla di reddito minimo a vocazione universale ed erogazione redditualmente condizionata (“... *we will support those in work to earn a decent living, and those out of work as they look to find a job ... Within the first 100 days of my mandate, I will propose a legal instrument to ensure that every worker in our Union has a fair minimum wage. This should allow for a decent living wherever they work. Minimum wages should be set according to national traditions, through collective agreements or legal provisions*”; così, *A Union that strives for more*, cit., p. 9). In tal modo, sembrerebbe perpetrarsi la confusione tra la nozione di reddito minimo categoriale e quella di *basic income* non soggetto a limitazioni.

³³ TOSO, *Reddito di cittadinanza, reddito minimo e reddito di base*, Il Mulino, 2016, p. 7 ss.

³⁴ VALENTE, *Contrasto alla povertà e promozione del lavoro tra buoni propositi e vecchi vizi*, in *DRI*, 2018, p. 1081 ss., e SCUTO, “*Reddito minimo*”, cit., p. 149 ss.

³⁵ In questo senso, vv. DE MASI, *Inclusione e cittadinanza*, *Editoriale*, in questa rivista, 2019,

Il reddito di cittadinanza – noto anche come *Universal Basic Income (UBI)* – nasce nelle teorizzazioni più datate di Paine³⁶ e si sviluppa in quelle più recenti, come in Rawls³⁷, quale misura a carattere universale, che, erogata sotto forma di sostegno al reddito, va riconosciuta a tutti senza distinzione, prescindendo dalla volontà del beneficiario di ricercare un'occupazione³⁸ e legandosi alla sola cittadinanza sociale³⁹.

Proprio la carenza del requisito di condizionalità rende però difficile la sostenibilità economica dell'istituto. Non appare casuale, dunque, la circostanza che siano pochi gli Stati che ad oggi ne prevedono l'erogazione: a parte l'Alaska, ove il RdC è da tempo a regime, in Europa solo Finlandia e Paesi Bassi erogano un *basic income*, in via sperimentale. In particolare, i risultati del test condotto dal Governo conservatore finlandese nel biennio 2017-18 rivelano come dal punto di vista occupazionale gli effetti prodotti dall'erogazione di un sussidio privo di elementi di condizionalità siano piuttosto contenuti⁴⁰.

p. 373 s., nonché l'articolo di CICCARELLI, Chiara Saraceno, "Non chiamiamolo più reddito di cittadinanza", cit.

³⁶ PAINE, *La giustizia agraria (Agrarian Justice Opposed to Agrarian Law and to Agrarian Monopoly; Being a Plan for Meliorating the Condition of Man, 1797), I diritti dell'uomo e gli altri scritti politici di Thomas Paine*, MAGRI (a cura di), tr. it. Roma, 1978).

³⁷ J. Rawls, *Una teoria della giustizia (A Theory of Justice, 1982)*, Feltrinelli, 2017.

³⁸ Tra i lavori più recenti sul tema nel panorama italiano, vv. quello di VANPARIJS, VANDERGORGH, *Il reddito di base. Una proposta radicale*, Il Mulino, 2017, ove si teorizza la possibilità di erogare a ciascun cittadino per l'intera vita un reddito minimo incondizionato e non tassabile, presuntivamente attestabile intorno al 25% del reddito *pro capite* del paese; e, nella stessa direzione, lo studio di BRONZINI, *Il diritto al reddito di base*, Edizioni Gruppo Abele, 2017, le cui tesi di massima sono riproposte nel saggio, *Il reddito di base e le metamorfosi del lavoro. Il dibattito internazionale ed europeo*, in *RDSS*, 2018, spec. p. 708 ss.

³⁹ Che va distinta dalla cittadinanza *giuridica in senso stretto (status civitatis)*, in quanto la cittadinanza sociale ha una matrice sociologica ed inclusiva che tende alla universalizzazione dei diritti; sulla differente portata di questi concetti, destinata a tradursi in un altrettanto differenziato regime di riconoscimento di diritti, cfr., *ex multis*, BERTOLINO, "Cittadinanze" regionali e locali vs. cittadinanza, cit., p. 333 ss.

⁴⁰ La rilevazione è stata curata da Kela, l'istituto finlandese per la protezione sociale, che ha pubblicato un rapporto finale ad oggi disponibile solo in lingua finlandese (dal titolo *Valutazione dell'esperimento del reddito di base finlandese, Memorandum del Ministero degli affari sociali e della salute* (5 maggio 2020), trad. nostra e disponibile al link julkaisut.valtioneuvosto.fi/bitstream/handle/10024/162219/STM_2020_15_rap.pdf?sequence=1&isAllowed=y). I risultati della sperimentazione sono stati però variamente diffusi dalla stampa.

⁴¹ Approfondisce i caratteri differenziali delle due misure richiamate, tra gli altri, ALAIMO, *Il reddito di inclusione attiva: note critiche sull'attuazione della legge n. 33/2017*, in *RDSS*, 2017, spec.

Diversamente, il reddito minimo si caratterizza per l'attribuzione di un beneficio economico integrativo delle risorse personali a destinatari individuati che versino nelle condizioni di indigenza e che rispettino il criterio di condizionalità, rendendosi disponibili ad una formazione qualificata e alla ricerca di una nuova occupazione per il loro inserimento o reinserimento entro il tessuto sociale e occupazionale⁴¹.

Come anticipato, quella che appare, sul piano teorico, una marcata differenza tra gli strumenti di politica sociale ora richiamati, tende invece ad assottigliarsi fin quasi a scomparire nella configurazione delle forme di sostegno al reddito che è stata data dal legislatore italiano. I recenti interventi legislativi nel settore delle politiche sociali sembrano infatti porre sullo stesso piano, dal punto di vista costitutivo e finalistico, le misure per il contrasto alla povertà che, invece, già nel *nomen*, richiederebbero una disciplina differenziata.

2. *Le tendenze normative nell'attuale modello italiano di welfare*

Fin dalla sua messa a sistema, il reddito di cittadinanza è stato investito da critiche di ordine tecnico. Le principali perplessità hanno riguardato anzitutto la scelta di affidare alla decretazione d'urgenza uno strumento di riforma avente carattere strutturale, destinato a produrre effetti durevoli nel tempo⁴²; sul tema, infatti, la Corte costituzionale ha in altre occasioni manifestato perplessità come nella decisione n. 220 del 2013 a proposito della riforma organica delle province⁴³.

Un ulteriore aspetto problematico investe la presunta illegittimità del reddito di cittadinanza per violazione del principio costituzionale ed eurounitario di non discriminazione⁴⁴, nella parte in cui la relativa disciplina

pp. 424-27; quindi, MAROCCO, *La condizionalità nel reddito di cittadinanza: continuità e discontinuità*, in MAROCCO, SPATTINI (a cura di), *Garanzia del diritto al lavoro, contrasto alla povertà, politica attiva e di inclusione sociale: le tante (troppe?) funzioni del reddito di cittadinanza all'italiana. Primo commento al decreto-legge n. 4/2019*, Collana Adapt, 2019, spec. p. 67 ss.

⁴² In questo senso, v. il commento critico di BIN, *Un nuovo problema per il Presidente Mattarella: si può introdurre il reddito di cittadinanza con un decreto-legge?*, in *laCostituzione.info*, 16 gennaio 2019.

⁴³ Disponibile in *CO* e *ivi* variamente commentata.

⁴⁴ Cfr. AMBROSINI, GUARISO, *RdC impedito agli stranieri: dubbi di incostituzionalità*, in *lavocce.info*, 24 maggio 2019.

esclude dal campo applicativo del RdC gli stranieri che risiedono in Italia da meno di dieci anni⁴⁵. I soggetti stranieri che possono beneficiare del RdC sono infatti i *soggiornanti di lungo periodo o apolidi*, in possesso del relativo permesso di soggiorno UE; i *beneficiari di protezione internazionale*; o i *familiari di un cittadino italiano o europeo*, che godano dei diritti di soggiorno o di soggiorno permanente. Si tratta però di profili specifici che potranno essere giudicati più o meno fondati solo dalla Corte costituzionale – dinanzi alla quale taluni ricorsi sono in attesa di scrutinio – o dalla Corte di Giustizia Ue, limitatamente ad eventuali lesioni del principio di parità di trattamento di cui all'art. 21 *Carta dei diritti fondamentali* dell'Unione.

Allo stato, ci si limita a constatare una certa elasticità da parte del Ministero del lavoro e delle politiche sociali in sede di valutazione della nozione di “residenza” ai fini della concessione del sostegno economico⁴⁶, sulla scorta dell'orientamento sostanziale da tempo espresso dalla Corte di Cassazione. Secondo l'indirizzo prevalente nella giurisprudenza di legittimità, infatti, andrebbe valorizzata la residenza *effettiva* non già anagrafica, sebbene supportata da confutabili elementi di riscontro⁴⁷.

Significative aperture potrebbero provenire pure dalla Corte costituzionale con riguardo al requisito temporale della residenza, che il legislatore ha commisurato, come detto, in almeno dieci anni. Nella recente decisione n. 44⁴⁸, infatti, i giudici costituzionali hanno ritenuto che la previsione di un limite di perduranza sul territorio italiano ai fini dell'erogazione di un beneficio sociale, quale, nello specifico, il diritto ad una abitazione di edilizia pubblica, risulterebbe privo di ragionevolezza, in quanto di fatto idoneo a rendere troppo oneroso l'accesso al diritto stesso. Con riserva di essere smentiti, è di tutta evidenza che ove la Corte dovesse confermare detta impostazione che trova già alcuni precedenti⁴⁹, le condizioni richieste ai fini

⁴⁵ Oltre alla permanenza decennale, l'art. 2, c. 1 lett. a) d.l. n. 4/2019 richiede la continuità di presenza sul territorio negli ultimi due anni.

⁴⁶ Cfr. nota dell'Ufficio legislativo, 14 aprile 2020, avente ad oggetto: *Reddito di cittadinanza - chiarimenti sul requisito di residenza in Italia per almeno 10 anni e presentazione di una nuova domanda a seguito di decadenza*.

⁴⁷ Cfr., *ex multis*, Cass., sez. trib., 4 giugno 2019 n. 15184, a proposito della sede effettiva e non meramente legale delle società ai sensi dell'art. 73, co. 3, T.U.I.R.

⁴⁸ C. cost. 9 marzo 2020 n. 44 (rel. *De Pretis*), siccome anticipata dal *Comunicato* del 9 marzo 2020, a cura dell'Ufficio stampa della Corte, *Il requisito della residenza ultraquinquennale per l'edilizia residenziale pubblica è incostituzionale: contrasta con la funzione sociale del servizio*.

⁴⁹ Si veda in tal senso la pronuncia n. 168 del 2014, sulla portata discriminatoria di una

dell'erogazione del *RdC* per i cittadini stranieri apparirebbero disarmoniche con l'art. 3, c. 2 Cost. e con la "funzione sociale" sottesa alla misura⁵⁰.

5. Segue. *La sostanziale continuità nel passaggio dal Rei al Rdc*

Nelle intenzioni del *Government per il cambiamento* (XVII leg.), il reddito di cittadinanza avrebbe dovuto costituire la prima misura economica a tutela di un diritto all'esistenza universale ed incondizionato⁵¹. La configurazione normativa della misura sembra però tradire gli intenti politici iniziali. Al di là della denominazione volutamente ingannevole che è stata data al reddito di cittadinanza, l'art. 1 del d.l. n. 4 che lo istituisce delinea infatti un istituto in sostanziale continuità con il Reddito di inclusione attiva⁵² varato dal Governo Gentiloni nel 2017⁵³.

Qualificato come livello essenziale delle prestazioni (art. 117, co. 2, *lett. m*), Cost.)⁵⁴ il *Rei* è rimasto a regime nell'ordinamento italiano per poco più di un anno (dal 1° gennaio 2018 al 1° aprile 2019⁵⁵), diversificandosi dalle

disciplina regionale che prevedeva l'obbligo di residenza da almeno otto anni nel territorio a presupposto per l'accesso agli alloggi di edilizia pubblica.

⁵⁰ In questa direzione cfr. MARESCA, *Diritto degli stranieri all'accesso al «fondo affitti» presunta discriminazione?*, in BALDINI (a cura di), *Cos'è un diritto fondamentale?*, ES, 2017, p. 467 ss., con stretto riferimento al requisito di residenza decennale ai fini dell'accesso all'edilizia pubblica.

⁵¹ Il decreto legislativo recante la disciplina del *Rei* è stato licenziato dal Governo Gentiloni (ottobre 2017) e successivamente abrogato dall'art. 11 del d.l. n. 4/2019, adottato, invece, dal successivo Governo Conte I. Come noto, il reddito di cittadinanza è stato fortemente sostenuto dal partito di maggioranza relativa, il Movimento Cinque stelle, tanto da essere inserito nella piattaforma programmatica del contratto di governo con la Lega.

⁵² Sull'esperienza italiana del reddito minimo cfr. FONDAZIONE ASTRID, FONDAZIONE ROSSELLI (a cura di), *Nuove (e vecchie) povertà: quale risposta? Reddito d'inclusione, reddito di cittadinanza e oltre*, Il Mulino, 2018; BALDINI, *Un reddito minimo e ancora improponibile?*, Il Mulino, 2015, 3; VIVALDI, GUALDANI, *Il minimo vitale tra tentativi di attuazione e prospettive future*, in *Dir. soc.*, 2014, p. 115 ss.; LIETO, MONE, *Il reddito di cittadinanza. Per un contributo sull'effettività dei diritti sociali*, ESI, 2004, pp. 88 e 93;

⁵³ Su delega parlamentare (legge 15 marzo 2017, n. 33 (*Delega recante norme relative al contrasto della povertà, al riordino delle prestazioni e al sistema degli interventi e dei servizi sociali*)), collegata alla legge di bilancio 2016.

⁵⁴ All'art. 2, co. 13, d.lgs. n. 147/2017.

⁵⁵ L'art. 11 del successivo d.l. n. 4/2019 ha abrogato quasi per intero il *Capo II* del vigente d.lgs. n. 147 dedicato al *ReI*, lasciando immutati i *Capi III e IV*, incentrati, rispettivamente, sul riordino delle prestazioni assistenziali di contrasto alla povertà e sul rafforzamento del coordinamento degli interventi in materia di servizi sociali.

forme “pure” di assistenza ai lavoratori, come la *Naspi* o la *Dis-coll* o la *CIG*, per un ambito soggettivo rivolto genericamente alle “persone” non già ai soli “lavoratori” e uno oggettivo, inerente alle situazioni di bisogno e non alla sola assenza di lavoro e altresì sganciato dalla storia contributiva del lavoratore giacché ricadente sulla fiscalità generale.

Sulla carta, infatti, il *ReI* è un beneficio categoriale di tipo integrativo e con prova dei mezzi (*means test*)⁵⁶, ossia che avvantaggia una data classe di destinatari in modo selettivo – il nucleo familiare, in questo caso⁵⁷ –, subordinatamente alla dimostrazione del possesso di specifici requisiti soggettivi e reddituali⁵⁸ previsti dalla legge. Parte costitutiva di questa forma temperata di *welfare* universalistico oltre al sostegno al reddito è un *progetto personalizzato* di attivazione e inclusione socio-lavorativa rivolto al nucleo familiare (art. 2, co. III, d.lgs. n. 147), che viene preso in carico dai servizi sociali e territoriali di riferimento e che è tenuto a collaborarvi in modo attivo (elemento di condizionalità, art. 12)⁵⁹. Questo assetto di tutela avrebbe dovuto modificarsi in modo sensibile con l'entrata in vigore del Reddito di cittadinanza, non foss'altro per le richiamate differenze concettuali che separano le forme di reddito minimo da quello di cittadinanza. E invece, come anticipato, così non è stato.

Un segnale che la prospettata inversione di rotta sia rimasta in uno stato solo embrionale è dato dalla previsione legislativa che ha stabilito l'abrogazione del *ReI* e il suo contestuale assorbimento nel *RdC* (art. 11, d.l. n. 4). Oltre al diverso regime applicativo delle misure che per un tempo limitato⁶⁰

⁵⁶ E non di autodichiarazione, onere che era stato invece previsto per il *SIA* e che aveva dato luogo a numerose attestazioni false al fine di ottenere il beneficio, come ricorda BALDINI, *Un reddito*, cit., p. 500.

⁵⁷ Al fine di favorire la progressiva estensione della misura, la legge di bilancio 2018 ha abrogato dal 1° luglio 2018 i requisiti familiari (presenza di un minore o di una persona disabile o di una donna in gravidanza) richiesti nella fase transitoria di prima applicazione per l'accesso alla misura.

⁵⁸ I requisiti economici sono calcolati sulla base dei parametri *Isee*, *Isrc*, nonché del valore del patrimonio immobiliare e mobiliare. La dichiarazione mendace effettuata in sede di dichiarazione sostitutiva unica ai fini *ISEE* è sanzionata ai sensi dell'art. 12, d.lgs. n. 147.

⁵⁹ A tenore della disposizione, il mancato rispetto degli obblighi di condizionalità che il lavoratore assume con la sottoscrizione del progetto personalizzato può dar luogo a sanzioni proporzionate alla gravità della condotta, sino alla sospensione e alla decadenza dal *REI* (art. 12, d.lgs. n. 147); sugli aspetti sanzionatori, cfr., tra gli altri, GIUBBONI, *Primi appunti sulla disciplina del reddito di cittadinanza*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”*, n. 401/2019, p. 17 ss.

⁶⁰ Ferma l'incompatibilità di contemporanea fruizione del Reddito di cittadinanza e del

si è venuto così a creare, il legislatore ha replicato il meccanismo sperimentato in occasione della confluenza dell'assegno disoccupazione (c.d. Asdi) nel Rei⁶¹, noncurante della diversità concettuale che avrebbe invece suggerito di mantenere distinte a livello normativo le due misure.

Sul piano teorico, il RdC dovrebbe essere universale, privo di carattere selettivo, quindi non subordinato alla verifica della condizione economica (*means test*), data dal livello di ricchezza e dall'occupazione dei soggetti beneficiari. A ben esaminare, però, dal testo del d.l. n. 4 del 2019 introduttivo del reddito di cittadinanza, l'inquadramento, la disciplina di massima, le finalità e i caratteri dell'erogazione non sembrano così distanti dal Rei. Al pari del reddito minimo, il reddito di cittadinanza rientra infatti tra i livelli essenziali delle prestazioni (art. 117, co. 2, lett. m) Cost.) da garantirsi nei limiti delle risorse disponibili⁶².

L'evocata indiscriminatezza soggettiva che ne dovrebbe caratterizzare l'erogazione non sembra inoltre trovare rispondenza nell'articolato normativo, che anzi effettua una selezione dei nuclei familiari che ne possono essere destinatari (art. 2, d.l. n. 4)⁶³. Questo elemento si pone certamente in armonia con il principio di selettività che è implicitamente deducibile dall'art. 38 Cost.⁶⁴, ma concorre allo stesso tempo ad incrinare il canone universalistico proprio del reddito incondizionato, avvicinando il RdC alle esperienze di reddito minimo e, dunque, ancora una volta, al Rei.

A conclusioni non dissimili induce il criterio di condizionalità⁶⁵, cui

Reddito di inclusione nell'ambito dello stesso nucleo familiare, nel caso in cui quest'ultimo sia stato riconosciuto prima del mese di aprile 2019, esso continua ad essere erogato per la durata prevista e secondo le modalità disciplinate dalle disposizioni che lo regolano (art. 9, d.lgs. n. 147/2017). Resta comunque salva la possibilità di presentare richiesta per il Reddito di cittadinanza.

⁶¹ Secondo quanto previsto dall'art. 3, lett. b), l. n. 33/2017. L'ASDI è stato introdotto dall'art. 16, d.lgs. n. 22/2015.

⁶² Come recita l'art. 1, d.l. n. 4/2019.

⁶³ Sulla base, tra gli altri, del *reddito Isee* (relativo all'annualità precedente a quella in cui si effettua la richiesta), che non deve superare la soglia di 9.360,00 euro annui; del *patrimonio immobiliare* che deve essere non superiore a 30.000 euro; e di quello *mobiliare* che non deve attestarsi oltre i 6.000 euro.

⁶⁴ In senso conforme, v. BALANDI, *La collocazione costituzionale*, cit., p. 586, che nella selezione soggettiva operata dall'art. 38 Cost. ravvede la legittimazione costituzionale a forme di sostegno non universalistiche come il reddito minimo e parimenti il rifiuto verso il reddito di cittadinanza di tipo incondizionato; ma anche CASAMASSIMA, VIVALDI, *Ius existantiae e politiche di contrasto della povertà*, in *QC*, 2018, p. 121 ss.

⁶⁵ È fortemente critica la posizione espressa da VALENTE, *Contrasto alla povertà*, cit., la quale

pure il reddito di cittadinanza si lega, in quanto ai fini della relativa erogazione si richiede l'“*immediata disponibilità al lavoro da parte dei componenti il nucleo familiare maggiorenni ... nonché l'adesione ad un percorso personalizzato di accompagnamento all'inserimento lavorativo e all'inclusione sociale che prevede attività al servizio della comunità, di riqualificazione professionale, di completamento degli studi*” (art. 4, co. 1). È questa la spia principale che induce a inquadrare il RdC dal punto di vista finalistico anche quale misura di politica attiva⁶⁶ o “meccanismo di riequilibrio sociale ... il cui funzionamento presuppone necessariamente una leale cooperazione fra cittadino e amministrazione”, come la Cassazione ha di recente statuito⁶⁷.

6. Segue. *L'ibridazione finalistica del RdC*

Si è visto che la discontinuità tra i due diversi esecutivi che si sono succeduti (Gentiloni e Conte I), caratterizzati da altrettante differenziate linee di politica sociale, ha in realtà prodotto la fungibilità per via normativa dei più recenti istituti di sostegno al reddito. Ci si soffermerà ora in modo più puntuale sulle finalità perseguite attraverso la disciplina del RdC, nella consapevolezza che le medesime considerazioni potrebbero valere per il Rei, per le ragioni che si sono ora ricordate.

Per espressa previsione legislativa, il reddito di cittadinanza persegue obiettivi sia rientranti nel *welfare* lavoristico sia in quello non lavoristico e assistenziale⁶⁸. Nella lettera della norma (art. 1), vi è infatti una convivenza tra l'istanza di sostegno a quanti non riescono a rientrare nel mercato occupazionale, e quella di natura meramente assistenziale, tesa a tutelare il nucleo

sostiene che il RdC sia fondato su un equivoco politico consistente nel riservare “*l'assoggettamento a condizionalità*” ai “*dibattiti in sede tecnica, tra addetti ai lavori*” e al contempo, nel sottolineare invece, “*di fronte al grande pubblico, l'assenza di condizionalità cui allude il nome dato alla misura*”.

⁶⁶ È ancora l'art. 1 a definire la misura “*di politica attiva del lavoro*” e ad orientarla alla tutela del diritto al lavoro, del contrasto alla povertà, alla disuguaglianza e all'esclusione sociale, nonché al diritto all'informazione, all'istruzione, alla formazione e alla cultura, attraverso politiche volte al sostegno economico e all'inserimento sociale dei soggetti a rischio di emarginazione nella società e nel mondo del lavoro.

⁶⁷ Cass. Pen., Sez. III, 10 febbraio 2020, n. 5290 (3.1. *cons in dir.*).

⁶⁸ In questa direzione le riflessioni di P. BOZZAO, *Poveri lavoratori, nuovi bisogni e modelli universalistici di welfare: quali tutele?*, in *LD*, 2018, p. 669 ss.

familiare che versi in situazione di indigenza. Altrimenti detto, un unico provvedimento assolve a due differenti finalità, l'una di politica attiva, l'altra di riduzione della povertà⁶⁹.

Occorre quindi guardare al dato costituzionale per verificare se il modello a base selettiva tracciato dall'art. 38 Cost. sia da considerare definitivamente superato o, al contrario, confermato dal Reddito di cittadinanza.

Il punto decisivo della questione, che potrà essere forse chiarito dalla Corte costituzionale in futuro, è se la finalità non esclusivamente lavoristica perseguita dal RdC sia o meno riconducibile all'alveo dell'art. 38 Cost., dal momento che detta norma riserva la prestazione assicurativa statale ai soli "inabili al lavoro", sembrando così escludere tutte le altre categorie sociali. Al riguardo, il dibattito è da tempo diviso tra la tesi che rinviene nell'art. 38 Cost. portata unitaria e omnicomprensiva⁷⁰ e che pare trovare riscontro in alcuni pronunciamenti della giurisprudenza costituzionale (cfr. sent. n. 10/2010)⁷¹ e la posizione più aperta, che individua invece la pluralità dei destinatari delle misure di sostegno al reddito nella connessione tra l'art. 38 Cost. e gli artt. 2, 3, co. II, 4 e 117, c. II, lett. m) Cost.⁷².

A giudizio di chi scrive, la tendenza verso politiche legislative rivolte tanto al lavoratore quanto ai nuclei familiari in condizioni di disagio economico sembra una rotta difficilmente invertibile, anche alla luce delle attuali politiche unionali. Pertanto, anche a non voler accedere alla tesi sulla natura eccentrica del reddito di cittadinanza, il cui inquadramento sarebbe *praeter constitutionem* e non *contra constitutionem*⁷³, la legittimazione andrebbe in ogni caso trovata all'interno del dato costituzionale, pena la carenza di potere del decisore pubblico nel settore del *welfare*.

⁶⁹ In senso critico, l'intervista rilasciata da C. Saraceno e raccolta da CICCARELLI, *Chiara Saraceno, "Non chiamiamolo più reddito di cittadinanza", Il manifesto*, 19 gennaio 2019.

⁷⁰ PERSIANI, *Art. 38*, cit., e nello stesso senso PESSI, *Il diritto del lavoro e la Costituzione: identità e criticità*, Cacucci, 2019, che parla di un modello costituzionale di welfare che si scopre "a seguito di una stratificazione legislativa incerta e disordinata" di non avere costruito "ancora un sistema universale di protezione sociale" (spec. p. 473).

⁷¹ Disponibile in *CO* e *ivi* variamente commentata. La Corte, chiamata in via principale a giudicare della legittimità di una misura di carattere assistenziale (ovvero il fondo per interventi di sostegno economico alle fasce deboli, fruibile mediante una «carta acquisti») rispetto alla competenza regionale residuale in materia di politiche sociali, richiama l'intero art. 38 Cost. e non solo una sua parte (p.to 6.4, *in diritto*), quasi ad evocare l'esistenza di un diritto alla sicurezza sociale omnicomprensivo, finalizzato alla liberazione dal bisogno.

⁷² In questo senso v. le riflessioni di ALAIMO, *Il reddito di inclusione attiva*, cit., p. 431.

⁷³ Cfr. TRIPODINA, *Il diritto ad un'esistenza libera e dignitosa*, cit., p. 227.

Ecco allora che il Reddito di cittadinanza, come già il Rei, potrebbe avere un ancoraggio oltreché nei consueti artt. 2, 3, co. II, 4 Cost., anche dell'art. 11 cost., nella parte in cui detta norma vincola il legislatore ad adeguarsi ai principi e alle norme dei trattati europei aventi efficacia diretta⁷⁴. In forza di tale impostazione, che trova le sue radici nelle storiche pronunce *Simmenthal*⁷⁵ e *Granital*⁷⁶ rispettivamente della Corte di giustizia e della Corte costituzionale italiana, anche alle garanzie di cui al citato art. 34 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione andrebbe riconosciuta efficacia diretta al pari delle altre norme contenute nel trattato⁷⁷.

Seguendo tale ultimo percorso ermeneutico, l'ordinamento italiano sarebbe tenuto nello specifico a conformarsi alle parti in cui l'art. 34 della Carta riconosce *a ogni persona* e in modo omnicomprensivo i diritti all'assistenza sociale in caso di perdita del posto di lavoro (par. I), esclusione sociale e povertà (par. III). L'adesione a detta lettura multilivello o comunitariamente orientata offrirebbe due vantaggi evidenti: quello di integrare, in sede interpretativa, l'impianto mono-finalistico dell'art. 38 Cost., in una prospettiva evolutiva più vicina alle attuali tendenze di welfare, da un lato; quindi di superare un dibattito ormai tanto datato quanto sterile sulla conformità a Costituzione di politiche del lavoro miste, dall'altro.

⁷⁴ Come da orientamento consolidato nella giurisprudenza costituzionale; cfr. *ex multis*, C. cost. 19 dicembre 1973 n. 183; C. cost. 12 luglio 1979 n. 81; C. cost. 7 maggio 1982 n. 96; C. cost. 22 ottobre 2014 n. 238.

⁷⁵ C. Giust. 9 marzo 1978, C-106/77.

⁷⁶ C. cost. 8 giugno 1984 n. 170.

⁷⁷ Cfr. da ultimo, C. cost. 7 novembre 2017 n. 269, punto 5.1, *in diritto*, che in forza del primato del diritto unionale richiama l'obbligo per i giudici nazionali di disapplicare le norme interne che contrastino con le previsioni contenute nei trattati europei. Anche nella giurisprudenza di merito non mancano peraltro alcuni precedenti di stretto rilievo giuslavoristico. Si pensi alla pronuncia della sezione lavoro della Corte di appello di Firenze risalente al 9 giugno 2007, che ha riconosciuto l'indennità di accompagnamento a un cittadino extra-comunitario proprio in forza della disapplicazione della normativa italiana in contrasto con l'art. 34 par. 2 della Carta di Nizza, considerata di immediata efficacia.

7. Considerazioni critiche sul reddito di cittadinanza

A più di un anno dall'entrata in vigore del Reddito di cittadinanza, la sua effettività resta un nodo cruciale. Il tema richiederebbe in realtà un approfondimento più ampio di quanto si possa fare in questa sede, per cui ci si limita a procedere per rapidi cenni.

Il RdC presenta aspetti problematici di ordine economico, legati alla copertura della misura, e altri che riguardano l'effettiva idoneità a funzionare da strumento di riqualificazione e reinserimento per il soggetto che ne beneficia.

Sul primo versante, è da segnalare come già lo studio condotto nel 2017 dall'OCSE⁷⁸ metteva in guardia sul fatto che l'Italia avrebbe potuto sostenere l'erogazione di un reddito massimo pari a 158 euro per ciascun beneficiario senza gravare sul suo bilancio⁷⁹. Questa posizione è stata ribadita dal rapporto *The future of work*⁸⁰ successivo all'entrata in vigore del RdC, nel quale si evidenzia il carattere eccessivamente elevato del sussidio di cittadinanza in rapporto sia ai redditi medi italiani sia agli strumenti omologhi adottati in altri paesi OCSE⁸¹.

Seppur con dati provvisori, le quantificazioni diffuse dall'Inps con riguardo al RdC⁸² mostrano come l'importo medio che è stato erogato a cadenza mensile nei primi tre mesi di operatività della prestazione sia ben superiore alle proiezioni OCSE. Esso si attesta sui 489 euro⁸³, manifestando peraltro una sensibile variazione tra il Nord Italia e il Sud e le isole⁸⁴.

⁷⁸ Dal titolo *Basic income as a policy option: can it add up?* e datato 23 maggio 2017.

⁷⁹ *Ivi*, p. 8.

⁸⁰ *The future of work - OECD Employment Outlook 2019*, pubblicato il 25 aprile 2019. La sezione del rapporto che si concentra sulla situazione del lavoro in Italia è disponibile, in versione sintetica, all'indirizzo www.oecd.org/italy/Employment-Outlook-Italy-EN.pdf.

⁸¹ Nella stessa direzione i più recenti rilievi formulati dal Fondo monetario internazionale, che invitano l'Italia a rimodulare la spesa per il RdC anche alla luce dei possibili effetti disincantanti in termini di ricerca di una nuova occupazione; al riguardo, cfr. GIULIANI, "Ora tagliate questi assegni. Il piano dell'FMI per l'Italia, *Il Giornale*, 6 maggio 2020.

⁸² Nel report *Reddito/Pensione di Cittadinanza e Reddito di inclusione-Osservatorio statistico* (17 luglio 2019), disponibile al link www.inps.it/docallegatiNP/Mig/Dati_analisi_bilanci/Osservatori_statistici/Osservatorio_REI/Report_trimestrale_ReI_RdC_aprile_giugno_2019.pdf.

⁸³ *Quantum* che è certamente più elevato rispetto a quello erogato mensilmente sotto forma di ReI fino al giugno 2019 e pari a 293 euro; sul punto, cfr. ancora il rapporto Inps, *Reddito/Pensione di Cittadinanza*, cit., p. 6.

⁸⁴ Nelle regioni meridionali e nelle isole il RdC presenta un importo superiore del 7%

I dati relativi al 2020 non sono più confortanti: la spesa per la voce “Reddito di cittadinanza” grava anzi ancor di più sui bilanci dello Stato, toccando quota 541 euro per nucleo beneficiario nei mesi di febbraio e marzo 2020⁸⁵. Se questo è il quadro di riferimento⁸⁶, è evidente che il mantenimento a regime del RdC implicherà in modo ineludibile un aumento della pressione fiscale sotto forma di tassazione diretta o indiretta allo scopo di assicurare la relativa sostenibilità economica, sebbene nel dibattito politico si registri una certa tendenza ad eludere il tema delle coperture, per concentrarsi invece su ulteriori criticità, tra cui la riqualificazione professionale⁸⁷ o la flessibilizzazione della misura⁸⁸. Ciononostante il ricorso a eventuali finanziamenti mediante tassazione resta un passaggio ineludibile, tanto più se il legislatore nazionale intende aderire alla prospettiva evocata dalla COM (2020) 512 final⁸⁹, di allargamento della platea di soggetti destinatari del RdC⁹⁰.

rispetto a quello nazionale, mentre è inferiore dell'8% e del 14% rispettivamente nelle regioni del Centro e del Nord; così nel report Inps, *Reddito/Pensione di Cittadinanza*, cit., p. 5.

⁸⁵ Cfr. il rapporto INPS *Reddito/Pensione di Cittadinanza e Reddito di inclusione-Osservatorio statistico*, aprile 2019-marzo 2020, p. 7, e grafico 7 relativo alla *Distribuzione mensile dei nuclei percettori di RdC/PdC e degli importi medi mensili erogati* (disponibile all'indirizzo www.inps.it/doc/callegatiNP/Mig/Dati_analisi_bilanci/Osservatori_statistici/Osservatorio_REI/Report_trimestrale_ReI-RdC_aprile2019-marzo2020.pdf).

⁸⁶ Da compararsi con quello relativo agli altri Stati europei, rispetto ai quali l'Italia si colloca in una fascia di erogazione delle misure di contrasto alla povertà di livello medio-alto; per tutti valga il richiamo allo studio anche tabulare di SPATTINI, *Reddito di cittadinanza e contrasto alla povertà nel confronto europeo*, in M. MAROCCO, SPATTINI (a cura di), *Garanzia del diritto al lavoro, contrasto alla povertà, politica attiva e di inclusione sociale: le tante (troppe?) funzioni del reddito di cittadinanza all'italiana. Primo commento al decreto-legge n. 4/2019*, Collana Adapt, 2019, 32-35, in cui l'A. tuttavia precisa come l'indice di generosità⁸⁷ abbia una valenza analitica di tipo relativo, dovendosi valutare dal punto di vista effettuale in combinato con altre misure di sostegno eventualmente adottate a livello nazionale.

⁸⁷ In questo senso, cfr. il resoconto stenografico del *question time su Reddito cittadinanza e misure Governo per favorire occupazione (3-01352)* rivolto al premier Conte al Senato, 6 febbraio 2020, p. 62 ss.

⁸⁸ Specie laddove si verificano eventi idonei ad incidere sulla vita del beneficiario, come la sottoscrizione di un contratto a tempo determinato o l'intervenuta condanna per reati di particolare disvalore penale. Le ulteriori modifiche contenute nella legge di bilancio per il 2020 (l. n. 160/2019) riguardano lo stanziamento di fondi per le attività connesse al RdC e alla PdC (art. 1, c. 479-481).

⁸⁹ *Raccomandazione del Consiglio sul programma nazionale di riforma 2020 dell'Italia e che formula un parere del Consiglio sul programma di stabilità 2020 dell'Italia*, 20 maggio 2020.

⁹⁰ *Considerando n. 17*, p. 5.

Quanto invece al secondo profilo, inerente alla garanzia del sostegno attivo per il ricollocamento entro il tessuto sociale e lavorativo, si è detto come ad oggi il RdC si atteggi a misura meramente assistenziale, carente di un effettivo supporto pubblico orientato al reinserimento occupazionale⁹¹. Anche su questo aspetto l'Unione europea mantiene un monitoraggio stretto: già nel 2019, nella specifica raccomandazione rivolta all'Italia⁹², Commissione Ue aveva espresso preoccupazioni per la c.d. fase attiva del RdC e per il correlativo rischio di appesantire la p.a. e i servizi per l'impiego e i servizi sociali nello specifico⁹³. Ancora nel 2020, con la *Relazione sui progressi maturati dall'Italia nel campo delle riforme strutturali, prevenzione e correzione degli squilibri macroeconomici*⁹⁴, la Commissione ha richiamato l'Italia all'attivazione del pilastro delle politiche attive⁹⁵, che dovrebbero offrire al lavoratore non

⁹¹ Per un approfondimento sul patto per il lavoro e sui relativi obblighi discendenti in capo al richiedente e ai componenti del nucleo familiare non esonerati si rinvia a SCALA, *Il reddito di cittadinanza tra workfare e metamorfosi del lavoro*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", n. 402/2019, pp. 7 e 11; sui discussi parametri di congruità dell'offerta di lavoro proposta dai CPI al beneficiario non occupato, v. invece, RECCHIA, *Il reddito di cittadinanza nel prisma delle relazioni industriali*, in DRI, 2020, p. 12 ss.; infine, per la connessione tra politiche attive e principio di responsabilità individuale, v. *amplius*, BUOSO, *Legalità e solidarietà nell'ordinamento dello Stato sociale*, Jovene, 2017.

⁹² COM (2019) 512 final del 5 giugno 2019, *Raccomandazione del Consiglio sul Programma nazionale di riforma 2019 dell'Italia e che formula un parere del Consiglio sul programma di stabilità 2019 dell'Italia*.

⁹³ Nella prospettiva dell'Ue la concreta incidenza del RdC in termini di riduzione della povertà e inclusione sociale si lega a tre variabili: a) l'efficacia delle politiche tese ad integrare le persone nel mercato del lavoro o nei percorsi formativi; b) la disponibilità di servizi sociali personalizzati; c) l'esistenza di controlli effettivi. Cfr. *Considerato 14*, COM (2019) 512 final del 5 giugno 2019, cit.

⁹⁴ COM (2020) 150 final, Documento di lavoro dei servizi della Commissione. *Relazione per paese relativa all'Italia 2020 che accompagna il documento Comunicazione della Commissione al parlamento europeo, al consiglio europeo, al Consiglio, alla Banca centrale europea e all'Eurogruppo, Semestre europeo 2020: valutazione dei progressi in materia di riforme strutturali, prevenzione e correzione degli squilibri macroeconomici e risultati degli esami approfonditi a norma del regolamento (UE) n. 1176/2011*.

⁹⁵ "Il sistema di reddito minimo rappresenta un passo importante nella lotta alla povertà, ma restano da migliorare l'inserimento lavorativo e l'inclusione sociale. La differenza tra la prestazione mensile media percepita da famiglie con minori (579 EUR) e senza (426 EUR) è relativamente limitata. La scarsa diffusione effettiva tra i gruppi vulnerabili, compresi i cittadini stranieri e le famiglie più numerose, potrebbe ridurre l'impatto del sistema sulla riduzione della povertà. Al contempo, la debolezza delle politiche attive per il mercato del lavoro ... potrebbe ostacolare la componente di inserimento lavorativo del sistema.". Così nel *Documento di lavoro dei servizi della Commissione*, cit., p. 51.

occupato le “attività al servizio della comunità, la riqualificazione professionale o il completamento degli studi” prospettate dall’art. 4 c. 1 del d.l. n. 4.

Tuttavia, alla luce dell’attuale obiettivo statale ed europeo di superamento degli effetti economici prodotti dall’epidemia da Covid-19, le possibilità di realizzazione degli interventi strutturali e implementativi di cui il Reddito di cittadinanza necessita appaiono di quanto mai difficile realizzazione. Anzi, il rischio è che l’adozione di strumenti di supporto economico alle famiglie maggiormente colpite dall’emergenza epidemiologica, come il reddito di emergenza, possa creare ulteriore confusione tra le misure di sostegno al reddito presenti nell’ordinamento; pericolo, quest’ultimo, di cui lo stesso Governo sembra essere consapevole, se è vero che nel richiamato decreto-legge n. 34 del 2020 ha espressamente chiarito che tra le due misure sussiste un rapporto di incompatibilità (art. 82, c. 3)⁹⁶. Allo stato, dunque, si ritiene che l’unico percorso in grado di condizionare il circuito governativo-parlamentare a intervenire in modo significativo sul Reddito di cittadinanza è l’eventualità che la Commissione europea condizioni l’erogazione di future misure economiche a vantaggio dello Stato – tra cui quelle previste dal piano *Recovery Fund* – alla predisposizione di riforme strutturali, che investano anche il contrasto alla povertà.

⁹⁶ A tenore della disposizione, il reddito di emergenza non risulta compatibile con la presenza nel nucleo familiare di percettori titolari di *pensione diretta o indiretta*, fatti salvi eventuali assegni di invalidità; di retribuzione da lavoro dipendente superiore alla soglia lorda di cui al comma 5 del d.l. n. 34; quindi di reddito di cittadinanza o di misure aventi analoghe finalità.

Abstract

Il contrasto alla povertà rappresenta oggi uno dei pilastri delle politiche sociali e giuslavoristiche non solo europee. Muovendo da questo tema, lo studio esamina funzionalità e criticità finalistiche del reddito di cittadinanza, entrato in vigore nell'interno dell'ordinamento italiano nella XVIII legislatura. Superati i dubbi interpretativi circa la compatibilità della misura con il modello di welfare disegnato nella Costituzione italiana attraverso l'adozione di un'ottica multilivello, nella configurazione del RdC permangono taluni aspetti problematici. Tra questi ultimi, la sostenibilità economica e l'effettività del ricollocamento sul mercato del lavoro dei soggetti che beneficiano del sostegno.

Fighting poverty is nowadays one of the pillars of the social and labor law policies not only in Europe. Starting from this topic, the study examines the functionality and finalistic criticalities of the basic income, that became law within the Italian Legal System during the XVIII legislature. Once the interpretative doubts about the compatibility of the measure with the welfare model designed in the Italian Constitution through the adoption of a multilevel perspective have been overcome, some problematic aspects in the configuration of the basic income remain. Among the latter, the economic sustainability and the effectiveness of the relocation of the beneficiaries of the support to the labor market.

Key words

Reddito di cittadinanza, contrasto alla povertà, inclusione attiva, welfare europeo, governance multilivello, diritto all'assistenza sociale.

Reddito di cittadinanza, anti-poverty measures, active inclusion approach, European welfare, multilevel governance, entitlement to social assistance.

Corte di Cassazione 9 marzo 2020 n. 6633 – Pres. Bronzini, Rel. De Gregorio

Patto di prova – art. 2096 c.c. – stipula di contratti successivi – identiche mansioni – differente collocazione geografica – mancanza di causa – inammissibilità.

L'inserimento del patto di prova in due contratti di lavoro successivamente stipulati tra le stesse parti, inerenti ad identiche mansioni e con un intervallo temporale tra i diversi impieghi tale da non far presumere una perdita di capacità professionale da parte della lavoratrice, non può essere giustificata dalla diversa collocazione geografica della sede di adibizione del dipendente.

★ ★ ★

Arianna Avondola

**Se la sola diversa collocazione geografica
del rapporto di lavoro
giustifica un nuovo patto di prova**

Sommario: 1. Il caso. 2. Le origini del patto di prova: evoluzione storico-normativa dell'istituto. 3. Causa del patto di prova e ipotesi di reiterazione. 4. Natura della clausola di prova e collocazione geografica.

I. *Il caso*

La sentenza che si annota affronta l'annosa tematica del patto di prova, "rispolverando" una disciplina la cui funzione sociale ha subito negli anni un drastico ridimensionamento a causa della diffusione di tipologie contrattuali (formative, temporanee, a termine), che, seppur non direttamente finalizzate alla sperimentazione del rapporto, hanno "consentito di fatto all'imprenditore una valutazione dinamica dell'attitudine professionale e delle qualità personali del lavoratore ben al di là degli stretti limiti temporali del patto di prova"¹.

Nel caso di specie, la Corte di Cassazione ha rilevato l'illegittimità, per mancanza di causa, del patto di prova inserito in un contratto di lavoro, successivo ad altro precedentemente stipulato dalle medesime parti, avente ad oggetto mansioni identiche a quelle svolte nell'ambito dei pregressi rapporti di lavoro già intrattenuti con la stessa datrice, seppure con una diversa collocazione geografica di svolgimento del lavoro.

In particolare, una lavoratrice impugnava giudizialmente, innanzi al Tribunale competente, il licenziamento che le era stato irrogato per mancato superamento del periodo di prova.

A fondamento di tale domanda la dipendente deduceva che la clausola fosse stata illegittimamente apposta al contratto di lavoro firmato con la società datrice, dal momento che, per le stesse mansioni, la lavoratrice aveva già superato la prova contenuta nei precedenti contratti a termine stipulati con la medesima azienda.

¹ CARINCI F., DE LUCA TAMAJO, TOSI, TREU, *Il rapporto di lavoro subordinato*, Utet, 2013, p. 106. In generale sul patto di prova cfr. ZOPPOLI L., *Il patto di prova*, in ESPOSITO, GAETA, ZOPPOLI A., ZOPPOLI L. (a cura di), *Diritto del lavoro e sindacale*, Giappichelli, 2018, pp. 139 e ss.

Il Tribunale di *primae curae* accoglieva il ricorso, esito che veniva confermato dalla Corte d'Appello di Venezia, in secondo grado.

La società ricorreva in Cassazione, sostenendo che la sede dove la dipendente aveva svolto l'ultima attività era distante oltre mille chilometri dagli uffici della precedente assegnazione e che, quindi, la diversa collocazione geografica giustificava la necessità di una nuova sperimentazione delle sue capacità lavorative.

La Corte, per contro, rilevava che “per ben tre volte la società appellata aveva verificato le qualità professionali e la personalità della lavoratrice nell'espletamento delle mansioni di portalettere, con esito positivo”. Infatti, prima dell'ultimo contratto di lavoro relativo al territorio della provincia di Belluno, la lavoratrice aveva stipulato con Poste Italiane altri contratti a termine, contenenti ciascuno un patto di prova; prova superata in tutti i pregressi rapporti di lavoro (l'ultimo dei quali con scadenza prevista per l'anno precedente a quello di stipula del contratto oggetto di ricorso) intrattenuti in provincia di Lecce e sempre svolgendo mansioni di portalettere.

I giudici respingevano, così, il ricorso della società sulla base di un'attenta valutazione della fattispecie concreta, ritenendo ingiustificata l'apposizione di un ulteriore patto di prova: a) non riscontrando, sotto il profilo quantitativo, significative differenze nelle mansioni svolte; b) mancando un reciproco interesse delle parti al nuovo patto di prova; c) non ritenendo rilevante il lasso di circa un anno tra l'ultimo contratto a termine e la stipula di quello successivo; d) non potendo presumersi una perdita di professionalità della lavoratrice “durante questo non lungo intervallo temporale, a fronte di mansioni non soggette a rapida obsolescenza”; e) non essendosi verificati presunti disagi e lamentele da parte dell'utenza in merito all'attività svolta dalla lavoratrice (durante il servizio prestato in provincia di Lecce) che legittimassero un ulteriore patto di prova; f) non rilevando la diversità delle realtà territoriali, dato che “le mansioni di portalettere risultavano qualitativamente identiche, ancorché rese in distinte realtà territoriali, sicché non era neppure dato comprendere per quale motivo l'attività di recapito nella zona di Lecce presentasse caratteristiche diverse dalla medesima attività espletata nel bellunese”².

La medesima Corte dichiarava, in conclusione, l'assoluta irrilevanza della diversa collocazione geografica rispetto alla *ratio* stessa dell'istituto della prova,

² DURVAL, *Patto di prova in più contratti per identiche mansioni*, in www.soluzionilavoro.it.

in quanto il patto di prova, in due contratti di lavoro successivamente stipulati tra le stesse parti, sarebbe ammissibile solo allorquando risponda alla finalità di saggiare nuovamente la reciproca convenienza delle parti alla continuazione del rapporto, essendo possibile che nel tempo intervengano molteplici fattori, attinenti non solo alle capacità professionali, ma anche alle abitudini di vita o a problemi di salute, come già chiarito più volte in precedenza dalla Cassazione medesima³.

Secondo i giudici di legittimità, quindi, tali condizioni non erano state adeguatamente provate dalla ricorrente, rendendo inammissibile il ricorso.

2. *Le origini del patto di prova: evoluzione storico-normativa dell'istituto*

Com'è noto, ai sensi dell'art. 2096 c.c. il contratto di lavoro può prevedere un periodo di prova, che deve risultare da atto scritto (co.1)⁴, durante il quale l'imprenditore e il lavoratore sono tenuti a consentire e a fare l'esperimento che forma l'oggetto del patto di prova (co. 2); ciascuna delle parti può recedere senza obbligo di preavviso dal contratto durante questo stesso periodo (co. 3), al termine del quale l'assunzione diviene definitiva ed il servizio prestato si computa nell'anzianità di servizio del lavoratore (co. 4).

Secondo la disposizione di legge, dunque, il patto di prova è strutturalmente finalizzato alla verifica delle capacità professionali e della complessiva personalità del lavoratore in relazione alle mansioni affidategli e al contesto aziendale in cui sono destinate a svolgersi⁵.

La clausola consiste, pertanto, nella possibilità offerta ad entrambe le parti di "sperimentare" la reciproca convenienza all'instaurazione del rap-

³ Sul punto v. Cass. 11 luglio 2018 n. 18268, in *www.soluzionilavoro.it*, con nota di BETTINI, *Periodo prova e personalità del lavoratore*; Cass. 30 ottobre 2015 n. 22286, in *DJ*; Cass. 22 aprile 2015 n. 8237, in *RGL*, 2016, II, 44, con nota di GAMBARDELLA, *Le ragioni che legittimano la reiterazione del patto di prova*; Cass. 8 gennaio 2008 n. 138; Cass. 29 luglio 2005 n. 15960; Cass. 2 dicembre 2004 n. 22637; Cass. 11 marzo 2004 n. 5016, tutte in *DJ*.

⁴ Al fine di tutelare la parte più debole del rapporto e impedire che possa trovarsi assoggettato ad un regime meno protettivo, la Cassazione si è da tempo dimostrata rigorosa nel sostenere la necessità dell'atto scritto *ad substantiam* e non *ad probationem*, con la conseguenza che, in mancanza di esso, il patto di prova deve considerarsi nullo e l'assunzione del lavoratore definitiva. Sul punto, per tutte, v. Cass. 10 ottobre 2006 n. 21698, in *DJ*.

⁵ CARINCI F., DE LUCA TAMAJO, TOSI, TREU, *Il rapporto di lavoro subordinato*, Utet, 2013, p. 106.

porto di lavoro, prima che lo stesso diventi definitivo (analogamente al patto di gradimento nella compravendita *ex art. 1520 c.c.*)⁶.

Sebbene l'attuale configurazione normativa sia volta a tutelare l'interesse di entrambe le parti del rapporto, originariamente il patto di prova rispondeva all'esclusivo interesse datoriale di accertare le attitudini professionali e la personalità del lavoratore prima di rendere effettiva l'assunzione; e, ancora oggi, il senso della "bidirezionalità"⁷ dell'istituto si percepisce quasi esclusivamente nei casi in cui il lavoratore sia in possesso di una qualifica elevata, tale cioè da consentirgli un autonomo apprezzamento della qualità dell'ambiente in cui sarà destinato ad operare (colleghi, superiori, organizzazione del lavoro, macchinari) e una consapevole verifica dell'esattezza e della puntualità dell'adempimento da parte dell'imprenditore degli obblighi retributivi e di quelli relativi alla sicurezza sul lavoro⁸.

Più specificamente, il codice civile del 1865 non prevedeva espressamente il patto di prova, la cui disciplina era rimessa agli usi che privilegiavano il momento di verifica da parte del datore di lavoro circa le capacità professionali e le caratteristiche "moralì" del prestatore di lavoro⁹.

Proprio questa prioritaria attenzione rivolta all'interesse datoriale aveva spinto la dottrina dell'epoca a paragonare l'esperimento della prova alla vendita con patto di precedente assaggio prevista dall'art. 1453 del codice del 1865¹⁰.

Le prime regolamentazioni sul patto di prova si possono far risalire alla legge sull'impiego privato, nonché alla contrattazione collettiva e, in parte, alla giurisprudenza.

In particolare, l'art. 4 r.d.l. 13 novembre 1924, n. 1825, convertito nella legge n. 562/1926, con riferimento al rapporto degli impiegati, stabiliva espressamente alcuni principi fondanti la disciplina in oggetto¹¹.

⁶ PESSI R., *Lezioni di diritto del lavoro*, Giappichelli, 2016, p. 280.

⁷ CARINCI F., DE LUCA TAMAJO, TOSI, TREU, *op. cit.*, p. 106 in nota.

⁸ MENGHINI, *La clausola di prova*, in CESTER (a cura di) *Diritto del lavoro*, CARINCI F. (diretto da) *Commentario*, Utet, 1996, p. 396.

⁹ VARESÌ, *Il patto di prova nel rapporto di lavoro*, in *Le assunzioni. Prova e termine nei rapporti di lavoro. Il codice civile, Commentario* (diretto da) SCHLESINGER P., Milano, 1990, p. 4.

¹⁰ Lo rilevano AMOROSO G., DI CERBO V., MARESCA A., *Il diritto del lavoro, Costituzione, codice civile e leggi speciali*, vol. I, Giuffrè, 2004, p. 544.

¹¹ *Ibidem*, ove si precisa che si tratta di principi quali: la contestualità del patto di prova al momento dell'assunzione; l'obbligo della forma scritta; la determinazione della durata massima

A meglio delineare la materia contribuirono sia i contratti collettivi corporativi, che individuaronero alcuni capisaldi dell'istituto, disciplinando specificamente alcuni aspetti del patto di prova (quali la durata, la retribuzione, il recesso, la forma), sia la giurisprudenza, che pose un netto limite al potere datoriale in merito all'illegittimità della proroga oltre i limiti previsti dalla legge, sancendo, inoltre, l'inaammissibilità del patto per il lavoratore già impiegato con le stesse mansioni.

Considerati tali precedenti storici, appare evidente come l'attuale lettera dell'art. 2096 c.c. sia il chiaro frutto di un lungo percorso interpretativo, che affonda le proprie radici nei principi testé descritti, ma con una macroscopica differenza.

La disciplina attuale, infatti, si caratterizza proprio per l'obbligo imposto ad ambedue i contraenti di consentire e di fare l'esperimento, riconoscendo così ad entrambe le parti l'interesse reciproco alla realizzazione della prova: elemento divergente dal passato che oggi, invece, contraddistingue la *ratio* dell'istituto.

3. *Causa del patto di prova e ipotesi di reiterazione*

Come ormai costantemente chiarito da dottrina e giurisprudenza, la causa del patto di prova va "individuata nella tutela dell'interesse comune alle due parti del rapporto di lavoro, in quanto diretto ad attuare un esperimento mediante il quale sia il datore di lavoro che il lavoratore possono verificare la reciproca convenienza del contratto, accertando il primo le capacità del lavoratore e quest'ultimo, a sua volta, valutando l'entità della prestazione richiestagli e le condizioni di svolgimento del rapporto"¹².

L'esperimento sul campo lavorativo, dunque, rappresenta un "banco di prova" su cui verificare le reciproche aspettative: solo in tal modo si realizza lo scopo della norma, che così esaurisce la sua funzione. L'interesse di entrambi i contraenti all'effettuazione della prova costituisce la giustificazione, sul piano giuridico, del patto, in virtù del quale il datore di lavoro potrà accertare le capacità e le abilità professionali del prestatore di lavoro, mentre

dell'esperimento, diversificata in funzione della qualifica; la libera recedibilità durante il periodo di prova; la computabilità del periodo di prova ai fini dell'anzianità di servizio.

¹² Cass. 22 aprile 2015 n. 8267, in *DJ*. Per la dottrina v., tra gli altri, DEL PUNTA, *Prova (patto di)*, Dig. Utet, 1995, vol. XI, p. 423 e ss.

quest'ultimo potrà valutare le caratteristiche della prestazione richiestagli e le condizioni di svolgimento del rapporto¹³.

Proprio questa possibilità attribuita alle parti di “provare” la reciproca convenienza alla prosecuzione del rapporto ha spesso rappresentato per la giurisprudenza una sorta di ago della bilancia, essenziale per comprendere quando il patto venga apposto al fine di eludere norme imperative.

In particolare, sul punto, la Cassazione si è dovuta spesso pronunciare in merito alla legittimità della reiterata apposizione del patto di prova in contratti successivi, stipulati per le medesime mansioni e tra le stesse parti.

In tali ipotesi l'ammissibilità dell'apposizione della clausola di prova nel secondo contratto è stata verificata proprio sulla base della coerenza della stessa con la causa del patto; congruenza che non sarebbe riscontrabile quando la reciproca convenienza del rapporto risulti già sperimentata in un precedente contratto stipulato dalle medesime parti¹⁴.

La prova, infatti, deve essere sempre funzionale alla sperimentazione, in quanto, se le attitudini professionali e personali del lavoratore sono già state verificate, essa risulta priva della sua causa giustificativa.

Non basta, però, ai fini della rilevazione della illegittima reiterazione della clausola, la sola circostanza che vi sia stata già una precedente prova conclusasi positivamente; il patto deve avere, infatti, ad oggetto mansioni identiche, per lo più rese dallo stesso lavoratore in favore dello stesso datore di lavoro¹⁵ e i contratti devono essere stipulati a distanza di un lasso di tempo congruo a non far presumere una obsolescenza della professionalità acquisita¹⁶.

La reiterabilità di una prova già superata può essere, invece, ammessa non solo quando il lavoratore venga riassunto dallo stesso datore di lavoro con una qualifica diversa, ma anche quando venga riassunto con la stessa qualifica, ma tra l'una e l'altra assunzione sia passato tempo sufficiente a far ritenere modificate, nel frattempo, le condizioni tecnologiche o anche solo

¹³ GAMBARDELLA, *Le ragioni che legittimano la reiterazione del patto di prova*, in *RGL*, 2018, p. 45. Per la giurisprudenza cfr., *ex multis*, Cass. 5.5.2015, n. 8934, in *FI*, 2015, I, c., 1941; Cass. 22.6.2012, n. 10440, in *DPL*, 2013, n. 38, p. 2265; Cass. 30.7.2009, n. 17767, in *DJ*; Cass. 8.1.2008, n. 138, in *FI*, 2008, n. 3, I, p. 762; Cass. 29.7.2005, n. 15960, in *DJ*.

¹⁴ MENGHINI, *op. cit.*, p.400.

¹⁵ Cfr. Cass. 11 luglio 2018 n. 18268, in *DJ*, specificamente su un caso di reiterazione del patto di prova nell'ipotesi di successione di diversi datori di lavoro nell'ambito dell'appalto.

¹⁶ Si veda, tra le altre, Cass. 30.10.2015, n. 22286, in *DJ*; Cass. 22.6.2012, n. 10440, cit.; Cass. 8.1.2008, n. 138, cit.; Cass. 2.12.2004, n. 22637, in *GLav.*, 2005, n. 5, p. 28.

organizzative di esecuzione della prestazione di lavoro, oppure, anche, le condizioni personali delle parti.

Rispetto alla funzione che l'istituto espleta nei confronti del datore di lavoro, la clausola di prova ha, infatti, una duplice valenza: da un lato, la verifica del comportamento e della personalità del lavoratore in relazione all'adempimento della prestazione (funzione soggettiva); dall'altro, la verifica delle abitudini di carattere tecnico-professionale dello stesso (funzione oggettiva)¹⁷.

Secondo l'orientamento ormai consolidato della Suprema Corte, si ritiene comunemente ammissibile la ripetizione del patto di prova in successivi contratti di lavoro tra le medesime parti quando “vi sia la necessità per il datore di lavoro di verificare, oltre alle qualità professionali, anche il comportamento e la personalità del lavoratore in relazione all'adempimento della prestazione, trattandosi di elementi suscettibili di modificarsi nel tempo per molteplici fattori, attinenti alle abitudini di vita o a problemi di salute”¹⁸.

La ripetizione della prova risulta, quindi, ammissibile ogni qualvolta essa sia giustificata da una modifica della situazione preesistente concernente sia l'attività da svolgersi, sia le condizioni soggettive in cui si trova il lavoratore¹⁹.

4. *Natura del patto di prova e collocazione geografica*

Alla luce di quanto descritto, resta sostanzialmente marginale la questione relativa alla natura della “sperimentazione”²⁰, benchè abbia generato un ampio dibattito in dottrina, rimasto tuttavia, ad oggi, ininfluente ai fini della soluzione dei problemi interpretativi che si pongono in materia²¹.

¹⁷ GAMBARDELLA, *op. cit.*, p. 46.

¹⁸ Cass. 17 luglio 2015 n. 15059, in *DJ*.

¹⁹ MENGHINI, *op. cit.*, p. 401.

²⁰ GRAGNOLI, *L'illegittimità del licenziamento intimato in presenza del periodo di prova e le conseguenze sanzionatorie*, in *DRI*, 2019, p. 673.

²¹ Sulla natura giuridica del patto di prova si è a lungo dibattuto, prospettando diverse tesi: contratto preliminare, rapporto a termine iniziale, contratto speciale di lavoro (ASSANTI, *Il contratto di lavoro a prova*, Giuffrè, 1957, p. 11; ZANGARI, *Il contratto di lavoro con clausola di prova*, Giuffrè, 1965, p. 73). Secondo l'opinione prevalente si tratta di un elemento accidentale del contratto di lavoro e all'interno di tale orientamento si distingue tra chi considera il patto di prova una condizione sospensiva e chi una condizione risolutiva. Per i diversi orientamenti cfr. tra gli altri MENGONI, *Il contratto di lavoro nel diritto italiano*, in AA.VV. (a cura di), *Il contratto di lavoro nel diritto dei paesi membri della C.E. C.A.*, Giuffrè, 1965, p. 266 ss.; SUPPIEJ, DE CRISTOFARO, CESTER, *Diritto del lavoro. Il rapporto individuale*, Cedam, 2005, p. 186 ss.; MONTUSCHI, LASSAN-

Indipendentemente dalla sua natura, infatti, la sperimentazione ha senso fin tanto che non abbia già esaurito la sua funzione, condizione che si verifica ogni qual volta il datore di lavoro – al momento della stipula di un nuovo contratto – sia già a conoscenza delle capacità e delle attitudini lavorative del dipendente.

Appare evidente, a tal punto, che gli approdi cui perviene la Corte di Cassazione nella sentenza in commento risultano, sotto numerosi aspetti, condivisibili.

È pacifico, infatti, che debba essere consentito al datore di lavoro di valutare, accanto alla preparazione professionale del lavoratore, anche le caratteristiche inerenti al suo stile di vita e alla sua salute, nonché alla sfera del c.d. saper essere²²: personalità, carattere, capacità di relazionarsi con gli altri collaboratori²³.

È certamente congrua, quindi, la valutazione della Suprema Corte in merito alla legittimità del patto di prova inserito in un contratto di nuova stipulazione che “lasci inalterata la necessità di valutazione del permanere degli elementi di qualificazione della prestazione lavorativa ivi compreso il vincolo fiduciario”²⁴.

Così come appare ugualmente ragionevole considerare giustificata l’apposizione della clausola di prova nelle ipotesi in cui il contratto successivo sia stipulato a distanza di molti mesi (o, a maggior ragione, a distanza di anni) dal primo, dal momento che la causa del patto è proprio quella di consentire al datore una verifica non solo delle qualità professionali, ma anche del comportamento e della personalità del lavoratore in relazione all’adempimento della prestazione: elementi, questi, suscettibili di modificarsi nel tempo per l’intervento di molteplici fattori, attinenti alle abitudini di vita o a problemi di salute²⁵.

DARI, *La costituzione del rapporto di lavoro ed il collocamento*, in RESCIGNO (diretto da), *Trattato di diritto privato, Impresa e lavoro*, vol. XV, Utet, 2004, I, pp. 3954 ss.; ZOPPOLI L., *op. cit.*, p. 139.

²² Cfr. *amplius* sul punto, tra gli altri, ASSANTI, PERA, *Commento allo Statuto dei diritti dei lavoratori*, Cedam, 1972, p. 139; ROMAGNOLI, *Art. 13*, in *Statuto dei diritti dei lavoratori. Commentario*, Zanichelli, 1979, p. 225; LISO, *Art. 13*, in GIUGNI (diretto da), *Lo Statuto dei lavoratori. Commentario*, Giuffrè, 1979, p. 169; nonché, specificamente, v. GARGIULO, *L’equivalenza delle mansioni nel contratto di lavoro*, Rubettino, 2008, p. 30 e ss.

²³ BETTINI, *op. cit.*

²⁴ Cass. 11 luglio 2018 n. 18268, in *DJ*.

²⁵ In questo senso, si vedano, tra le altre, Cass. 22 giugno 2012, n. 10440, *cit.*; Cass. 2 ottobre 2008, n. 24409, in *DPL*, 2009, n. 39, p. 2260.

Pertanto, se certamente possono considerarsi rilevanti, ai fini della legittima reiterazione della clausola di prova, fattori come il notevole lasso di tempo intercorso tra la stipula dei contratti, o l'obsolescenza (presumibile) delle attitudini professionali, o, ancora, fattori personali idonei ad incidere sull'*intuitus personae* (là dove questo elemento sia significativo rispetto alla prestazione richiesta), non può dirsi lo stesso per lo spostamento geografico della sede di svolgimento dell'attività lavorativa, così come chiarito nella decisione in commento.

Ciò che, però, i giudici di legittimità avrebbero potuto meglio precisare è il fatto che lo spostamento presso una diversa sede non è di per sé sempre irrilevante.

Se, infatti, il cambiamento (a parità di mansioni) risultasse accompagnato da un significativo mutamento delle tecnologie aziendali o dell'organizzazione di lavoro, o fosse motivo di modifica delle condizioni personali del lavoratore (come nel caso di un cambiamento che richieda il possesso di determinate capacità professionali o di specifiche attitudini morali), diverse da quelle per le quali era già stata superata una prova precedente, in tali ipotesi, dunque, anche lo spostamento geografico probabilmente risulterebbe elemento giustificativo della apposizione di una nuova clausola di prova.

Diversamente – e in questa ipotesi si condivide appieno la soluzione della pronuncia in esame –, se lo spostamento viene presentato come *unico* elemento legittimante una nuova sperimentazione, in tal caso, allora, la diversa realtà territoriale non potrà *ex se* costituire la causa di un rinnovato patto di prova.

Key words

Patto di prova, reiterazione, contratti successivi, mansioni, collocazione geografica.

Trial agreement, reiteration, subsequent contracts, duties, geographical location.

Tribunale di Firenze, 1° aprile 2020 – Est. Gualano

Emergenza sanitaria - misure di prevenzione - riders - obblighi del committente - sicurezza del lavoro.

La società che gestisce la piattaforma deve, in attuazione della disciplina prevenzionistica riservata ai lavoratori subordinati, fornire ai c.d. riders i presidi sanitari necessari a prevenire il rischio Covid-19. Il loro rapporto di lavoro, infatti, va ricondotto tra quelli regolamentati dall'art. 2 d.lgs. 81/15, per i quali si applicano integralmente le norme sulla subordinazione. Ai riders, inoltre, va applicato anche il Capo V-bis del d.lgs. 81/15, il cui art. 47-septies vincola il gestore della piattaforma digitale a rispettare, a propria cura e spese, il d.lgs. 81/08 incluso l'obbligo datoriale di fornire le attrezzature di lavoro.

★ ★ ★

Pasquale Monda

Covid-19 e *riders*: primi sussulti della giurisprudenza di merito

Sommario: **1.** Una breve contestualizzazione del decreto. **2.** I contenuti del decreto. **3.** L'obbligatorietà delle misure igienico-sanitarie. **4.** L'applicazione delle misure igienico-sanitarie ai *riders* etero-organizzati ... **5.** *Segue.* ... e alcune implicazioni. **6.** L'applicazione delle misure igienico-sanitarie ai *riders* autonomi: le regole cambiano, ma il risultato rimane sempre lo stesso?

1. Una breve contestualizzazione del decreto

L'emergenza sanitaria, stravolgendo i "normali" assetti socio-economici, impegna anche il giurista del lavoro nell'arduo compito di ricostruire i nuovi equilibri del quadro normativo: numerosi, infatti, sono gli istituti lavoristici coinvolti nelle strategie governative per affrontare bisogni totalmente diversi rispetto a quelli che ne hanno determinato la genesi¹.

Sebbene diffusa, però, questa lettura dell'emergenza sanitaria non è la sola possibile; il diffondersi del contagio pandemico ha fatto riaffiorare problemi latenti, che attendevano solo l'occasione propizia per emergere in tutta la loro complessità: può essere sintetizzata così la delicata vicenda sui *riders* affrontata nel decreto in epigrafe.

Prima di esaminarne i contenuti, è utile, anche al fine di agevolare l'indagine, ricostruire brevemente gli antefatti e, soprattutto, contestualizzarli.

Nel pieno dell'emergenza sanitaria, le autorità governative, con il d.P.C.M. dell'11 marzo 2020, hanno disposto la nota sospensione delle attività produttive inclusi i servizi di ristorazione, ma con l'eccezione delle consegne a domicilio. Inoltre, per tutelare "la salute degli operatori e dell'utenza e, con essa, della collettività", il menzionato decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri ha introdotto "norme igienico-sanitarie volte ad evitare la diffusione del contagio".

Le indicazioni, talvolta scarse, del d.P.C.M. dell'11 marzo sono state implementate con il "Protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus Covid-19 negli ambienti di lavoro", del 14 marzo 2020 (di seguito Protocollo)². E, per svol-

¹ È sufficiente considerare, solo per citarne alcuni, il lavoro agile e l'articolato tema della sospensione del lavoro, ma gli esempi potrebbero essere tanti altri: v., sul punto, BONARDI, CARABELLI, D'ONGHIA, ZOPPOLI L. (a cura di), *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, Ediesse, 2020.

² Il Protocollo citato nel testo è stato integrato il 24 aprile 2020.

gere le attività produttive senza rinunciare ad “adeguati livelli di protezione”, si è disposto – limitandoci alle misure igienico-sanitarie oggetto del provvedimento – l’impiego di mezzi detergenti e igienizzanti, mascherine, guanti, occhiali, tute, cuffie, camici conformi alle disposizioni delle autorità scientifiche e sanitarie.

Sullo sfondo di tale quadro, si è posto subito il problema di appurare se le misure igienico-sanitarie, in particolare quelle prescritte dal Protocollo, potessero considerarsi giuridicamente vincolanti. Ma non solo: ci si è chiesti pure se e come il c.d. “*covid-diritto*”³ incroci le regole sulla sicurezza del lavoro e, attraverso esse, sia attuato nelle variegate realtà aziendali⁴. Tutti questi problemi, lo dimostra chiaramente il decreto in epigrafe, sono deflagrati nel caso dei *riders* e, tutto sommato, ciò non deve destare stupore. Non solo, infatti, il ricorso ai servizi di consegna a domicilio è cresciuto notevolmente con il *lockdown*⁵. Ma, e si torna a quanto in precedenza accennato sui “problemi latenti”, i nodi dell’emergenza pandemica si sono intrecciati, venendo notevolmente amplificati, con la più generale difficoltà di applicare il d.lgs. 81/08 ai *gig worker*: un tema sul quale si è formata una certa letteratura, parallelamente alle note sentenze della Corte d’Appello di Torino e della Cassazione⁶, ma su cui aleggia, dopo il d.l. 101/19, ancora grande incertezza⁷.

Letto da simile prospettiva, dunque, il decreto del Tribunale di Firenze, chiamato a confrontarsi con le questioni brevemente elencate, merita la massima attenzione, perché il rischio che si sia solo all’inizio di un nutrito con-

³ Espressione usata da NATULLO, *Covid-19 e sicurezza sul lavoro: nuovi rischi, vecchie regole?* in *WPCSDLE* “Massimo D’Antona”.IT - 413/2020, p. 3.

⁴ Su tali questioni v., tra i tanti, GIUBBONI, *Covid-19: obblighi di sicurezza, tutele previdenziali, profili riparatori*, in *WPCSDLE* “Massimo D’Antona”.IT - 417/2020, pp. 10-11; NATULLO, *op. cit.*; PASCUCCI, *Coronavirus e sicurezza sul lavoro, tra “raccomandazioni” e protocolli. Verso una nuova dimensione del sistema di prevenzione aziendale?*, in *DSL*, 2019, p. 98 ss.; ID, *Ancora su coronavirus e sicurezza sul lavoro: novità e conferme nello ius superveniens del d.P.C.M. 22 marzo 2020 e soprattutto del d.l. n. 19/2020*, in *DSL*, 2020, I, p. 117 ss.

⁵ *Se lo schiavo sei tu: inchiesta sui giovani della Gigeconomy*, in *La Repubblica* dell’11 giugno 2020.

⁶ Il riferimento è a Corte D’Appello di Torino n. 26 del 4 febbraio 2019 e a Cass. 24 gennaio 2020 n. 1663.

⁷ Sul tema della sicurezza dei *riders* v. LAZZARI, *Gig economy e tutela della salute e sicurezza sul lavoro: prime considerazioni a partire dal «caso Foodora»*, in *RDSS*, 2018, 3, p. 455 ss.; DELOGU, *Salute, sicurezza e “nuovi” lavori: le sfide prevenzionali nella gig economy e nell’industria 4.0*, in *DSL*, 2018, I, p. 37 ss.; PASCUCCI, *Note sul futuro del lavoro salubre e sicuro... e sulle norme sulla sicurezza di rider & co.*, in *DSL*, 2019, p. 37 ss.

tenzioso non è remoto; non a caso, di poco successivo è il decreto del Tribunale di Bologna del 14 Aprile 2020, che, adito su una vicenda analoga, per i profili connessi alla sicurezza si esprime in termini molto simili al Tribunale di Firenze⁸. Insomma, se la c.d. fase 1 dell'emergenza sanitaria si è conclusa, la c.d. fase 2, segnata da una ripresa del ciclo produttivo all'insegna del "pericolo covid", è appena agli inizi.

2. I contenuti del decreto

Venendo al merito del decreto, giova evidenziare subito che il Tribunale di Firenze è stato adito in via cautelare.

Trattandosi di un procedimento *ex art. 669 c.p.c.*, i nodi giuridici portati all'attenzione dei giudici sono stati esaminati per accertare il c.d. *fumus boni iuris*. Averlo presente è significativo, perché il modo in cui essi sono stati affrontati riflette la natura sommaria di un giudizio incentrato sulla verosimile esistenza del diritto: non a caso, le soluzioni prospettate sono, di per sé, modificabili o revocabili. Sia chiaro, ciò non inficia la rilevanza del provvedimento e delle ricostruzioni avanzate, trattandosi del primo tentativo giurisprudenziale di individuare le coordinate giuridiche entro cui affrontare problemi delicati e molto attuali.

La precisazione consente di giungere subito al cuore del provvedimento: il Tribunale di Firenze ricorre alla disciplina prevenzionistica dei lavoratori subordinati per applicare ai *riders* alcune delle misure contenute nel Protocollo, ossia quelle che prevedono l'utilizzo di mascherine, guanti e gel igienizzanti.

Il giudice di merito fonda la propria ricostruzione sull'art. 2 d.lgs. 81/15: il rapporto di lavoro dei *riders* – si afferma sulla scia della giurisprudenza di legittimità richiamata nel decreto – “pare ricondursi ai rapporti disciplinati dall'art. 2 d.lgs. 81/15, per i quali, in un'ottica sia di prevenzione sia “rimediabile”, si applica la disciplina del rapporto di lavoro subordinato quando la prestazione del collaboratore sia esclusivamente personale, venga svolta in maniera continuativa nel tempo e le modalità di esecuzione della prestazione siano organizzate dal committente”.

A mo' di argomentazione *ad adiuvandum*, inoltre, il Tribunale di Firenze,

⁸ Quanto detto nel testo a proposito del decreto del Tribunale di Bologna spiega perché le pagine che seguono ci si riferiscono prevalentemente al decreto del Tribunale di Firenze.

riferendosi ai *riders* già destinatari dell'art. 2 d.lgs. 81/15, aggiunge che il “Capo V-bis del d.lgs. 81/15 (Tutela del lavoro tramite piattaforme digitali), stabilisce livelli minimi di tutela per i lavoratori che svolgono attività di consegna di beni per conto altrui, in ambito urbano e con l'ausilio di velocipedi o veicoli a motore di cui all'articolo 47, comma 2, lettera a), del codice della strada, di cui al decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285, attraverso piattaforme anche digitali” (art. 47-bis, co. 1, d.lgs. 81/15). E prevede che il committente che utilizzi la piattaforma anche digitale sia tenuto “nei confronti dei lavoratori di cui al comma 1, a propria cura e spese, al rispetto del decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81 (art. 47-septies, comma 3, d.lgs. cit.) e, quindi, anche al rispetto di quanto previsto dall'art. 71 del predetto d.lgs. 81/08”.

3. *L'obbligatorietà delle misure igienico-sanitarie*

Da quanto detto, emerge subito che i giudici non chiariscono se le misure igienico-sanitarie sono giuridicamente obbligatorie: un problema, tuttavia, non marginale, che ha scandito soprattutto la “prima fase” dell'emergenza sanitaria.

Più specificamente, il d.P.C.M. dell'11 marzo 2020, nell'individuare le misure volte a prevenire il contagio pandemico in azienda (v. il punto 7 dell'art. 1), precisa che la loro adozione è “raccomandata”: una formula apparsa da subito ambigua, perché, se raffrontata con il tenore delle misure che hanno sospeso le attività produttive, pare alludere a interventi privi di valenza precettiva. Tali ambiguità non sono venute meno con il Protocollo, che, pur salvaguardando la sicurezza in azienda con prescrizioni dettagliate e sulla cui adozione non sussistono incertezze, costituisce un atto dalla natura negoziale: evidenziarlo è di assoluto rilievo, perché ne derivano seri problemi, ben noti al giurista del lavoro, di efficacia soggettiva⁹.

Con tali questioni – si diceva – i provvedimenti in epigrafe non si confrontano apertamente: i giudici si limitano a includere “mascherina protettiva, guanti monouso, gel disinfettanti e prodotti a base alcolica” entro l'apparato normativo a tutela della sicurezza, sembrando desumerne da tale inclusione la relativa obbligatorietà.

A ben vedere, però, la natura precettiva dei presidi igienico-sanitari, specialmente di quelli indicati nel Protocollo, va definita con maggiore dettaglio,

⁹ Sul punto v. anche NATULLO, *op. cit.*, p. 10.

costituendo un *prius* logico-giuridico rispetto a ogni riflessione sulla loro attuazione in azienda.

Secondo alcuni autori, i dubbi in parola sono stati risolti dal d.l. 19/20 di poco anteriore al decreto del Tribunale di Firenze: esso, nel “recepire” le misure di contenimento adottate dai pregressi d.P.C.M.¹⁰, attribuisce “nuova valenza al Protocollo del marzo 2020” in ragione del suo stretto rapporto con il d.P.C.M. del 22 marzo 2020, che espressamente lo richiama. Sicché, considerata anche la “particolare finalità che il Protocollo persegue, non pare ragionevole contestare, facendo leva sulla sua origine negoziale, la sua potestà *lato sensu* normativa”¹¹.

Superata la “fase 1” dell’emergenza pandemica, nella quale la giurisprudenza in esame si colloca, l’indagine sulla portata giuridica del Protocollo deve considerare anche l’art. 1, co. 14, d.l. 33/20, conv. con modifiche dalla l. 74/20, secondo cui “le attività economiche, produttive e sociali devono svolgersi nel rispetto dei contenuti di protocolli o linee guida idonei a prevenire o ridurre il rischio di contagio nel settore di riferimento o in ambiti analoghi, adottati dalle regioni o dalla Conferenza delle regioni e delle province autonome nel rispetto dei principi contenuti nei protocolli o nelle linee guida nazionali. In assenza di quelli regionali trovano applicazione i protocolli o le linee guida adottati a livello nazionale”.

Certo, la norma valorizza i Protocolli regionali, abilitandoli a precisare le modalità per eseguire in sicurezza le attività economico-produttive. Ma, diversamente da quanto potrebbe pensarsi, i Protocolli nazionali non vengono marginalizzati: al contrario, l’art. 1, co. 14, gli riconosce il compito di normare lo svolgimento dei processi produttivi sia indirettamente, tracciando il perimetro nel quale i Protocolli regionali esplicano le proprie competenze, sia direttamente, qualora i Protocolli regionali dovessero mancare o laddove non dovessero contenere regole applicabili alla fattispecie concreta¹².

¹⁰ V. l’art. 1, co. 2, del d.l. 19/20.

¹¹ In tal senso v. PASCUCCI, *Ancora su coronavirus*, cit., p. 123, che aggiunge “come d’altronde accade quando un prodotto dell’autonomia negoziale privata viene assunto dall’ordinamento statale per perseguire finalità di tutela dell’interesse pubblico generale. E ciò a maggior ragione quando, come nel caso in esame, l’autonomia negoziale è stata sollecitata fin dall’origine ad operare nell’ambito dell’ordinamento statale ed il suo prodotto finale è stato condiviso e “validato” dallo stesso ordinamento dello Stato mediante l’attiva partecipazione e la sottoscrizione dell’Esecutivo”.

¹² Stando all’art. 1, co. 14, d.l. 33/20, i Protocolli regionali devono conformarsi ai principi di quelli nazionali: sicché, in assenza di tale conformità, mancherebbe un presupposto determi-

Dunque, tornando al Protocollo in esame, difficilmente si può dubitare che fin dalla “fase 1” l’ordinamento, pur non dotandolo di efficacia *ultra partes*, gli riconosca una “capacità normativa” non equiparabile a quella dei normali prodotti dell’autonomia negoziale. I suoi contenuti assumono tratti assolutamente peculiari, essendo esclusi dalle dinamiche del consenso e del dissenso individuale: a confermarlo è l’art. 1, co. 14, d.l. 33/20, conv. con modifiche dalla l. 74/20, che prevede la sospensione dell’attività produttiva fino al ripristino delle condizioni di sicurezza pure nel caso di inosservanza dei Protocolli nazionali, incluso quello qui considerato, quando ricorrono i presupposti per la sua immediata applicabilità¹³.

Molte sono le implicazioni di tale assetto, ma qui è possibile e necessario soffermarsi su di una soltanto. Assodato che nei termini precisati il Protocollo condiziona il regolare svolgimento delle attività produttive, occorre chiarire se i suoi contenuti si affiancano a quelli del d.lgs. 81/08, generando un corpo autonomo di regole, o con queste si integrano.

La seconda soluzione sembra preferibile; gli interventi emergenziali non costituiscono un microcosmo autarchico e sono destinati a essere assorbiti dalla disciplina a vocazione generale del d.lgs. 81/08: il suddetto decreto, quindi, fornisce le infrastrutture normative per attuare le misure anti-covid in azienda, distribuendo gli obblighi e le responsabilità tra le parti del contratto di lavoro. A poco vale rimarcare che il “rischio Covid-19” ha carattere generale e che le misure per impedirne la diffusione, anche quelle destinate all’azienda, intendono preservare la salute oltre che il sistema sanitario pubblico. Come osservato in letteratura, il rischio generico smette di essere tale se, penetrato nell’organizzazione produttiva, può essere propagato dal “contesto strutturale e procedurale predisposto dal datore di lavoro”, diventando un rischio specifico: un rischio, cioè, che impone di intervenire sull’organizzazione, nei termini stabiliti dal d.lgs. 81/08, per impedirne la diffusione¹⁴.

nante per applicare i Protocolli regionali nei termini precisati dalla disposizione citata, con l’effetto, non pare peregrino affermarlo, di rendere direttamente operanti i Protocolli nazionali.

¹³ Diversamente, la violazione del Protocollo nazionale non rileva in sé, ma solo in forma “mediata” attraverso la violazione del Protocollo regionale, che deve rispettarne i principi.

¹⁴ In tali termini si esprime GUBBONI, *op. cit.*, pp. 3-9; NATULLO, *op. cit.*, pp. 11-14. E, analogamente, DOVERE, *Covid-19: sicurezza del lavoro e valutazione dei rischi*, in *Giustizia insieme* del 22 aprile 2020; INGRAO, *C’è il COVID, ma non adeguati i dispositivi di protezione: sciopero o mi astengo?*, in *Giustizia civile.com*, del 18 marzo 2020, p. 107 ss.; TULLINI, *Tutela della salute dei lavoratori e valutazione del rischio biologico: alcune questioni giuridiche*, in *RDSS*, 2020, p. 335 ss.

4. *L'applicazione delle misure igienico-sanitarie ai riders etero-organizzati...*

Siffatte precisazioni sono determinanti per tornare al decreto e affrontare con maggiore consapevolezza le soluzioni prospettate.

Il Tribunale di Firenze – lo si è già accennato – ordina alla società che gestisce la piattaforma di fornire le attrezzature sanitarie necessarie a evitare il “rischio Covid”: richiama, a tal fine, la generica disciplina del lavoro subordinato attraverso l’art. 2 d.lgs. 81/15, letto dalla prospettiva “rimediale” della Cassazione, e l’art. 71 d.lgs. 81/08 in raccordo all’art. 47-*septies* d.lgs. 81/15, che vincola il committente a rispettare “nei confronti dei lavoratori di cui al comma 1, a propria cura e spese,” il d.lgs. 81/08.

È questo uno dei passaggi più delicati del provvedimento e sul quale procedere con cautela: la lettura delle norme richiamate – l’art. 2 e l’art. 47-*bis* del d.lgs. 81/15 – non è affatto piana e, soprattutto, non è per nulla scontata, come verrà chiarito in seguito, che esse conducano al medesimo esito. Ecco perché l’attuazione dei presidi sanitari ai *riders* va ricostruita gradualmente, individuando l’apporto che le diverse disposizioni invocate dal Tribunale di Firenze possono fornire.

Quanto all’art. 2 d.lgs. 81/15, è fin troppo noto che, a partire dalla sentenza della Corte di Appello di Torino, si è fatta strada in giurisprudenza la tesi, già sostenuta in letteratura¹⁵, che ne ammette l’operare anche verso i ciclo-fattorini, purché la prestazione sia organizzata unilateralmente dal committente, con l’effetto di assoggettarli alla disciplina del lavoro subordinato. È noto, altresì, che simile impostazione è stata parzialmente confermata dalla Cassazione, che, se non esclude la riconducibilità all’art. 2 dell’attività svolta dai *riders*, alla tesi del *tertium genus* – sostenuta dalla Corte d’Appello per giustificare una selezione della regolamentazione applicabile – oppone la tesi della “norma di disciplina”: sicché, in presenza dell’etero-organizzazione, della continuità e del carattere (rifacendosi alla vigente formulazione dell’art. 2, prevalentemente) personale, la disciplina del lavoro subordinato opera per intero.

Uniformandosi all’approccio della Cassazione¹⁶, il Tribunale di Firenze

¹⁵ Per tutti e da ultimo v. PERULLI, *Il diritto del lavoro “oltre la subordinazione”: le collaborazioni etero-organizzate e le tutele minime per i riders autonomi*, in WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT - 410/2020.

¹⁶ Sulla sentenza n. 1663/20 della Cassazione molto si discute in letteratura. Non essendo qui possibile addentrarsi in tale dibattito, per una sua compita ricostruzione v. il numero stra-

fonda sull'art. 2 il rinvio al complessivo quadro giuridico della subordinazione: incluse le regole contenute nel d.lgs. 81/08. Il rimando a tale decreto non è esplicito, ma, dato l'“ordine di attuare i presidi sanitari ai *riders*” e visto che è il d.lgs. 81/08 a fornire le infrastrutture normative per applicare il Protocollo, ciò è inevitabile. Pur se implicitamente, dunque, il giudice sembra supporre la possibilità di riscrivere, partendo dall'art. 2 d.lgs. 81/15 letto in chiave “rimediale”, quanto stabilito dal d.lgs. 81/08 sull'estensione delle tutele destinate al lavoro subordinato oltre i suoi confini.

Più precisamente, il c.d. Testo Unico sulla sicurezza, nonostante introduca una nozione di lavoratore che va ben oltre l'area della subordinazione, regola in modo diverso la salute del lavoratore subordinato e del lavoratore autonomo. L'unica ipotesi in cui per quest'ultimo operano le tutele del primo è individuata dal d.lgs. 81/08 nelle collaborazioni *ex art.* 409 c.p.c., purché siano svolte nei luoghi di lavoro del committente (v. art. 3, co. 7, d.lgs. 81/08): diversamente, la disciplina di riferimento è quella riservata al lavoro autonomo dall'art. 21 e dall'art. 26 d.lgs. 81/08¹⁷. Ebbene, la lettura che pare emergere dal decreto amplia l'ambito delle norme prevenzionistiche concepite per il lavoro subordinato: il luogo di svolgimento della collaborazione diventa irrilevante al cospetto dell'etero-organizzazione, superando, così, un ostacolo insormontabile all'estensione delle suddette norme ai *riders* coinvolti nella vicenda esaminata e non solo.

Dal momento che l'attività dei ciclo-fattorini non è realizzabile nei “luoghi di lavoro” del committente, è fin troppo agevole ritenere che a giustificare il ricorso alla disciplina della subordinazione, per implementare le misure igienico-sanitarie, possa essere unicamente la presenza dell'etero-organizzazione. Mancando siffatto requisito, tale disciplina dovrebbe cedere il passo all'art. 21 d.lgs. 81/08 sul lavoro autonomo “esterno”, che si svolge, cioè, nei luoghi dei quali il committente non ha la disponibilità giuridica¹⁸.

ordinario di MGL del maggio 2020. E v. anche CARINCI F., *L'art. 2 d.lgs. n. 81/2015 ad un primo vaglio della Suprema Corte: Cass. 24 gennaio 2020, n. 1663*, in *WP CSDLE “Massimo D'Antona” .IT - 414/2020*; CARINCI M.T., *I contratti in cui è dedotta una attività di lavoro alla luce di Cass. 1663/2020*, in *RIDL*, 2020, I, p. 50; PERULLI, *op. cit.*

¹⁷ Per una recente ricostruzione della disciplina destinata dal d.lgs. 81/08 al lavoratore autonomo v. DEOLOGU, *op. cit.*, pp. 52-60.

¹⁸ L'art. 21 d.lgs. 81/08 prevede che i lavoratori autonomi “devono: a) utilizzare attrezzature di lavoro in conformità alle disposizioni di cui al Titolo III; b) munirsi di dispositivi di protezione individuale ed utilizzarli conformemente alle disposizioni di cui al Titolo III; c) munirsi di apposita tessera di riconoscimento corredata di fotografia, contenente le proprie gene-

Con l'effetto di ritenere vincolato lo stesso *rider*, non il suo committente, a munirsi delle misure igienico-sanitarie.

5. Segue. ... e alcune implicazioni

Prima di proseguire nell'indagine è opportuno ragionare ancora su quanto detto o, per essere più precisi, su quanto non detto dal decreto in epigrafe.

Per applicare nei termini precisati il Protocollo ai *riders*, diventa decisivo, dunque, stabilire se la prestazione è riconducibile entro il perimetro dell'art. 2 d.lgs. 81/15; un profilo che il giudice di merito non accerta, ma cruciale anche perché nella prassi i *riders* sono spesso impiegati con collaborazioni coordinate e continuative: contigue a quelle dell'art. 2 e da queste non sempre facilmente distinguibili.

Partendo da tale constatazione, giova considerare che le collaborazioni *ex art. 2, co. 1, d.lgs. 81/15* – rileva la più volte citata sentenza della Cassazione – costituiscono “forme di collaborazione continuativa e personale realizzate con l'ingerenza funzionale dell'organizzazione predisposta unilateralmente da chi commissiona la prestazione” (mio il corsivo) ovvero consistenti in una “prestazione del collaboratore [che] abbia carattere *esclusivamente personale*” (mio il corsivo) le cui modalità di esecuzione, “anche in relazione ai tempi e al luogo di lavoro, siano organizzate dal committente”.

È l'etero-organizzazione, quindi, a differenziare le due fattispecie; un'affermazione ancora più attuale dopo le recenti modifiche all'art. 2, che hanno sostituito il riferimento al carattere “esclusivamente personale” della prestazione con l'espressione, già utilizzata dall'art. 409, n. 3, c.p.c., “prevalentemente personali”. Mentre, per la formula “prestazioni di lavoro”, si è già da tempo osservato che essa perde “consistenza, anche discreativa, giacché può riferirsi al lavoro tanto subordinato quanto autonomo, ovvero intendersi

ralità, qualora effettuino la loro prestazione in un luogo di lavoro nel quale si svolgano attività in regime di appalto o subappalto” e “relativamente ai rischi propri delle attività svolte e con oneri a proprio carico hanno facoltà di: a) beneficiare della sorveglianza sanitaria secondo le previsioni di cui all'articolo 41, fermi restando gli obblighi previsti da norme speciali; b) partecipare a corsi di formazione specifici in materia di salute e sicurezza sul lavoro, incentrati sui rischi propri delle attività svolte, secondo le previsioni di cui all'articolo 37, fermi restando gli obblighi previsti da norme speciali”.

quale mero svolgimento di un'attività oppure quale attività strumentale al compimento di più opera o finanche di un *opus*¹⁹.

Le novità dell'art. 2 non si limitano a quelle appena indicate; con il d.l. 101/19 è venuto meno il riferimento al tempo e al luogo della prestazione, ovvero ai criteri per delimitare l'ambito dell'etero-organizzazione, ponendo il problema di individuare l'estensione che la "modulazione unilaterale disposta dal committente"²⁰ deve avere al fine di ricondurre la collaborazione entro l'art. 2: non è escluso che il coordinamento funzionale della prestazione si realizzi per taluni profili mediante l'organizzazione unilaterale e per altri mediante l'accordo menzionato dall'art. 409 c.p.c.

Senza travalicare i confini della presente indagine, va osservato che, sebbene manchino specifiche indicazioni testuali, l'art. 409 c.p.c. fa dell'autonomia organizzativa un elemento necessario per identificare la collaborazione coordinata e continuativa: ossia la fattispecie che traccia, in una peculiare zona grigia, il limite oltre cui la disciplina sul lavoro autonomo non può spingersi.

Rimarcare tale dato non è assolutamente marginale, perché l'ordinamento, con l'art. 2, interviene sulla debolezza socio-economica del collaboratore conseguente all'organizzazione unilaterale della sua attività: il ricorso alla disciplina della subordinazione, cioè, è giustificato dall'attenuazione dell'autonomia del collaboratore, la cui prestazione, in ragione dell'organizzazione eteronoma, rimane assorbita nella struttura datoriale e non permette di maturare una piena soggettività economica indipendente²¹. Pertanto, non è peregrino ritenere che il regime del lavoro autonomo operi qualora manchi ogni manifestazione dell'etero-organizzazione, giacché solo in simile circostanza l'autonomia organizzativa, su cui l'art. 409 c.p.c. insiste, può esprimersi e garantire quella "visibilità" nel mercato così rilevante nell'equilibrio della fattispecie.

Insomma, volendo seguire l'impostazione del Tribunale di Firenze, per ricorrere all'art. 2 e, con esso, alla disciplina prevenzionistica del lavoratore subordinato è necessario appurare che la connessione funzionale tra prestazione e organizzazione del committente si realizza con la determinazione unilaterale anche solo di taluni aspetti della prestazione.

¹⁹ In tal senso ZOPPOLI A., *La collaborazione eteroorganizzata: fattispecie e disciplina*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona" .IT - 296/2016*, p. 18.

²⁰ In questi termini si esprime la Cassazione n. 1663/20.

²¹ Su tali profili e per ogni ulteriore approfondimento, v. ancora ZOPPOLI A., *op. cit.*, pp. 24-26.

6. *L'applicazione delle misure igienico-sanitarie ai riders autonomi: le regole cambiano, ma il risultato rimane sempre lo stesso?*

Le sollecitazioni provenienti del decreto in epigrafe sono ben lontane dal dirsi esaurite; secondo il giudice di merito, l'art. 47-*septies* d.lgs. 81/15 giustifica l'estensione dell'art. 71 d.lgs. 81/08, riservato al lavoratore subordinato, ai *riders* già destinatari dell'art. 2 d.lgs. 81/15: un argomento – lo si è già detto – utilizzato *ad adiuvandum*, ma denso di riflessi problematici.

Per comprenderli, è importante precisare che l'ambito di applicazione soggettivo del Capo V-*bis* del d.lgs. 81/15, diversamente da quanto pare presupporre il Tribunale di Firenze, è tutt'altro che identico a quello dell'art. 2; gli articoli 47-*bis* e ss. prospettano un sistema di tutele alternativo a quello delle collaborazioni organizzate dal committente: a rimarcarlo è il primo comma dello stesso art. 47-*bis*, secondo cui “le tutele del lavoro tramite piattaforma” operano “fatto salvo quanto previsto dall'art. 2”.

Certo, il comma 2 dell'art. 47-*bis*, considerando piattaforma “i programmi e le procedure informatiche strumentali alle attività di consegna di beni, fissandone il compenso e determinando le modalità di esecuzione della prestazione”, sembra tornare all'unilaterale organizzazione della prestazione. Tuttavia, nonostante i contenuti del suddetto comma rimangano ancora indefiniti²², in letteratura è piuttosto diffusa l'opinione che individua i destinatari dei “livelli minimi di tutela individuati” dal Capo V-*bis* in chi, nel consegnare “beni per conto altrui”, svolge una prestazione priva degli elementi che strutturano l'art. 2 d.lgs. 81/15 – il riferimento è, in primo luogo, all'etero-organizzazione, ma anche alla continuità e al carattere prevalentemente personale dell'attività – ed è, al contrario, riconducibile nell'area del lavoro genuinamente “autonomo”²³.

²² Giova comunque precisare che, ad avviso di taluni autori, la piattaforma costituisce “elemento di per sé neutro rispetto alle varie tipologie di rapporti di lavoro: a seconda di come è strutturata e di come opera, la piattaforma digitale può costituire, infatti, veicolo per l'esercizio da parte del committente del potere direttivo oppure, rendendo continuamente mutevole l'organizzazione, indurre l'eteroorganizzazione del lavoro del lavoratore autonomo o, infine, limitarsi a determinare l'organizzazione del committente senza alcuna interferenza, neppure di fatto, con l'attività del prestatore” in tali termini CARINCI M.T., *op. cit.*, p. 58. Del medesimo avviso sembra essere SARACINI (*Intervento*, in CARABELLI, FASSINA (a cura di), *La nuova legge sui riders e sulle collaborazioni etero-organizzate*, Ediesse, 2020, p. 165 ss.), secondo cui “nell'art. 47-*bis* si afferma che le piattaforme sono «utilizzate strumentalmente dal committente per l'attività di consegna» non che siano, di per sé, definizione unilaterale delle modalità esecutive concernenti il lavoratore”.

²³ Per una recente ricostruzione del dibattito v. CARABELLI, FASSINA, *op. cit.* Sulla natura

Quanto detto rende molto incerto applicare l'art. 47-*septies* ai *riders* etero-organizzati e rende, altresì, incerto basare sulla medesima norma l'estensione ai *riders* autonomi (*rectius* non etero-organizzati) delle tutele riservate dal d.lgs. 81/08 ai lavoratori subordinati: una ricostruzione, sia chiaro, sostenuta in letteratura²⁴, nonostante l'ambito operativo del Capo V-*bis*, ma non condivisa unanimemente. Diversi, infatti, sono gli autori secondo cui la disposizione si "limita" a modulare la disciplina riservata dal d.lgs. 81/08 al lavoro autonomo²⁵.

Procedendo con ordine, la tesi "generalista", secondo una catalogazione pure avanzata in dottrina²⁶, individua nelle formule "libertà e dignità" l'ambito dei diritti fondamentali del lavoratore, nel quale includere la sicurezza, per la cui tutela l'art. 47-*quinquies* rimanda alla disciplina del lavoro subordinato.

La lettura, giustamente lo si è evidenziato²⁷, lascia imprecisata la formula "a propria cura e a proprie spese", ma non solo. L'art. 47-*septies*, per quanto ambiguo nei suoi contenuti, non fornisce alla tesi in parola solidi elementi testuali: il riferimento al "rispetto del decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81" evoca un'applicazione dello stesso improntata alla salvaguardia dei suoi contenuti, che comprendono, salvo gli adattamenti di cui si dirà, anche le norme sul lavoro autonomo.

Il dato letterale non lascia intendere altro e, a ben vedere, rende alquanto incerta anche la percorribilità del dato sistematico. Nel senso che, senza addentarsi nel complesso tema dei diritti fondamentali, non si può non considerare che tali diritti, pur "prescindendo dal contratto", "non sono tutelati indipendentemente dalla cornice contrattuale in cui in molti ordinamenti vanno inseriti i diritti dei lavoratori"²⁸. Tuttavia, se la cornice contrattuale non è marginale, è difficile astenersi dall'osservare che nel Capo V-*bis* può anche leggersi il tentativo di tutelare il *rider* come persona e cittadino, ma

autonoma dei *riders* cui si riferisce l'art. 47-*bis* v. BARBIERI, *Della subordinazione dei ciclo fattorini*, in *LLI*, 2019, I, p. 1 ss.; CARINCI, F., *op. cit.*; CARINCI M.T., *op. cit.*; PASCUCCI, *Note sul futuro del lavoro*, cit., pp. 43-51; ZOPPOLI L., *I riders tra fattispecie e disciplina: dopo la sentenza della Cassazione n. 1663/2020*, in *MGL* numero straordinario 2020, p. 278.

²⁴ Su tali opinioni si dilunga, da ultimo, SARACINI, *op. cit.*, p. 169.

²⁵ V., per tutti, PASCUCCI, *Note sul futuro del lavoro*, cit., p. 40 ss.

²⁶ ZOPPOLI L., *Il lavoro e i diritti fondamentali*, in ESPOSITO, GAETA, ZOPPOLI A., ZOPPOLI L., *Diritto del lavoro e sindacale*, Giappichelli, 2018, p. 57 ss.

²⁷ V. ancora SARACINI, *op. cit.*, p. 170.

²⁸ V. ancora ZOPPOLI L., *Il lavoro*, cit., pp. 64-65.

appare francamente difficile negare che tale tentativo venga mediato con le specificità del contratto di lavoro autonomo. Il risultato è una disciplina che, almeno in linea generale, non è quella del lavoro subordinato e che proprio sulla sicurezza rimanda, salvo qualche adattamento, alle regole generali del lavoro autonomo: è questo, discutibile o meno che sia, quanto a mio avviso emerge dalle norme.

Accedendo alla prospettata lettura, se ne dovrebbe dedurre che l'art. 47-*septies* consente di attuare le misure igienico-sanitarie destinate ai *riders* autonomi non attraverso l'art. 71 ma attraverso l'art. 21, esonerando il committente da ogni vincolo nel fornirle e facendo ricadere sugli stessi *riders* l'obbligo di dotarsene. Né si potrebbe ritenere, e veniamo al più volte richiamato problema dell'adattamento, che l'obbligo del committente di rispettare il d.lgs. 81/08 “a proprie spese e a propria cura” alteri l'assetto delineato.

L'inciso, secondo la letteratura che più ne ha approfondito l'impatto sull'art. 21 d.lgs. 81/08²⁹, implica che il committente debba sostenere gli oneri organizzativi ed economici correlati all'esercizio delle *facoltà* attribuite al lavoratore autonomo, ma non quelli collegati ai suoi doveri, tra cui rientra il dotarsi delle “attrezzature di lavoro”. E questo non solo perché – evidenzia la dottrina in parola – simile lettura è più lineare con il tenore dell'art. 21 del d.lgs. n. 81/08 e coerente con la natura autonoma delle prestazioni di lavoro in esame; ma anche perché, al pari di molte delle disposizioni contenute nel d.lgs. 81, anche gli artt. 21 e 71 costituiscono il fondamento di precise responsabilità penali, che riguardano il lavoratore autonomo, nel primo caso, e il datore di lavoro, nel secondo: rimarcare tale intreccio è importante, perché da esso, nell'interpretare le norme da ultimo richiamate, non si può prescindere.

Ammettendo che la formula “a proprie spese e a proprie cura” vincoli il committente a fornire le attrezzature di lavoro (*rectius* misure igienico-sanitarie) anche al lavoratore autonomo, delle due l'una: o la mancata fornitura non implica alcuna responsabilità penale per il committente, dato che di essa non vi è traccia negli artt. 87 e 60 d.lgs. 81/08, o dovrebbe accettarsi un'estensione della nozione di lavoratore adottata dall'art. 71, includendovi anche il *riders* autonomo, e della responsabilità penale *ex* art. 87 a essa collegata. Entrambe le soluzioni, però, non sembrano praticabili: la prima perché, senza

²⁹ Il riferimento è a PASCUCCI, *Note sul futuro del lavoro*, cit., p. 47.

alcuna ragionevole motivazione, finirebbe con il configurare una fattispecie in cui alla mancata adozione delle attrezzature di lavoro non corrisponde nessuna responsabilità penale come, invece, avviene in tutte le altre ipotesi di lavoro subordinato o autonomo; la seconda perché contravverrebbe alla scelta di riservare al lavoro svolto in modalità autonoma gli artt. 20 e 60 d.lgs. 81/08 e, in ogni caso, violerebbe il divieto di interpretare estensivamente la fattispecie penale.

Key words

Emergenza sanitaria, ciclofattorini, protocolli di sicurezza, collaborazioni etero-organizzate, lavoro autonomo.

Health emergency, delivery workers, safety protocols, hetero-organized collaborations, self-employment.

Silvia Borelli, Maura Ranieri
Lavoro e criminalità organizzata
di origine mafiosa*

Sommario: **1.** Scenario. **2.** Norme. **3.** Decisioni. **4.** Rapporti istituzionali e prassi. **5.** Ricerche.

I. *Scenario*

Prosegue, con questo numero, l'esperienza dell'osservatorio sugli intrecci tra diritto del lavoro e strumenti di contrasto alla criminalità organizzata di stampo mafioso ospitato, con cadenza annuale, dalla Rivista.

L'osservatorio mantiene sostanzialmente invariate – anche per l'edizione relativa all'anno 2019 – finalità, identità e struttura e rinnova, dunque, l'intento di favorire la diffusione della conoscenza e dello studio dei fenomeni mafiosi in una prospettiva giuslavoristica.

L'esigenza di incentivare tale conoscenza è supportata dalla acclarata natura multidimensionale e metamorfica dell'esperienza mafiosa¹, capace di assestarsi in tempi, luoghi e spazi diversi, non già solo per la persistenza di quel “‘profilo’ delle mafie [...] costituito da una trama irregolare”². Nondimeno, l'adozione di un punto di osservazione lavorista appare oltremodo utile in considerazione della fisiologica attitudine del diritto del lavoro (e dei suoi studiosi) a maneggiare plurimi e contrapposti interessi.

* Il presente lavoro è frutto di una comune riflessione delle Autrici; tuttavia, la stesura dei paragrafi 2 e 4 è da attribuire a Silvia Borelli, quella dei paragrafi 1, 3 e 5 a Maura Ranieri. Per segnalazioni, commenti e idee sull'osservatorio è possibile scrivere a silvia.borelli@unife.it e ranieri@unicz.it.

¹ SCIARRONE, *Mafie vecchie, mafie nuove. Radicamento ed espansione*, Donzelli editore, 1998.

² SCIARRONE, *Tra Sud e Nord. Le mafie nelle aree non tradizionali*, in SCIARRONE (a cura di), *Mafie del Nord. Strategie criminali e contesti locali*, Donzelli editore, 2014, p. 5.

In un tempo come quello attuale – prepotentemente segnato, a diverse latitudini e lungo svariate longitudini, da tendenze securitarie sempre più marcate e assorbenti³ – la visuale (e la visione) giuslavoristica appare ancora più preziosa; del resto, è altrettanto nota la predisposizione della disciplina a porsi come “termometro” utile per testare “lo stato di salute della democrazia del nostro paese”⁴.

Al contempo, trova conferma l'intendimento di preservare questo spazio come luogo disponibile, aperto, destinato ad accogliere segnalazioni e suggerimenti; un'occasione, quindi, offerta alla nostra comunità scientifica (e non solo) per scambiare e approfondire conoscenze in ordine ad un fenomeno che, come premesso, necessita oggi forse ancor più che in passato dello sguardo degli studiosi del diritto del lavoro.

Da ultimo, questa edizione ripropone la struttura già sperimentata e articolata in quattro sezioni volte, rispettivamente, a dar conto delle innovazioni normative intervenute ai vari livelli regolativi, delle principali decisioni giurisprudenziali, delle più interessanti prassi messe in atto, così come degli studi e delle ricerche destinate a suscitare curiosità per esiti e/o approcci innovativi.

Anche in relazione al 2019, invero, tutte le sezioni menzionate accolgono documenti di indubbio attrattiva, se pur con una diversa distribuzione. Vale a dire che, ad esempio, sul piano normativo si ha una contrazione di interventi rispetto all'anno precedente, condizionata senz'altro anche dalla crisi del c.d. Governo giallo-verde e dall'inizio di un'altra esperienza governativa. Di contro, varie e meritevoli di segnalazione sono le pronunce giurisprudenziali di diverso ordine e grado (tra cui talune prese di posizione della Corte costituzionale) a riprova che certe criticità, anche applicative, che si annidano nella normativa di contrasto al fenomeno mafioso, iniziano ad emergere anche nella aule di giustizia.

Ancora, mentre è possibile indicare alcuni apprezzabili rapporti e relazioni elaborati da soggetti e autorità, istituzionali e non, ed è dato registrare la stipula di protocolli a livello territoriale e locale che denotano la vitalità del metodo concertativo su questo versante, l'area delle ricerche e degli studi

³ Sul punto, tra i tanti, PITCH, *Politiche di sicurezza e cittadinanza nell'Unione europea*, in CINGARI, SIMONCINI (a cura di), *Lessico postdemocratico*, Perugia Stranieri University Press, 2016, p. 149 ss.

⁴ ROMAGNOLI, *Costantino Mortati*, in GAETA (a cura di), *Costantino Mortati e “il lavoro nella Costituzione”*: una rilettura, Giuffrè, 2005, p. 133.

in materia non mostra altrettanto dinamismo. Invero, i sistemi di criminalità organizzata di stampo mafioso continuano ad essere indagati nell'ambito delle scienze sociali (come testimonia la pubblicazione di recenti riflessioni in materia) e anche nel campo degli studi manageriali, ma continua ad essere scarsamente approfondito nella prospettiva giuridica, e ancor meno in quella lavorista, laddove invece l'esistenza di un quadro normativo sempre più complesso e articolato confermerebbe l'opportunità, se non la necessità, di una maggiore attenzione da parte della comunità scientifica di riferimento.

2. *Norme*

Nel corso del 2019 il quadro normativo risulta scarsamente arricchito a livello sovranazionale, non registrandosi interventi europei di particolare rilievo. A ben vedere, anche nel sistema interno è dato individuare episodiche occasioni in cui il legislatore ha messo mano in maniera diretta alla normativa di riferimento esistente; viceversa, più interessanti, pur se da angolazioni opposte, appaiono le circostanze in cui il legislatore nazionale ha rimodulato altre discipline con ripercussioni, per nulla indifferenti, anche nel contrasto alle infiltrazioni mafiose nel mondo del lavoro.

Nella prima tipologia di interventi rientra la l. 28 marzo 2019, n. 26 di conv. del d.l. 28 gennaio 2019, n. 4 che introduce disposizioni urgenti in materia di reddito di cittadinanza e pensioni. In particolare, con riferimento al reddito di cittadinanza è previsto un duplice meccanismo, revoca e sospensione, ove il beneficiario risulti destinatario di una sentenza di condanna per alcuni reati, tra cui associazione di tipo mafioso e scambio elettorale politico-mafioso.

Con maggior precisione, il beneficio economico è revocato con efficacia retroattiva in caso di condanna in via definitiva con l'obbligo di restituire quanto indebitamente percepito e l'impossibilità di richiedere il trattamento economico prima che siano decorsi dieci anni dalla condanna. L'erogazione del beneficio, invece, è sospesa a fronte di una sentenza di condanna non definitiva per i medesimi reati, oltre che nell'ipotesi in cui il richiedente sia dichiarato latitante o si sia sottratto volontariamente all'esecuzione della pena. Inoltre, ai condannati in via definitiva per specifici reati, tra cui ancora 416 *bis* e 416 *ter* del cod. pen., è sospeso il pagamento dei trattamenti previdenziali di vecchiaia.

Merita, poi, segnalazione il decreto interministeriale del 5 novembre 2019, di modifica del decreto del 4 novembre 2016, in materia di agevolazioni alle imprese confiscate e sequestrate, alle imprese acquirenti o affittuarie di imprese sequestrate o confiscate e alle cooperative assegnatarie o affittuarie di beni sottoposti ai medesimi provvedimenti.

Oltre alle modifiche concernenti le modalità di accesso al Fondo di Garanzia e la presentazione delle domande di finanziamento agevolato vanno menzionate: l'aumento dell'importo di finanziamento (elevato da 700.000 euro a 2.000.000); l'innalzamento della durata massima del finanziamento agevolato (passato da dieci a quindici anni) e l'ulteriore concessione in termini di privilegi, posto che i crediti derivanti da tali finanziamenti hanno privilegio sui beni, mobili e immobili, dell'impresa beneficiaria e che tale causa di prelazione può farsi valere anche nei riguardi dei terzi che hanno acquisito diritti sui suddetti beni in un momento successivo alle annotazioni.

Da ultimo, nell'ambito di questa prima tipologia d'interventi, è opportuno indicare alcune norme contenute nell'ultima legge di bilancio. Difatti, la l. 27 dicembre 2019, n. 160, per un verso, modifica il c.d. Codice Antimafia in ordine alla semplificazione delle procedure di reclutamento – mediante transito nei ruoli e mobilità – di cento unità della dotazione di organico dell'Agenzia nazionale per i beni confiscati (ANBSC), abrogando la previsione che subordina il passaggio di personale alla soppressione del posto in organico nell'amministrazione di provenienza e il trasferimento delle risorse economiche corrispondenti all'Agenzia nell'ottica di favorirne un più veloce potenziamento⁵. Per altro verso, al fine di incentivare la gestione dei beni confiscati e di sostenere le cooperative sociali assegnatarie dei beni è autorizzata, per ogni anno del triennio 2020-2022, la spesa di un milione di euro.

Come accennato, invece, più significativi appaiono gli interventi normativi che, in via indiretta e mediata, possono incidere sull'oggetto della nostra osservazione.

Tra questi vi è da designare, innanzitutto, la l. 14 giugno 2019, n. 55 di conv. del d.l. 18 aprile 2019, n. 32 (c.d. Decreto sblocca cantieri) che introduce notevoli modifiche al d. lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (c.d. Codice dei contratti

⁵ Preme segnalare che nel corso del 2019 sono state approvate, ai sensi dell'articolo 112, comma 4, lett. d), del Codice Antimafia le *Linee guida per l'amministrazione finalizzata alla destinazione degli immobili sequestrati e confiscati*. Il documento è reperibile sul sito dell'Agenzia www.benisequestraticonfiscati.it.

pubblici). Si tratta di un provvedimento estremamente articolato, e molto discusso⁶, che si inserisce a pieno titolo in quel coacervo di leggi promulgate sotto la guida del primo Governo Conte e contraddistinte da un generale arretramento della regolazione in materia di contrasto alla criminalità organizzata di matrice mafiosa, oltre che da una rediviva frammentazione e settorialità della produzione normativa in quest'ambito⁷.

In via meramente esemplificativa, stante la complessità della disciplina, il consistente correttivo al Codice degli appalti prevede la sospensione, seppur temporalmente limitata al dicembre 2020, di determinanti previsioni (in relazione ad es. al divieto di appalto integrato o all'obbligo di ricorrere all'albo unico dei commissari di gara gestito dall'ANAC) e una serie di misure di presunta semplificazione (in materia di affidamento diretto di lavori e di procedura negoziata o di impiego del criterio del minor prezzo come regola generale nelle gare che si pongono al di sotto della soglia europea, giusto per fare qualche esempio).

A ben vedere, l'intento di semplificazione perseguito dal Governo al fine di ridurre i tempi di attuazione delle opere pubbliche nonché facilitare l'acquisito di beni e servizi per le p.a., pare perdere rilievo a fronte del rischio, tutt'altro che peregrino, che tale alleggerimento normativo, congiuntamente al ridimensionamento del ruolo dell'ANAC, favorisca minori controlli, estenda gli spazi di discrezionalità nelle scelte e nelle assegnazioni e, di conseguenza, asseconi l'attitudine delle mafie ad infiltrarsi nelle attività legali.

Un'incidenza in via mediata sulle strategie di contrasto alla criminalità organizzata (anche) con riguardo ad imprese e lavoro – ma in una prospettiva diametralmente opposta rispetto a quanto realizzato con la legge testé esaminata – è ravvisabile in altri due rilevanti provvedimenti adottati nel corso del 2019: l'istituzione, presso il Senato di una Commissione di inchiesta sulle condizioni di lavoro in Italia e sullo sfruttamento e l'individuazione delle modalità organizzative e di funzionamento del Tavolo operativo per contrastare il caporalato e lo sfruttamento in agricoltura⁸.

⁶ Basti pensare alle dichiarazioni rese dal Presidente dell'ANAC, e riportate da tutti i principali organi di stampa, in occasione della presentazione della relazione annuale sull'attività della Autorità alla Camera dei Deputati nel giugno del 2019.

⁷ Sia consentito il rinvio su questo punto a BORELLI, RANIERI, *Lavoro e criminalità organizzata di origine mafiosa. Lav#maf*, in questa rivista, 2019, p. 135.

⁸ Il Tavolo operativo per la definizione di una nuova strategia di contrasto al caporalato e allo sfruttamento lavorativo in agricoltura è stato istituito, presso il Ministero del Lavoro, con il d.l. 23 ottobre 2018, n. 119 (art. 25 *quater*) convertito dalla l. 17 dicembre 2018, n. 136.

La Commissione⁹, composta da venti senatori nominati dal Presidente del Senato in misura proporzionale al numero dei componenti dei gruppi parlamentari, ha diversi compiti di accertamento in materia di sfruttamento del lavoro, lavoro minorile, infortunio sul lavoro e malattie professionali (art. 3) e presenta una relazione annuale sull'attività svolta (art. 4). Tra le attività d'indagine – che la Commissione è chiamata svolgere “con gli stessi poteri e le stesse limitazioni dell'autorità giudiziaria” (art. 5) – pare opportuno richiamare quella volta a verificare “l'incidenza del fenomeno della presenza di imprese controllate direttamente o indirettamente dalla criminalità organizzata”¹⁰ a riprova, nuovamente, dell'esistenza di un legame tra criminalità organizzata e lavoro illegale benché, pare sempre opportuno ribadire, nell'ambito di una relazione niente affatto esclusiva¹¹.

Per quanto riguarda invece il c.d. Tavolo caporalato è da segnalare l'adozione di un decreto interministeriale del 4 luglio 2019 volto a definire in via operativa il funzionamento del tavolo interistituzionale rilanciandone, di fatto, l'attività.

Il decreto definisce la composizione del Tavolo (art. 2), la sua articolazione in distinti ma coordinati gruppi di lavoro (art. 5), le modalità di convocazione e funzionamento (art. 3), nonché la necessità del coordinamento della attività di quest'organo con la Cabina di regia e le sezioni territoriali della Rete del lavoro agricolo di qualità al fine, dichiarato, di rafforzare quest'ultimo strumento (art. 6) che, come risaputo, stenta ancora a decollare. In via generale, è ribadita la principale finalità del Tavolo ovvero la definizione e l'attuazione di una strategia nazionale di contrasto al caporalato e allo sfruttamento lavorativo in agricoltura il cui fulcro è ravvisabile nell'elaborazione di un Piano triennale¹².

⁹ La Commissione parlamentare di inchiesta sulle condizioni di lavoro in Italia, sullo sfruttamento e sulla sicurezza nei luoghi di lavoro pubblici e privati è stata istituita con delibera del Senato del 31 ottobre 2019.

¹⁰ Nella medesima disposizione si precisa altresì che la Commissione accerta “il rispetto della normativa in caso di appalti e subappalti con specifico riguardo ai consorzi, al fenomeno delle cooperative di comodo, alle reti di impresa e ai siti produttivi complessi, con particolare evidenza ai settori sensibili come edilizia e logistica” (art. 3, lett.c).

¹¹ RANIERI, *Contrasto alla criminalità organizzata e diritto del lavoro: indifferenze, interrelazioni e cortocircuiti*, in *LD*, 2015, p. 378.

¹² Pare opportuno precisare che qualche mese fa, il 20 febbraio 2020, il c.d. Tavolo caporalato ha approvato il Primo piano triennale di contrasto allo sfruttamento lavorativo in agricoltura e al caporalato (2020–2022) reperibile sul sito del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali all'indirizzo lavoro.gov.it.

La rassegna normativa deve concludersi con l'accenno ad un paio di leggi regionali che, da angolazioni differenti e in aree geografiche diverse, intervengono ad irrobustire quel sottosistema normativo che racchiude le misure di contrasto alla criminalità organizzata di stampo mafioso nella prospettiva giuslavoristica.

Il riferimento concerne, in primo luogo, un provvedimento di carattere generale quale il *Testo unico in materia di legalità, regolarità amministrativa e sicurezza* approvato dalla regione Puglia con l.r. 28 marzo 2019, n. 14. Si tratta di un atto normativo imperniato su principi quali prevenzione, collaborazione, concertazione, programmazione e rafforzato dalla previsione di una serie variegata di interventi e politiche di sostegno. Infine, merita altresì menzione un intervento settoriale, quanto ad oggetto e campo di applicazione, quale la l. 14 agosto 2019, n. 18 della regione Lazio intitolata *Disposizioni per contrastare il fenomeno del lavoro irregolare e dello sfruttamento dei lavoratori in agricoltura* che interviene su un settore (agricolo) e su un tema (lavoro irregolare e sfruttamento) di indubbia criticità.

3. Decisioni

La disamina della giurisprudenza restituisce, come premesso, risultati apprezzabili sia dal punto di vista quantitativo, sia dal punto di vista qualitativo. Tale constatazione induce ad operare una selezione tra le pronunce finalizzata a dar conto di quelle sentenze che, per svariate ragioni, hanno maggior rilievo ai nostri fini.

Tra queste si colloca, innanzitutto, la pronuncia con cui la Corte di giustizia ha dichiarato l'incompatibilità con la Direttiva 2004/24 dell'art. 105, cc. 2 e 5, d.lgs. n. 50/2016 (c.d. codice degli appalti) nella parte in cui limita al 30% la frazione dell'appalto che può essere affidata a terzi (C. Giust. 26 settembre 2019, C-63/18, Vitali). A parere dei giudici del Lussemburgo, la generalità e l'astrattezza delle misure in esame non sono proporzionate alla finalità (legittima) del contrasto alla criminalità organizzata. Quel che preoccupa, nella sentenza in commento, è la rapidità con cui la Corte di giustizia liquida l'argomento addotto dal Governo italiano circa l'inefficacia dei controlli ex post operati dall'amministrazione aggiudicatrice (v. punto 44; in senso analogo v. C. Giust. 27 novembre 2019, C-402/18, Tedeschi e Consorzio Stabile Istant Service). Vanno poi ricordate alcune prese di posizione della

Corte costituzionale che, pur non intervenendo su disposizioni di stretta regolazione della relazione mafie-lavoro-imprese, rivestono un interesse di carattere generale.

Così, ad esempio, la pronuncia n. 41 con cui il giudice delle leggi ha ritenuto costituzionalmente legittima la scelta normativa della Regione Veneto di introdurre un obbligo in capo all'ente di costituirsi parte civile in tutti i procedimenti penali per delitti di criminalità organizzata di stampo mafioso perpetrati sul territorio regionale; o la sentenza n. 195 in materia di illegittimità dei poteri del prefetto di individuare interventi prioritari e di adottare atti specifici, introdotti con il d.l. 4 ottobre 2018, n. 113 (c.d. decreto Sicurezza), nell'ipotesi in cui non sussistano le condizioni per procedere ad uno scioglimento dell'ente locale per infiltrazione mafiosa ma siano comunque riscontrate condotte tali da compromettere il buon andamento dell'amministrazione; o, ancora, la sentenza n. 253 con cui è dichiarata l'illegittimità costituzionale, per violazione degli artt. 3 e 27 Cost., dell'art. 4-bis, comma 1, dell'ordinamento penitenziario volto ad escludere i detenuti condannati per reato di associazione mafiosa e/o di contesto mafioso dalla possibilità di usufruire di permessi premio in assenza di collaborazione con la giustizia.

Apposita menzione merita, altresì, la sentenza n. 26 con cui la Corte è pronunciata in materia di tutela dei terzi creditori in ipotesi di sequestro e confisca. Invero i giudici, dando seguito a quanto affermato qualche anno prima in relazione ai crediti di lavoro¹³, dichiarano l'illegittimità costituzionale, per violazione dell'art. 3 Cost., della previsione che limita a talune categorie di creditori la possibilità di assicurarsi il soddisfacimento dei crediti in ipotesi di sequestro e confisca dei beni del debitore, posto che limitazioni di tal tipo non rispondono a logiche di bilanciamento con esigenze di ordine pubblico e sicurezza – assicurate secondo i giudici dalla regolazione introdotta sul punto dal Codice Antimafia – ma sacrificano indebitamente un interesse a scapito dell'altro.

Nelle decisioni richiamate, dunque, è agevole rinvenire alcune delle ten-

¹³ Il riferimento è a C. Cost. 28 maggio 2015 n. 94 con cui i giudici sanciscono l'illegittimità della medesima previsione in relazione ai titolari di crediti da lavoro subordinato per contrasto con l'art. 36 Cost. in quanto realizzava un sacrificio eccessivo e irreparabile dell'interesse dei lavoratori/creditori. Per un commento alla pronuncia CALVIGIONI, *Sequestro, confisca e categorie di creditori da tutelare: è il codice antimafia il punto di riferimento*, in *FI*, 2015, c. 3043 ss. Allo stesso autore si deve altresì un commento alla sentenza 27 febbraio 2019 n. 26 cfr. CALVIGIONI, *È il codice antimafia il modello per la tutela dei creditori in caso di sequestro e confisca dei beni del debitore*, in *FI*, 2019, c. 2288 ss.

denze della giurisprudenza costituzionale citate nella relazione annuale presentata dalla Presidente Cartabia quali, in particolare, la necessità di irrobustire il dialogo con il legislatore e l'adozione di "un sindacato più stringente in materia penale e di esecuzione penale"¹⁴. Ma, ad avviso di chi scrive, è possibile cogliere in relazione all'oggetto dell'indagine ivi perseguita, anche una maggiore attenzione e un intervento più preciso rispetto a quelle disposizioni, che in maniera ancora più frequente nel periodo recente, denotano la prevalenza di un approccio meramente securitario e repressivo spesso in aperto contrasto con altri principi costituzionali.

Continua, poi, l'incessante lavoro della giurisprudenza amministrativa in materia di interdittive e informative antimafia¹⁵ e proprio su questo versante si distinguono alcune pronunce del Consiglio di Stato. I giudici, ad esempio, affermano, in diverse occasioni, che il rifiuto di iscrizione nell'elenco di fornitori, prestatori di servizi ed esecutori non soggetti a tentativi di infiltrazione mafiosa, istituito presso le Prefetture (*c.d. white list*), si fonda sugli stessi elementi e presupposti dell'informativa antimafia (Cons. St. 20 febbraio 2019 n. 1182; Cons. St., 3 aprile 2019 n. 2211 e Cons. St. 11 aprile 2019 n. 1917).

Tale orientamento risponde all'esigenza di ovviare alla frammentarietà che connota l'ordinamento giuridico in questo ambito ponendo in relazione gli strumenti di contrasto esistenti, al fine di assicurarne, anche attraverso il coordinamento, una maggiore efficacia ma con l'effetto però (di certo non irrilevante) di anticipare la soglia di tutela e l'azione di prevenzione posto

¹⁴ Cfr. CARTABIA, *Relazione sull'attività della Corte costituzionale nel 2019*, in www.cortecostituzionale.it, spec. p. 5.

¹⁵ Così, ad esempio, si ritiene che l'interdittiva possa essere emanata a seguito dell'accertamento di rapporti commerciali tra un'impresa e una società esposta al rischio di infiltrazione (Cons. St. 21 gennaio 2019 n. 520, Cons. St. 27 giugno 2019 n. 4421 e Cons. St. 27 dicembre 2019 n. 8882); o che siano sufficienti, sempre ai fini della adozione del provvedimento, specifici elementi di fatto e non un livello probatorio paragonabile a quello necessario a dimostrare l'appartenenza di un soggetto ad organizzazioni mafiose (Cons. St. 26 febbraio 2019 n. 1349); o, ancora, che si possa attribuir rilievo a rapporti di parentela tra titolari, soci, direttori dell'impresa e familiari affiliati, organici, contigui alle associazioni mafiose (Cons. St. 27 giugno 2019 n. 4431). Viceversa, l'allontanamento di dipendenti dalla società in prossimità, e per effetto, di una interdittiva non rimuove di per sé il presupposto dell'infiltrazione mafiosa (Cons. St. 19 settembre 2019 n. 4707). Si ribadisce, poi, il principio che l'interdittiva preclude al soggetto la titolarità di rapporti giuridici con la p.a. (Cons. St. 4 marzo 2019 n. 1500, Cons. St. 6 marzo 2019 n. 1553 e Cons. St. 26 giugno 2019 n. 4401) e prescinde dall'esito del giudizio penale eventualmente instaurato (Cons. St. 16 giugno 2019 n. 3904).

che, come noto, interdittive e informative rispondono a logiche di tal tipo. In secondo luogo, i giudici amministrativi¹⁶, dopo aver ricostruito l'insieme dei principi, sovranazionali e nazionali, entro cui si colloca l'adozione di queste misure, hanno ribadito alcuni criteri che ne accompagnano la legittima emanazione dal c.d. "più probabile che non" – ovvero dalla sufficienza di "un ragionamento induttivo, di tipo probabilistico" che non sconfini sul piano ben più stringente della verifica probatoria – alla necessità insopprimibile che queste misure siano ancorate non solo ad elementi tipici (e tipizzati) ma anche ad elementi atipici. Del resto, come si legge nella pronuncia, "la funzione di "frontiera avanzata" svolta dall'informazione antimafia nel continuo confronto tra Stato e anti-Stato impone, a servizio delle Prefetture, un uso di strumenti, accertamenti, collegamenti, risultanze necessariamente anche atipici come atipica [...] è la capacità, da parte delle mafie, di perseguire i propri fini".

Non è ovviamente questa la sede per soffermarsi sulle problematiche connesse all'impiego di questi strumenti, tuttavia è doveroso rammentare che nel sistema di certificazione antimafia progettato dal legislatore (e per come interpretato dalla giurisprudenza) persistono dei "profili di sofferenza costituzionale e convenzionale"¹⁷ con cui prima o poi anche il legislatore e i giudici dovranno fare i conti.

Infine, pare opportuno chiudere la disamina giurisprudenziale con una pronuncia, resa dalla Cassazione Penale Sez. Un., in materia di controllo giudiziario delle aziende (art. 34-*bis* Codice Antimafia)¹⁸. Il collegio è chiamato a risolvere un contrasto giurisprudenziale in ordine alla impugnabilità o meno delle decisioni adottate dal Tribunale *ex art. 34-bis* posto che a fronte di sentenze che negano ogni rimedio impugnatorio si pongono decisioni che, all'opposto, legittimano un ricorso per Cassazione. Le Sezioni Unite sciolgono la diatriba ritenendo che i provvedimenti adottati dal Tribunale possono essere oggetto di appello e ricorso per Cassazione per sola violazione di legge secondo quanto disposto dal Codice Antimafia; giungendo ad affermare il principio di diritto secondo cui "il provvedimento con cui il tribunale [...] neghi l'applicazione del controllo giudiziario [...] è impugnabile con ricorso alla corte di appello anche per il merito".

¹⁶ Cons. St. 5 settembre 2019 n. 6105.

¹⁷ LONGO, *La «massima anticipazione di tutela». Interdittive antimafia e sofferenze costituzionali*, in www.federalismi.it, 16 ottobre 2019, p. 33.

¹⁸ Cass. Pen., Sez. Un., 26 settembre 2019, n. 46898.

Oltre a ciò, a rendere originale la pronuncia resa dalla Cassazione sono le conclusioni in merito all'istituto e alla sua *ratio*. Invero, dopo aver evidenziato la scarsa armonizzazione delle disposizioni legislative, il collegio si sofferma sul rapporto tra le ipotesi di controllo previste dal comma 1 e dal comma 6 dell'articolo avallando la tesi, già espressa in alcuni giudizi di primo grado, circa l'esistenza di un rapporto *genus/species* tra le disposizioni. Di modo che il controllo c.d. volontario o a richiesta, introdotto dal sesto comma, soggiace agli stessi requisiti introdotti per la figura *ex* comma 1 ovvero agevolazione occasionale e pericolo concreto di infiltrazione. Quanto poi all'accertamento che il giudice è chiamato a svolgere su entrambi i requisiti la Cassazione sostiene che esso "non può essere soltanto funzionale a fotografare lo stato attuale di pericolosità oggettiva in cui versi la realtà aziendale a causa delle relazioni esterne patologiche, quanto piuttosto a comprendere e a prevedere le potenzialità che quella realtà ha di affrancarsene seguendo l'iter che la misura alternativa comporta".

In sostanza, ciò che si chiede al giudice è di verificare la possibilità di sopravvivenza nel mercato dell'azienda bonificata¹⁹ che, da un lato, restituisce (finalmente) l'immagine più aderente al vero del complesso aziendale come realtà viva, dinamica e in costante metamorfosi; dall'altro lato, scardinando ogni automatismo nell'impiego dell'istituto, grava di responsabilità (ma anche di opportunità) la scelta giudiziaria.

4. *Rapporti istituzionali e prassi*

Nel corso del 2019 sono stati pubblicati alcuni rapporti meritevoli di attenzione soprattutto con riferimento a specifici elementi che si intrecciano con l'oggetto di questo osservatorio.

Sia la Relazione annuale della Direzione Nazionale Antimafia che le Relazioni presentate dalla Direzione Investigativa Antimafia²⁰ contengono

¹⁹ VISCONTI, *Il controllo giudiziario "volontario": una moderna "messa alla prova" aziendale per una tutela recuperatoria contro le infiltrazioni mafiose*, in *Diritto penale contemporaneo*, 23 settembre 2019, pp. 3 e 4.

²⁰ Il riferimento è rispettivamente alla Relazione annuale sulle attività svolte dal Procuratore nazionale e dalla Direzione nazionale antimafia e antiterrorismo relativamente al periodo luglio 2017-giugno 2018 (presentata il 31 luglio 2019) e alle due relazioni semestrali sull'attività svolta e sui risultati conseguiti dalla Direzione Investigativa Antimafia.

una mappatura, abbastanza sovrapponibile, delle mafie operanti nel territorio nazionale, della loro struttura e del loro radicamento, mettendo altresì in evidenza per ciascun gruppo criminale i punti di forza e le eventuali criticità. Ciò che, però, rileva maggiormente ai fini ivi perseguiti è la focalizzazione sulla modernizzazione delle strategie messe in campo dalle mafie proiettate sempre più verso la costruzione di relazioni esterne, l'infiltrazione negli apparati pubblici e nel tessuto produttivo e sempre più propense a non ricorrere, ove possibile, ad atti espliciti di violenza, non foss'altro per il carico di attenzione che tali azioni recano in sé.

In particolare, nel resoconto della DNA si pone l'accento sulle modalità operative delle mafie fortemente orientate, da un lato, verso un inserimento sempre più marcato nell'economia legale attraverso forme variegiate di controllo delle realtà aziendali; dall'altro lato, e in maniera complementare, verso pratiche corruttive nei riguardi delle amministrazioni pubbliche che trovano un importante, ma per nulla esclusivo, tassello nella manipolazione, oggi molto più sofisticata, delle gare di appalto.

Di particolare rilievo, in relazione all'impatto dell'organizzazione mafiosa sulla realtà imprenditoriale, risulta uno studio²¹ condotto da Bankitalia, benché circoscritto a un dato territorio (Centro-nord) e ad un unico gruppo criminale (la 'ndrangheta).

L'indagine pone in evidenza l'incisiva attitudine della criminalità ad infiltrarsi nel sistema produttivo con precipua predilezione per alcune tipologie di imprese; sicché ad essere prese maggiormente di mira sono imprese che attraversano momenti di difficoltà economica, che svolgono attività e operano in ambiti che agevolano forme di riciclaggio del denaro e che assicurano maggiori interazioni con il settore pubblico. L'ingresso della mafia in azienda ne aumenta il fatturato (e talora anche i dipendenti) ma non gli investimenti, a riprova, ove fosse necessario, della finalità perversa dell'intervento. Peraltro, più in generale, la colonizzazione mafiosa di un'impresa produce effetti negativi sul tessuto economico di riferimento dato che, ad esempio, nelle zone caratterizzate da una forte infiltrazione mafiosa, nell'arco temporale ricompreso tra il 1971 e il 2011, si calcola una contrazione occupazionale pari al 28%.

A riprova, invece, del persistente rischio che le mafie rappresentano per le pubbliche amministrazioni, e soprattutto per la gestione corretta delle gare

²¹ MIRENDA, MOCETTI, RIZZICA, *The real effects of 'ndrangheta: firm-level evidence*, WP n. 1235, ottobre 2019 reperibile nella sezione pubblicazioni del sito www.bancaditalia.it.

d'appalto, è sufficiente scorrere la Relazione annuale dell'ANAC²² nella parte dedicata ai contratti pubblici per verificare la costante attività di vigilanza portata avanti dall'Autorità e le difficoltà riscontrate proprio in presenza di infiltrazioni mafiose, specialmente in alcuni ambiti (rifiuti, sanità, migranti giusto per fare qualche esempio). Per far fronte a tale criticità l'ANAC, operando sull'aggiornamento del Piano Nazionale Anticorruzione²³, ha previsto precisi indicatori cui dar rilievo nella predisposizione delle gare d'appalto quali l'iscrizione delle imprese alle *white list*, la previsione di specifici protocolli antimafia e l'indicazione nei bandi di criteri premiali legati al *rating* di legalità.

Infine, merita indicazione la diffusione di protocolli di legalità nell'ambito delle gare d'appalto benché si tratti, come noto, di misure oggetto di forti contrasti dottrinali e giurisprudenziali da diversi punti di vista²⁴. Tra questi, in via meramente esemplificativa, si vedano il rinnovo del Protocollo di legalità finalizzato alla prevenzione dei tentativi di infiltrazione della criminalità organizzata nei contratti pubblici, siglato il 17 settembre 2019 dalla Regione Veneto con Upi, Anci e Prefetture e l'Intesa per la legalità sottoscritta, con le medesime finalità, dalla Regione Autonoma del Friuli Venezia Giulia, la Prefettura e l'Autorità di sistema portuale del Mare Adriatico Orientale in data 5 luglio 2019.

5. Ricerche

Gli studi sul tema delle organizzazioni criminali, delle loro relazioni con le imprese e delle ripercussioni di tali legami sui rapporti di lavoro da un'angolazione prettamente giuslavoristica non sono, come anticipato, ricorrenti; viceversa, importanti ricerche sono state sviluppate in altri settori scientifici, come quello sociologico o aziendalistico.

²² Cfr. Relazione annuale sull'attività svolta dall'Autorità relativa all'anno 2018 presentata alla Camera dei Deputati il 6 giugno 2019, disponibile sul sito www.anticorruzione.it, spec. parte III, p. 123 ss.

²³ Cfr. la delibera n. 1074 del 21 novembre 2018 relativa all'approvazione definitiva dell'Aggiornamento 2018 al Piano Nazionale Anticorruzione reperibile sul sito www.anticorruzione.it, spec. pp. 134 e 135.

²⁴ Per una sintetica ricostruzione si veda SCAFURI, *Interdittive antimafia e Protocolli di legalità. La legittimazione alla richiesta di documentazione antimafia deve ritornare al privato*, in www.ildiritto-amministrativo.it.

Nel primo si colloca una più aggiornata edizione del volume, *Mafie del Nord. Strategie criminali e contesti locali*, Fondazione Res, a cura di R. Sciarrone (Donzelli editore, 2019) che rinnova l'indagine, svolta già nel 2014, sull'inse-diamento delle mafie in zone differenti da quelle tradizionali. Anche in questa versione più recente l'analisi è focalizzata su specifiche aree collocate nelle regioni del Centro-Nord (Lazio, Lombardia, Piemonte, Liguria, Emilia-Ro-magna, Toscana e Veneto) tenendo conto degli sviluppi giudiziari, delle pec-uliarità politiche, sociali ed economiche delle singole località, nonché, della influenza che tali specificità territoriali esercitano ai fini dell'insediamento, prima, e del consolidamento, dopo, dei diversi gruppi criminali.

Anche in questa edizione collettanea, poi, i riflettori sono puntati su quella c.d. area grigia occupata da liberi professionisti, imprenditori, politici, funzionari pubblici, portatori di interessi economici in senso lato ovvero soggetti non (necessariamente) affiliati all'organizzazione criminale ma che intessono rapporti, creano contatti, praticando e/o favorendo spesso attività illecite in ambiti (economici, sociali, politici) leciti.

Nel medesimo filone di studio si inserisce il volume *Le mafie nell'econo-mia legale. Scambi, collusioni, azioni di contrasto* (R. Sciarrone, L. Storti, il Mulino, 2019). La ricerca, di estremo interesse per tutti coloro che intendano appro-fondire il tema della penetrazione delle mafie nel sistema economico, pre-senta degli spunti innovativi di particolare interesse non solo in relazione alla ricostruzione delle relazioni tra mafiosi e attori economici ma, anche, con riguardo all'individuazione di possibili misure di contrasto a questa specifica declinazione dell'agire mafioso. Nella prima parte dello studio gli autori ap-profondiscono il contesto economico-politico-sociale entro cui si sviluppa questa specifica modalità di azione mettendo in evidenza talune criticità che concorrono a creare un terreno fertile per una sempre maggiore commi-stione tra legale ed illegale. Nella parte centrale, invece, si analizzano in ma-niera puntuale le modalità di interazione tra mafiosi e imprenditori verificando, anche su questo versante, la molteplicità di configurazioni pos-sibili. Proprio questa variabilità giustifica, nella parte finale e molto innovativa dello studio, un'attenzione mirata alle possibili misure e azioni di contrasto in grado di sciogliere il nodo, anzi i nodi, che le mafie sono capaci di stringere con i diversi settori dell'economia; pari attenzione, inoltre, è dedicata ai pro-cessi sociali e politici che possono (e anzi devono) impedire la formazione di nuovi nodi o, comunque, favorirne il dissolvimento.

Nel solco di un progetto di più ampio respiro, cofinanziato dalla Com-

missione parlamentare d'inchiesta sul fenomeno mafioso²⁵, si colloca il volume *Organizzazioni criminali. Strategie e modelli di business nell'economia legale* (S. Consiglio, P. Canonico, E. De Nito, G. Mangia, Donzelli editore, 2019). Anche in questo studio, condotto però in una prospettiva essenzialmente aziendalistica, oggetto principale di indagine è l'interazione tra mercati, imprese e organizzazioni criminali di matrice mafiosa. Gli autori, difatti, muovono da un'analisi delle imprese, dei gruppi criminali e dei diversi assetti che il rapporto tra questi soggetti può assumere sfruttando la lente delle teorie manageriali quale punto di osservazione peculiare, e poco sperimentato, al fine di offrire ulteriori strumenti di comprensione del fenomeno. Peraltro, sin dalle prime pagine del volume, specifica attenzione è dedicata al settore degli appalti pubblici quale ambito, che forse più di altri, ben si presta ad esplorare il tema cruciale della penetrazione delle mafie nell'economia legale. Proprio in relazione a questo settore sono selezionati tre casi-studio, variamente dislocati sul territorio nazionale, scandagliati con precisione dagli autori con esiti variegati. Questa disamina approfondita consente di dedicare la parte conclusiva dello studio ad una riflessione sul tema del controllo degli appalti; di modo che, dopo aver descritto i tratti essenziali della normativa europea e nazionale, gli autori propongono una ricostruzione tipologica dei modelli di *business* utilizzati dalla criminalità organizzata per controllare il sistema degli appalti pubblici. In particolare, isolando per ciascuna tipologia quattro dimensioni principali (attività svolte dalle organizzazioni criminali, attori coinvolti e relazioni esistenti, competenze delle imprese criminali e, da ultimo, modalità e strumenti di creazione del valore), sono distinti tre differenti modelli: predatorio/parassitario, regolazione occulta e imprenditoriale.

Pur se da angolazioni non completamente sovrapponibili, tutte e tre le ricerche segnalate hanno il merito di scandagliare un terreno impervio ma cruciale nell'ottica della comprensione del fenomeno mafioso e dell'individuazione di efficaci misure di contrasto ovvero quell'insediamento delle mafie nel sistema economico legale che trova, oggi, un elemento di forza indiscutibile nello sfruttamento della c.d. area grigia. Operazione di certo non agevole, in considerazione anche della nebulosità connota quest'area ma, al

²⁵ Il volume rientra nel progetto *Area grigia e collegi professionali: criticità e prospettive di riforma. Per un nuovo ruolo delle università*. Il progetto è cofinanziato dalla Commissione parlamentare antimafia e dall'Università degli Studi di Napoli Federico II nell'ambito della Convenzione quadro tra la Commissione e la Conferenza dei rettori delle università italiane.

contempo, imprescindibile per il ruolo che oggi ricopre nel consolidamento dei sodalizi criminali quale “campo organizzativo in cui prendono forma relazioni di contiguità e complicità, attraverso le quali si istituzionalizzano legami, scambi e transazioni”²⁶.

In chiusura di questa rassegna pare doveroso segnalare *Terra e libertà. Storia di sindacalisti uccisi dalle mafie* (Edizioni LiberEtà, 2019). Il volume, di taglio divulgativo, racconta e rammenta, attraverso il racconto della vita (e della morte) di 53 uomini e di una donna (Giuditta Levato, prima vittima della lotta al latifondo in Calabria uccisa con un colpo di fucile in attesa di sette mesi del suo terzo figlio) il ruolo delle organizzazioni sindacali e di donne e uomini del sindacato nel contrasto alle mafie. Un ricordo doveroso nell'anno in cui si celebra un importante anniversario dello Statuto dei Lavoratori e in un'epoca in cui il “sacro debito della memoria”²⁷ appare rimosso, senza mai essere adeguatamente estinto; un ricordo che, in quanto tale, proietta nel futuro già solo in ragione del fatto che “fare la celebrazione del passato vuol dire guardar dentro di noi e fare il nostro esame di coscienza”²⁸.

²⁶ SCIARRONE, STORTI, *Le mafie nell'economia legale. Scambi, collusioni, azioni di contrasto*, il Mulino, 2019, p. 17.

²⁷ L'espressione fu pronunciata da Piero Calamandrei in occasione del discorso tenuto a Brescia il 29 marzo 1919 e riportato con il titolo *Come fu liberata Trento*, in *La lettura*, rivista mensile del Corriere della Sera il 1° novembre 1919.

²⁸ CALAMANDREI, *Lo Stato siamo noi*, Chiarelettere, 2011, p. 59.

Key words

Osservatorio, mafie, lavoro, impresa.

Overview, mafie, work, enterprise.

Paulo Pinto de Albuquerque

Diritti dei lavoratori, lavoratori migranti e associazioni sindacali nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*

Sommario: **1.** Premessa. **2.** Diritti dei lavoratori. **3.** *Segue.* Il diritto del lavoratore alla protezione contro la sospensione ed il licenziamento. **4.** *Segue.* Il diritto dei lavoratori alla vita privata e familiare. **5.** *Segue.* La libertà religiosa dei lavoratori. **6.** *Segue.* La libertà di espressione dei lavoratori. **7.** I diritti dei lavoratori migranti. **8.** I diritti di associazione sindacale. **9.** Misure di *austerity* e diritti dei lavoratori. **10.** Conclusione: orientamenti restrittivi nella giurisprudenza della Corte e possibile soluzione.

I. *Premessa*

I diritti sociali, e segnatamente i diritti che afferiscono alla sfera lavorativa, hanno tratto beneficio dalla loro ricomprensione nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale ne ha chiarito i limiti ed ha circoscritto l'incondizionata discrezionalità degli Stati nella relativa regolamentazione. Ad ogni modo, è evidente una tendenza: mentre all'inizio la tutela dei diritti e delle libertà dei lavoratori ha subito un'impennata, come corroborato da certe decisioni storiche della Corte, attualmente è percepibile un andamento regressivo, che timidamente ha ad oggetto le leggi sul lavoro, dilata il margine di discrezionalità dei Governi e limita in concreto l'effettività delle valutazioni della Corte in materia.

Questa tendenza regressiva non dev'essere vista come irreversibile: io sottolineerò come l'effettiva considerazione dei principi di *soft law* consenta

* Il presente testo corrisponde al discorso tenuto in occasione dell'accettazione del Dottorato Onorario conferito dalla *Edge Hill University* (UK) il 6 dicembre 2019. Le opinioni sono riferibili all'Autore e non vincolano la Corte europea dei diritti dell'uomo. La traduzione dall'inglese è di Rossella Giuliano.

alla Corte di assumere una posizione progressista e rispettosa dei diritti del lavoro e possa continuare ad aiutarla a salvaguardare i diritti dei lavoratori.

2. *Diritti dei lavoratori*

Al centro dell'integrazione dei diritti dei lavoratori nella sfera della Convenzione vi è il principio d'indivisibilità dei diritti umani, come ribadito dalla Dichiarazione di Vienna del 1993¹. L'indivisibilità richiede un "metodo ermeneutico integrato"², allo scopo di "incorporare specifici diritti socio-economici in documenti relativi ai diritti civili e politici"³. La lettura della Convenzione – che pone l'accento sui diritti civili e politici – come strumento estendibile ai diritti sociali si basa sul carattere dinamico della Convenzione stessa, la quale funge da "strumento vivente"⁴ e garantisce "diritti concreti ed effettivi", anziché meramente "astratti ed illusori"⁵.

La dottrina dello "strumento vivente" è accreditata non soltanto dai principi interpretativi correlati con l'affermazione di un consenso europeo⁶, ma altresì dalla reale considerazione degli istituti di *soft law* che rafforzano la legittimazione dell'attività decisionale della Corte⁷. Il ricorso ai principi di *soft law* è particolarmente incisivo allorché la Corte si scontra con la mancanza di consenso a livello europeo; peraltro una sorta di effetto orizzontale dei diritti definiti dalla Convenzione sulle controversie private, come quelle di lavoro⁸ o di altro genere⁹, può scaturire dalla peculiarità della giurispru-

¹ V. Assemblea Generale delle Nazioni Unite, Dichiarazione di Vienna e Programma d'azione, 12 luglio 1993, A/CONF.157/23, che sancisce: "Tutti i diritti umani sono universali, indivisibili, interdipendenti ed interconnessi. [...]". Analogamente, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea riconosce che l'Unione si fonda sui "valori indivisibili e universali di dignità umana, di libertà, uguaglianza e di solidarietà [...]".

² Cfr. MANTOUVALOU, *Labour Rights in the European Convention on Human Rights: An Intellectual Justification for an Integrated Approach to Interpretation*, in *HRLR*, 2013, p. 529 ss.

³ MANTOUVALOU, *op.cit.*, e FRANZ EBERT-MARTIN OELZ, *Bridging the gap between labour rights and human rights: the role of ILO law in regional human rights courts*, ILO, DP/212/2012.

⁴ C. Eur. Dir. Uomo, 25 aprile 1978, *Tyler c. Regno Unito*, ricorso n. 5856/72.

⁵ C. Eur. Dir. Uomo, 9 ottobre 1979, *Airey c. Irlanda*, ricorso n. 6289/73, pt. 24.

⁶ C. Eur. Dir. Uomo, 30 aprile 2009, *Glor c. Svizzera*, ricorso n. 3444/04, pt. 75.

⁷ C. Eur. Dir. Uomo, 27 marzo 2008, *Shtukaturov c. Russia*, ricorso n. 44009/05, pt. 95.

⁸ C. Eur. Dir. Uomo, 13 agosto 1981, *Young, James e Webster c. Regno Unito*, ricorsi nn. 7601/76 e 7806/77, pt. 49.

⁹ C. Eur. Dir. Uomo, 9 dicembre 1994, *Lopez-Ostra c. Spagna*, ricorso n. 16798/90 pt. 52.

denza della Corte di Strasburgo, che impone obblighi positivi alle Alte Parti contraenti.

Questi notori principi non sottendono altrettanti approcci innovativi della Corte, atteso che vengono impiegati da oltre quattro decenni e sono di fondamentale importanza per la realizzazione di un'effettiva tutela nell'ambito della Convenzione: ciò risulterà più chiaro all'esito della trattazione delle questioni che seguono.

3. Segue. *Il diritto del lavoratore alla protezione contro la sospensione ed il licenziamento*

La sospensione e l'estinzione del rapporto di lavoro devono conformarsi alla tutela dei diritti civili ai sensi dell'art. 6 CEDU¹⁰: ciò include, in particolare, il diritto del lavoratore all'accesso effettivo alla giustizia, alla ragionevole durata del processo (senza ritardi giudiziari) ed all'esecuzione del giudicato¹¹.

L'art. 6 CEDU concerne altresì i diritti collegati alla protezione dal licenziamento irrogato in violazione della presunzione d'innocenza¹²; inoltre, il disposto dell'art. 6 esige che il recesso del datore di lavoro sia motivato.

Nella controversia *Lombardi Vallauri c. Italia*¹³, l'irrogazione del licenziamento sulla base della manifestazione di opinioni "in netto contrasto con la dottrina cattolica" e la conseguente impossibilità per i giudici nazionali di porre rimedio all'omissione delle motivazioni da parte del Consiglio di Facoltà (quale datore di lavoro, n.d.t.) si sono posti in conflitto con la necessità che siano esplicitate ragioni sufficienti, nonché con la possibilità di impugnare la decisione datoriale illegittima dinanzi all'autorità competente¹⁴.

¹⁰ *Ex multis*, C. Eur. Dir. Uomo, 10 marzo 1980, *König c. Germania*, ricorso n. 6232/73/19802; C. Eur. Dir. Uomo, 23 giugno 1981, *Le Compte, Van Leuven e De Meyere c. Belgio*, ricorsi nn. 6878/75 e 7238/75; C. Eur. Dir. Uomo, 28 giugno 1990, *Obermeier c. Austria*, ricorso n. 11761/85, pt. 70; C. Eur. Dir. Uomo, 27 giugno 2000, *Frydlender c. Francia*, ricorso n. 30979/96, pt. 45.

¹¹ C. Eur. Dir. Uomo, 30 settembre 2004, *Pramov c. Bulgaria*, ricorso n. 42986/98; C. Eur. Dir. Uomo, 12 giugno 2001, *Delgado c. Francia*, ricorso n. 38437/97; C. Eur. Dir. Uomo, 26 gennaio 2010, *Aurelia Popa c. Romania*, ricorso n. 1690/05; C. Eur. Dir. Uomo, 29 giugno 2011, *Sabel El Leil c. Francia*, ricorso n. 34869/05.

¹² C. Eur. Dir. Uomo, 4 giugno 2013, *Teodor c. Romania*, ricorso n. 46878/06.

¹³ C. Eur. Dir. Uomo, 20 ottobre 2009, *Lombardi Vallauri c. Italia*, ricorso n. 39128/05.

¹⁴ *Lombardi Vallauri c. Italia*, cit., pt. 52.

L'autonomia delle comunità religiose, pertanto, non è assoluta e dev'essere prudentemente bilanciata con i concorrenti interessi in gioco¹⁵.

4. Segue. *Il diritto dei lavoratori alla vita privata e familiare*

A norma dell'art. 8 CEDU la Corte ha trattato casi concernenti il controllo del dipendente, la sorveglianza sulle comunicazioni del medesimo ed i rischi professionali per la salute ai quali costui è esposto, nonché il licenziamento per motivi legati alle scelte private del lavoratore¹⁶. Io li discuterò brevemente e singolarmente.

Con riguardo all'obbligatorietà del test antidroga per i dipendenti, la Corte ha precisato in *Madsen c. Danimarca*, così come in *Wretlund c. Svezia*, che una lesione del diritto alla *privacy* può, a determinate e circoscritte condizioni, essere legittima qualora sia stato raggiunto un prudente equilibrio tra "il disagio [...] del singolo lavoratore"¹⁷ e l'interesse alla preservazione dell'integrità personale, da un lato, e la salvaguardia della pubblica sicurezza e dei diritti e libertà degli altri¹⁸, dall'altro.

L'art. 8 altresì interseca gli artt. 9 ed 11 della Convenzione, come testimoniato dalle opposte controversie *Obst e Schüth c. Germania*, relative alla rimozione dei ricorrenti dall'impiego in un ente religioso sulla base del loro coinvolgimento in una relazione extraconiugale.

La *Weltanschauung* di un'organizzazione determina sensibilmente il peso attribuito al livello di fedeltà ed alle aspettative circa il comportamento del lavoratore nei confronti della Chiesa¹⁹; le aspettative di fedeltà sono ancora più intense quando si tratta di dipendenti titolari di funzioni apicali, come dimostrato in *Obst*²⁰.

¹⁵ *Lombardi Vallauri c. Italia*, cit., pt. 51.

¹⁶ V., tra gli altri, C. Eur. Dir. Uomo, 7 novembre 2002, *Madsen c. Danimarca*, ricorso n. 58341/00, sull'obbligo del dipendente di sottoporsi ad esami delle urine casuali per accertare l'assunzione di sostanze stupefacenti. Per un ulteriore approfondimento in materia di verifiche antidroga sul luogo di lavoro v. C. Eur. Dir. Uomo, 9 marzo 2004, *Wretlund c. Svezia*, ricorso n. 46210/99.

¹⁷ *Wretlund c. Svezia*, cit.

¹⁸ *Wretlund c. Svezia*, cit.

¹⁹ *Lombardi Vallauri c. Italia*, cit., pt. 41; v. anche, in ordine alla generale aspettativa di una condotta secondo correttezza e buona fede nei riguardi del datore di lavoro, C. Eur. Dir. Uomo, 16 settembre 2008, *Pay c. Regno Unito*, ricorso n. 32792/05.

²⁰ C. Eur. Dir. Uomo, 23 settembre 2010, *Obst c. Germania*, ricorso n. 425/03, pt. 48-51.

La Corte opera comunque un accurato bilanciamento degli interessi: in *Schüth*, dunque, la Corte ha appurato che la motivazione del giudice interno difettava di pregnanti valutazioni sulla vita familiare collegata *de facto* alla relazione extraconiugale e sulla protezione legale riconosciuta.

Diversamente dal ricorrente in *Obst*, l'istante in *Schüth* avrebbe incontrato rilevanti difficoltà nel trovare un'altra occupazione²¹: ne discende che l'attività di contemperamento della Corte in relazione all'art. 8 richiede un attento esame delle specifiche funzioni esercitate dal lavoratore, dell'entità del disagio sopportato dal ricorrente per effetto dell'ingerenza in sé e per sé considerata nonché delle conseguenze di quest'ultima, compresa la portata della compromissione della vita privata e familiare, affinché non si configuri "l'impegno personale ed inequivocabile di osservare l'astinenza in caso di separazione o divorzio", il quale vulnererebbe il nucleo del diritto al rispetto della vita privata²².

Nel solco di questa giurisprudenza, la causa *Fernandez Martinez c. Spagna* ha reso manifesto l'intreccio tra sfera privata e sfera professionale, dato che le valutazioni sulla vita privata avevano effettivamente inciso sulla possibilità di assunzione da parte della Chiesa. L'esigua maggioranza ha sottolineato la consapevolezza del ricorrente di partecipare ad attività private contrarie alla dottrina della Chiesa: assumendo un atteggiamento prudenziale in sede di bilanciamento degli opposti interessi in gioco²³, la Corte ha conferito notevole importanza alla possibilità dell'individuo di "abbandonare liberamente la comunità"²⁴.

In *I.B. c. Grecia* la Corte ha adottato un approccio basato sul modello sociale nel concludere che un licenziamento discriminatorio fondato sullo stato di salute aveva concretamente stigmatizzato il ricorrente, arrecando un pregiudizio prevalentemente sociale²⁵. È stato così ribadito quanto i giudici di Strasburgo avevano evidenziato in *Kiyutin c. Russia*, stabilendo che "allo Stato dovrebbe essere concesso esclusivamente un ristretto margine discrezionale nella scelta delle misure che individuano un gruppo destinatario di un trattamento differenziale per ragioni di sieropositività (...)"²⁶.

²¹ C. Eur. Dir. Uomo, 23 settembre 2010, *Schüth c. Germania*, ricorso n. 1620/03.

²² *Schüth c. Germania*, cit., pt. 71.

²³ C. Eur. Dir. Uomo, 15 maggio 2012, *Fernandez Martinez c. Spagna*, ricorso n. 56030/07, pt. 151.

²⁴ *Fernandez Martinez c. Spagna*, cit., pt. 128.

²⁵ C. Eur. Dir. Uomo, 3 ottobre 2013, *I.B. c. Grecia*, ricorso n. 552/10, pt. 72 e 80.

²⁶ *I.B. c. Grecia*, cit., pt. 72 e 80.

Il licenziamento per ragioni di sesso intimato alla luce di una totale assenza di indizi in ordine all'incapacità della funzionaria di assolvere i propri doveri, come evidenziato in *Emel Boyraz c. Turchia*, ha condotto poi ad una condanna ancora più esplicita da parte della Corte²⁷.

Gli ultimi due casi pongono in risalto la crescente sensibilità della Corte verso la dannosità della stigmatizzazione, degli stereotipi e della disparità di trattamento dei dipendenti. Nello stesso senso, nella storica sentenza *Konstantin Markin c. Russia* è stato riaffermato il medesimo orientamento in materia di disparità di trattamento: “La differenza di trattamento tra soldati e soldatesse in merito alla fruizione del congedo parentale non ha sicuramente lo scopo di rimediare alla posizione di svantaggio delle donne nella società o alle ‘diseguaglianze di fatto’ tra uomini e donne (...) La Corte concorda con l’istante e la terza parte sulla circostanza che una tale difformità sortisce l’effetto di perpetuare gli stereotipi di genere e penalizza sia la carriera delle donne, sia la vita familiare degli uomini”²⁸; la controversia non soltanto ha significativamente influenzato la giurisprudenza della Corte sulla discriminazione sessuale, ma ha anche coniugato il diritto sociale alla tutela della propria posizione lavorativa con il diritto civile protetto dalla Convenzione di costruire una famiglia.

Per quanto concerne i rischi per la salute derivanti dal particolare settore di attività, la Corte ha sottolineato l’importanza che lo Stato “assicuri che i ricorrenti ricevano le informazioni essenziali (...) idonee a permettere a costoro di vagliare i rischi per la salute e la sicurezza”²⁹: il mancato accesso alle informazioni riguardanti i rischi può conseguentemente risolversi in una violazione dell’art. 8 CEDU, secondo quanto emerge da *Vilnes et a. c. Norvegia*³⁰; analogamente, *Brincat et a. c. Malta* ha rimarcato che grava sui Governi l’obbligo di rendere accessibili e prontamente disponibili le diffuse evidenze scientifiche sulla pericolosità dell’amianto³¹.

Estendendosi dalla sfera privata a quella lavorativa, l’art. 8 è inoltre divenuto sempre più incisivo con riferimento all’ambito, estremamente pro-

²⁷ C. Eur. Dir. Uomo, 2 dicembre 2014, *Emel Boyraz v Turkey*, ricorso n. 61960/08, pt. 53-56.

²⁸ C. Eur. Dir. Uomo, 22 marzo 2012, *Konstantin Markin v Russia*, ricorso n. 30078/06, pt. 141.

²⁹ C. Eur. Dir. Uomo, 24 marzo 2014, *Vilnes et a. c. Norvegia*, ricorsi nn. 52806/09 e 22703/10, pt. 245.

³⁰ *Vilnes et a. c. Norvegia*, cit., pt. 245.

³¹ C. Eur. Dir. Uomo, 24 luglio 2014, *Brincat et a. c. Malta*, ricorsi nn. 60908/11, 62110/11, 62129/11, 62312/11 e 62338/11, pt. 114.

blematico, degli strumenti di sorveglianza sul luogo di lavoro³². *Copland c. Regno Unito* ha posto le basi per la tutela dei diritti del dipendente nell'eventualità del controllo dei suoi dispositivi di comunicazione³³: qui la Corte ha evidenziato la necessità di una regolamentazione nazionale che fissi i limiti della lecita intromissione, nell'esercizio del potere datoriale di controllo, nella *privacy* dei lavoratori, senza tuttavia fornire precise direttive.

Barbulescu c. Romania ha rappresentato un'ottima opportunità per chiarire le possibili legittime interferenze nel diritto alla riservatezza, e segnatamente rispetto ad una politica di controllo degli accessi ad Internet. A seguito di un'insoddisfacente decisione pronunciata dalla IV sezione, la Grande Camera ha affermato che la conservazione dei dati inerenti alle comunicazioni del dipendente lede il diritto alla vita privata³⁴, ed ha biasimato le autorità interne per non aver verificato che il ricorrente avesse ricevuto il previo avviso del monitoraggio – come pure dell'ampiezza dello stesso – sulle sue comunicazioni private³⁵.

Nel constatare la lesione del diritto alla *privacy* la Corte ha fatto ampio ricorso alle conferenti statuizioni di diritto internazionale e di *soft law*; la Grande Camera ha soprattutto definito i criteri che consentono ai giudici comuni di accertare se un datore di lavoro ha violato il diritto alla riservatezza di un prestatore³⁶.

A causa della persistente confusione tra vita professionale e vita privata, questi criteri erano attesi da tempo; i prestatori di lavoro non rinunziano al loro diritto alla *privacy* allorché varcano la soglia della sede di lavoro: quando si connettono ad Internet sul luogo di lavoro, essi continuano ad avere una “ragionevole aspettativa di riservatezza”³⁷.

Ad onta delle direttive previste in *Barbulescu*, la Corte deve prestare “maggiore attenzione”³⁸ alla perdurante sorveglianza dei lavoratori da parte dei datori di lavoro. Il controllo costante produce inevitabilmente un “effetto

³² V., *ex multis*, C. Eur. Dir. Uomo, 16 dicembre 1992, *Niemietz c. Germania*, ricorso n. 13710/88, pt. 29; C. Eur. Dir. Uomo, 5 ottobre 2010, *Köpke c. Germania*, ricorso n. 420/07; C. Eur. Dir. Uomo, 25 giugno 1997, *Halford c. Regno Unito*, ricorso n. 20605/92, pt. 42.

³³ C. Eur. Dir. Uomo, 3 aprile 2007, *Copland c. Regno Unito* (2007), ricorso n. 62617/2000, pt. 42.

³⁴ C. Eur. Dir. Uomo, 5 settembre 2017, *Barbulescu c. Romania*, ricorso n. 61496/08, pt. 139.

³⁵ *Barbulescu c. Romania*, cit., pt. 136 e 140.

³⁶ *Barbulescu c. Romania*, cit., pt. 120 e 121.

³⁷ *Halford c. Regno Unito*, cit., pt. 44-45; *Copland c. Regno Unito*, cit., pt. 43.

³⁸ *Köpke c. Germania*, cit.

di autocensura”, se non “dissuasivo”³⁹, in grado di vulnerare il diritto del soggetto alla libertà d’espressione, così come alla privacy⁴⁰: a tal proposito, Bernal ha sottolineato che “la privacy non è importante soltanto per i giornalisti, ma cruciale per la libera manifestazione del pensiero in una molteplicità di situazioni (...). Senza una ragionevole aspettativa di riservatezza, molte persone semplicemente deciderebbero di non esprimersi”⁴¹.

Da ultimo *López Ribalda et a. c. Spagna*, avente ad oggetto la videosorveglianza segreta dei dipendenti⁴², quale meccanismo di accertamento dell’illecito da cui era dipeso il licenziamento dei ricorrenti, purtroppo mostra che la Corte è ancora propensa ad interpretare estensivamente il margine di discrezionalità rimesso agli Stati: il “ragionevole sospetto di una condotta gravemente scorretta”⁴³, con il quale la maggioranza dei suoi componenti ha inteso giustificare la compressione dell’art. 8 CEDU ha finito per consentire l’elusione degli *standards* legali nazionali ed internazionali che richiedono di informare i lavoratori del loro assoggettamento a sistemi di sorveglianza.

I giudici dissenzienti in questo caso hanno manifestato insoddisfazione per il fallimento di un equo bilanciamento⁴⁴: in particolare hanno messo in guardia dalla “facilità con cui la videosorveglianza può essere effettuata e trasmessa, dal momento che moltiplica significativamente la potenziale lesione dei diritti in materia di privacy ai sensi dell’art. 8 della Convenzione”⁴⁵.

In particolare, è stato sostenuto che la cornice normativa esistente, la

³⁹ Il concetto di “effetto dissuasivo” era già conosciuto nel 1978, quando Schauer tentò di definirlo come “ciò che si verifica quando gli individui che cercano di svolgere un’attività protetta dal primo emendamento sono dissuasi dall’intraprenderla da una regolazione governativa non specificamente rivolta a quell’attività protetta”. SCHAUER, *Fear, Risk and the First Amendment: Unravelling the Chilling Effect*, in *BULR*, 1978, p. 693; v. anche EIDE, *Chilling Effects on Free Expression: Surveillance, Threats and Harassment*, in KROVEL, THOWSEN, *Making Transparency Possible. An Interdisciplinary Dialogue*, Cappelen Damm Akademisk, 2019, p. 228; PENNEY, *Internet surveillance, regulation and chilling effects online: a comparative case study*, in *IPR*, 2017, p. 13, sulle conseguenze della normazione per gli utenti Internet.

⁴⁰ V., a questo riguardo, C. Eur. Dir. Uomo, 6 settembre 1978, *Klass et a. c. Germania*, ricorso n. 5029/71, pt. 37.

⁴¹ BERNAL, *Data gathering, surveillance and human rights: recasting the debate*, in *JCP*, 2016, p. 254.

⁴² C. Eur. Dir. Uomo, 17 ottobre 2019, *López Ribalda et a. c. Spagna*, ricorso n. 1874/13 e 8567/13.

⁴³ *López Ribalda et a. c. Spagna*, cit., pt. 134.

⁴⁴ V. l’opinione dissenziente dei Giudici de Gaetano, Yudkivska e Grozev in *López Ribalda et a. c. Spagna*, cit., pt. 1.

⁴⁵ L’opinione dissenziente dei Giudici de Gaetano, Yudkivska e Grozev in *López Ribalda et a. c. Spagna*, cit., pt. 4.

quale esige il previo avviso legale dell'impiego di misure di sorveglianza, non ammetteva eccezioni alla regola. Ciò è particolarmente rilevante nel contesto del rapporto di lavoro subordinato, che inesorabilmente dà vita ad uno squilibrio di potere ed aumenta le probabilità di abusi⁴⁶: se ai datori di lavoro fosse permesso di agire fuori del quadro giuridico di riferimento, ne deriverebbero verosimilmente arbitrarietà ed incertezza del diritto.

5. Segue. *La libertà religiosa dei lavoratori*

Proseguendo nella trattazione, passerò all'analisi della libertà di religione ed al suo coordinamento con i diritti dei lavoratori.

Le sanzioni disciplinari a carico dei lavoratori connesse all'uso di simboli religiosi sono state prese in considerazione sia con riguardo alla sfera pubblica, sia con riferimento a quella privata. In *Eweida et a. c. Regno Unito* la Corte sembra tollerare che i datori di lavoro giustifichino il licenziamento di un dipendente se l'esternazione della fede religiosa contrasta con l'interesse del datore di lavoro alla salvaguardia dell'ordine nel luogo di lavoro: in questo caso, la Corte si è mostrata favorevole al primo ricorrente, tenuto conto della discretezza del simbolo religioso e della flessibilità con la quale l'azienda normalmente adattava il proprio codice di abbigliamento all'esibizione di collane a carattere religioso, quali circostanze indicative dell'assenza di una reale lesione degli interessi datoriali⁴⁷.

Quanto al secondo ricorrente, invece, la Corte ha ritenuto giustificato il divieto d'indossare simboli religiosi in virtù della tutela della salute dell'istante⁴⁸.

In generale, si può dedurre che il margine di discrezionalità nel settore privato è più ristretto di quello operante nel settore pubblico⁴⁹; nell'ambito

⁴⁶ L'opinione dissidente dei Giudici de Gaetano, Yudkivska e Grozev in *López Ribalda et a. c. Spagna*, cit., pt. 5.

⁴⁷ C. Eur. Dir. Uomo, 15 gennaio 2013, *Eweida et a. c. Regno Unito*, ricorsi nn. 48420/10, 59842/10, 51671/10, 36516/10, pt. 94-95.

⁴⁸ *Eweida et a. c. Regno Unito*, cit., pt. 98-100.

⁴⁹ In senso difforme da *Eweida et a. c. Regno Unito*, cit. v. C. Eur. Dir. Uomo, 24 gennaio 2006, *Kurtulmus c. Turchia*, ricorso n. 65500/01, riguardante le indagini disciplinari ed i richiami per l'ostentazione di simboli religiosi negli spazi pubblici, segnatamente le Università. V. anche C. Eur. Dir. Uomo, 26 novembre 2015, *Ebrahimian c. Francia*, ricorso n. 64846/11, in merito ai provvedimenti disciplinari adottati per aver indossato il velo in un ospedale. La Corte ha am-

delle riflessioni sulla legittima compressione dell'art. 9, la Corte ha manifestato particolare sensibilità per i principi di laicità ed eguaglianza⁵⁰.

In *Leyla Sahin c. Turchia* la Corte ha ravvisato la discrezionalità dello Stato nella “limitazione della libertà di estrinsecare la propria confessione religiosa, ad esempio mediante l'adozione del velo islamico, se l'esercizio di quella libertà collide con la finalità di protezione dei diritti e delle libertà altrui, dell'ordine pubblico e della sicurezza pubblica”⁵¹. Nella controversa pronuncia *Dahlab c. Svizzera* la Corte ha concesso un esteso margine di apprezzamento allo Stato e, nel contemperare gli eterodossi interessi, ha accolto l'argomentazione del Governo, imperniata sulla circostanza che l'impiego del velo da parte di una maestra elementare può, in una certa misura, sortire un effetto proselitistico sui giovani studenti⁵².

Per giunta è stato osservato che il velo era “difficilmente inquadrabile nel principio di eguaglianza di genere” e che “il messaggio di tolleranza, rispetto per il prossimo e, soprattutto, eguaglianza e non discriminazione (...)”⁵³ potrebbe essere incompatibile con la scelta d'indossare il velo⁵⁴. Il bilanciamento avrebbe dovuto determinare in quale misura “le credenze religiose erano state compiutamente tenute in considerazione rispetto alle esigenze di protezione dei diritti e delle libertà altrui e di preservazione dell'ordine e della sicurezza pubblici”⁵⁵; *Dahlab*, quindi, circoscrive la tutela di taluni gruppi re-

piamente favorito gli Stati tollerando il divieto d'indossare il velo, non soltanto in rapporto alle insegnanti, che possono influenzare giovani suggestionabili, ma anche in relazione a tutti gli impiegati statali (v. *Kurtulmus c. Turchia*, ricorso n. 65500/01, cit.).

⁵⁰ Per un approfondito esame della giurisprudenza della Corte, talvolta contraddittoria, v. PINTO DE ALBUQUERQUE, KATZ, *Is Religion a Threat to Human Rights? Or is it the other way around?*, in UERPMANN-WITZZACK, LAGRANGE, OETER, *Religion and International Law*, Brill Nijhoff, 2018, pp. 277-293.

⁵¹ C. Eur. Dir. Uomo, 10 novembre 2005, *Leyla ahin c. Turchia*, ricorso 44774/98, pt. III, e C. Eur. Dir. Uomo, 13 febbraio 2003, *Refah Partisi et a. c. Turchia*, ricorsi nn. 41340/98, 41342/98, 41343/98 e 41344/98, pt. 92.

⁵² *Leyla ahin c. Turchia*, cit., pt. III.

⁵³ C. Eur. Dir. Uomo, 15 febbraio 2001, *Dalhab c. Svizzera*, ricorso n. 42393/98.

⁵⁴ Al di fuori del campo degli istituti d'istruzione, v. la sentenza C. Eur. Dir. Uomo, 1° luglio 2014, *SAS c. Francia*, ricorso n. 43835/11, pt. 121, 142 e 157, in cui la Corte ha reputato fondato l'argomento del Governo francese a tenore del quale “a certe condizioni il rispetto delle prescrizioni minime di convivenza sociale” può assurgere a legittimo obiettivo di tutela dei diritti e delle libertà dei consociati e persino giustificare il divieto d'indossare veli che travisino il volto nei luoghi pubblici.

⁵⁵ *SAS c. Francia*, cit., pt. 121, 142 e 157.

ligiosi nella manifestazione della libertà religiosa, specialmente quando i loro membri lavorano nel settore pubblico: in termini pratici, ciò può tradursi nell'esclusione di alcune minoranze religiose dal pubblico impiego⁵⁶.

Prescindendo dalle considerazioni in tema di eguaglianza e non discriminazione, la Corte altresì riconosce l'ampia discrezionalità dello Stato in materia di difesa del principio costituzionale di laicità nelle scuole pubbliche⁵⁷: tale principio, consacrato nelle Carte fondamentali di Francia, Svizzera e Turchia, estende il divieto d'indossare simboli non solo ai dipendenti scolastici ma anche agli studenti⁵⁸.

Il rilievo attribuito dalla Corte alla capacità del dipendente di recedere liberamente dai rapporti di lavoro ha condizionato anche l'analisi dell'art. 9, come testimoniato in *Kontinnen c. Finlandia*; in tal senso, il licenziamento intimato per aver lasciato in anticipo il lavoro a causa delle credenze religiose del ricorrente è stato ritenuto legittimo, dal momento che "il ricorrente era libero di dimettersi"⁵⁹.

Similmente in *Sessa Francesco c. Italia*, i giudici di Strasburgo si sono pronunciati a favore dello Stato, poiché all'istante, un avvocato ebreo osservante,

⁵⁶ Questa linea interpretativa è stata criticata da diversi autori in ragione della tangibile esclusione delle donne che indossano veli dalle relazioni sociali, oltre che dall'accesso agli impieghi nelle Pubbliche Amministrazioni. V. BREMS, *Face veil bans in the European Court of Human Rights: the importance of empirical findings*, in *JLP*, 2014, p. 540: "(...) invece di potenziare l'integrazione, il divieto in questione produce l'effetto di deteriorare la vita sociale di queste donne, le loro interazioni con la società nel suo complesso, e la loro mobilità"; FREEDMAN, *Women, Islam and Rights in Europe: Beyond a Universalist/Culturalist Dichotomy*, in *RIS*, 2007, p. 43: "(...) sostenere la proibizione del velo delle donne musulmane può in concreto cagionare ad esse un maggior danno, atteso che impedisce una delle loro forme di espressione identitaria e di ribellione contro la discriminazione, e che provoca la loro ulteriore emarginazione, cui consegue la negazione dei diritti sociali ed economici"; ABDELGADIR, FOUKA, *Political Secularism and Muslim Integration in the West: Assessing the Effects of the French Headscarf Ban*, in *Stanford University Working Paper*, 2019, p. 29,

<<https://vfouka.people.stanford.edu/sites/g/files/sbiybj4871/f/abdelgadirdfoukajan2019.pdf>>, [Pubblicato il 12 novembre 2019]: "Eliminando questo meccanismo di segnalazione, l'interdizione del velo può pertanto avere l'effetto perverso d'incrementare la religiosità e di indebolire l'integrazione".

⁵⁷ *Leyla ahin v Turkey*, cit., pt. 116; v., anche, C. Eur. Dir. Uomo, 4 dicembre 2008, *Dogru e Kervanci c. Francia*, ricorsi nn. 27058/05, 31645/04, pt. 72.

⁵⁸ C. Eur. Dir. Uomo, 30 giugno 2009, *Ranjit Singh c. Francia*, ricorso n. 27561/08.

⁵⁹ C. Eur. Dir. Uomo, 15 maggio 1996, *Kontinnen c. Finlandia*, ricorso n. 24950/94. La Commissione si è basata su *Kontineen* nella pronuncia di ammissibilità di C. Eur. Dir. Uomo, 9 aprile 1997, *Stedman c. Regno Unito*, ricorso 29107/95.

che aveva chiesto ai giudici italiani di rinviare un'udienza in virtù dei suoi doveri religiosi, non era stato impedito di professare liberamente la propria fede né gli era stata fatta pressione affinché cambiasse religione o convinzioni, avendo la possibilità di delegare la rappresentanza del suo cliente ad un collega⁶⁰; oltretutto, la Corte è pervenuta alla conclusione che “anche assumendo che vi sia stata la lesione dei diritti del ricorrente sanciti dall'art. 9, par. 1, questa era prevista dalla legge e giustificata sulla base della tutela dei diritti e delle libertà concorrenti – ed in particolare del diritto dei cittadini alla regolare amministrazione della giustizia e del principio di durata ragionevole dei processi”⁶¹.

La riluttanza della Corte ad ingerirsi nei licenziamenti disposti da organizzazioni religiose si è palesata anche in *Duda e Dudova c. Repubblica Ceca*. La Corte ha sottolineato la sua incompetenza a pronunciarsi sull'estromissione di sacerdoti al fine di non violare “i principi di autonomia e indipendenza delle Chiese”⁶²; quest'approccio è stato adottato altresì in tema di trasferimento di parroci, di collocamento in aspettativa e di prepensionamento coattivo di chierici, e di cessazione del servizio missionario di due presbiteri⁶³.

In *Siebenhaar c. Germania* sono stati portati alla cognizione della Corte casi analoghi ad *Obst e Schueth*, eccettuato il fatto che sia il ricorrente sia il Governo convenuto invocavano il diritto alla libera professione di fede. La Corte ha aderito all'argomentazione dei giudici interni nel senso che la difesa della credibilità della Chiesa protestante, parallelamente al rischio che i bambini venissero influenzati con principi contrari alla dottrina protestante, pesava più dell'interesse del singolo a non essere destituito per la sua appartenenza ad un'altra istituzione ecclesiale⁶⁴; in ogni caso, la Corte è intervenuta anche nel senso di ritenere illegittima la misura espulsiva fondata su ragioni occulte, prestando attenzione alla “politica d'intolleranza” nei confronti del credo e delle affiliazioni religiose del dipendente, e valorizzando il fatto che il ricorrente abbia dato prova di possedere le qualità necessarie per l'assolvimento dei doveri connessi all'impiego⁶⁵.

⁶⁰ C. Eur. Dir. Uomo, 3 aprile 2012, *Sessa Francesco c. Italia*, ricorso n. 28790/08, pt. 37.

⁶¹ *Sessa Francesco c. Italia*, cit., pt. 38.

⁶² C. Eur. Dir. Uomo, 30 gennaio 2001, *Dudova e Duda c. Repubblica Ceca*, ricorso n. 40224/98.

⁶³ V. C. Eur. Dir. Uomo, 23 settembre 2008, *Ahtinen c. Finlandia*, ricorso n. 48907/99, pt. 41.

⁶⁴ C. Eur. Dir. Uomo, 3 febbraio 2011, *Siebenhaar c. Germania*, ricorso n. 18136/02, pt. 45 e 46.

⁶⁵ C. Eur. Dir. Uomo, 12 aprile 2007, *Ivanova c. Bulgaria*, ricorso n. 52435/99, pt. 85.

6. Segue. *La libertà di espressione dei lavoratori*

Discorrendo in termini generali, i prestatori di lavoro subordinato godono di una diffusa protezione avverso le minacce alla loro libertà d'espressione.

La Corte ha ritenuto che il Governo spagnolo non abbia adempiuto la sua obbligazione positiva quando un ricorrente è stato licenziato per aver espresso in modo critico la propria opinione sull'impresa televisiva spagnola per la quale lavorava⁶⁶: siffatta obbligazione di salvaguardare il diritto alla libera manifestazione del pensiero da indebite interferenze di soggetti privati, tuttavia, va controbilanciata con il dovere del prestatore di essere fedele, riservato e discreto nei riguardi del proprio datore di lavoro⁶⁷, un dovere che trova applicazione nei rapporti di lavoro pubblici e privati⁶⁸.

La sentenza della Grande Camera *Vögt c. Germania*, riguardante un'insegnante sospesa dall'insegnamento a causa della sua adesione al Partito comunista tedesco, la quale adesione, secondo quanto riportato, confliggeva con il "dovere gravante su tutti gli impiegati statali di difendere il libero sistema democratico"⁶⁹, si è occupata della questione delle scelte private e delle convinzioni personali. La Corte ha rilevato che essere "insegnante di tedesco e francese in una scuola secondaria non è un lavoro intrinsecamente foriero di rischi per la sicurezza e, conseguentemente, ciò innalza la soglia dell'intromissione accettabile nel diritto consacrato dagli artt. 10 ed 11 CEDU. Inoltre, è stato dato peso al fatto che la severità del provvedimento disciplinare (espulsivo), aveva infangato la reputazione dell'interessata e causato la perdita dei mezzi di sussistenza e della possibilità di essere assunta in altre scuole⁷⁰.

Per converso, le cause *Kosiek e Glasenapp c. Germania* hanno descritto un orientamento meno restrittivo seguito dalla Corte nel valutare il rifiuto di assunzione nel settore pubblico alla luce dei diritti garantiti dalla Convenzione: ambedue i dipendenti avevano in precedenza ricevuto incarichi di prova e si erano visti conseguentemente negare lo *status* di impiegati statali

⁶⁶ C. Eur. Dir. Uomo, 27 febbraio 2000, *Fuentes Bobo c. Spagna*, ricorso n. 39293/98, pt. 38.

⁶⁷ C. Eur. Dir. Uomo, 19 febbraio 2019, *Marchenko c. Ucraina*, ricorso n. 4063/04, pt. 45 e 46.

⁶⁸ C. Eur. Dir. Uomo, 21 luglio 2011, *Heinisch c. Germania*, ricorso n. 28274/08, pt. 64.

⁶⁹ C. Eur. Dir. Uomo, 26 settembre 1995, *Vögt c. Germania*, ricorso n. 17851/91, pt. 44.

⁷⁰ *Vögt c. Germania*, cit., pt. 60.

a tempo indeterminato; gli stessi infine erano stati sollevati dalla loro posizione temporanea.

Queste controversie differivano dalla pronuncia *Vogt* in quanto vertevano sull'accesso al pubblico impiego e non sulla rimozione da un'occupazione a tempo indeterminato, come in *Vogt*⁷¹.

Nel settore privato, la Corte ha reputato opportuno decidere un certo numero di casi relativi al licenziamento quale conseguenza della manifestazione di opinioni contrarie all'interesse del datore di lavoro. In *De Diego Nafria c. Spagna* la Corte ha ritenuto che i provvedimenti disciplinari fossero conformi all'art. 10, par. 2, CEDU in ragione delle oltraggiose, gravi ed infondate accuse di commissione d'illeciti mosse dal dipendente agli amministratori della Banca di Spagna⁷²; il dissenziente Giudice Casadevall ha istituito un parallelo con la controversia *Fuentes Bobo c. Spagna* e segnalato che anche in questo caso le denunce avevano rappresentato il tentativo di fare luce su irregolarità nella condotta di figure di spicco della Banca: peraltro, i dissenzienti hanno posto in evidenza che la Banca centrale spagnola, in quanto ente pubblico, deve accettare maggiormente le critiche e che la posizione subalterna del dipendente nei confronti del datore di lavoro dev'essere tenuta in considerazione⁷³.

Analogamente, sussiste un effettivo interesse pubblico alla pubblicazione della dichiarazione dei redditi del presidente di una grande società nel contesto del dibattito sulla trasparenza retributiva e sull'eccessiva remunerazione delle persone che dirigono grandi aziende⁷⁴.

Da queste vicende giudiziarie scaturiscono i parametri per stabilire quando lo Stato abbia la legittima aspettativa di poter limitare la libertà di espressione: attacchi personali che importino toni offensivi, immoderati, ingiustificati ed eccessivi non saranno protetti dall'art. 10⁷⁵.

⁷¹ C. Eur. Dir. Uomo, 28 agosto 1986, *Kosiek c. Germania*, ricorso n. 9704/1982, pt. 38 e 39. V. anche C. Eur. Dir. Uomo, 28 agosto 1986, *Glaserapp c. Germania*, pt. 50-53.

⁷² C. Eur. Dir. Uomo, 14 marzo 2002, *De Diego Nafria c. Spagna*, ricorso n. 46833/99, pt. 40.

⁷³ V. l'opinione dissenziente del Giudice Casadevall, condivisa dal Giudice Zuoancic, in *De Diego Nafria c. Spain*, ricorso n. 46833/99, cit., pt. 2.

⁷⁴ C. Eur. Dir. Uomo, 21 gennaio 1999, *Fressoz e Roire c. Francia*, ricorso n. 29183/95.

⁷⁵ C. Eur. Dir. Uomo, 8 dicembre 2009, *Aguilera Jiménez et a. c. Spagna*, ricorso n. 28389/06 ed altri, pt. 28-30, e C. Eur. Dir. Uomo, 12 settembre 2011, *Palomo Sanchez et a. c. Spagna*, ricorso n. 28955/06 ed altri, nella quale la Grande Camera ha fatto riferimento al precedente pronunciato in *Aguilera Jimenez* e parimenti non ha riscontrato alcuna violazione dell'art. 10, sebbene in disaccordo con il Governo circa la rilevanza pubblica della questione.

Piuttosto, essa ha reiterato il suo atteggiamento restrittivo sui modi arbitrari e ed irrispet-

Per quanto concerne i *whistle-blowers*, la Corte ha chiarito che la segnalazione di comportamenti illeciti ovvero irregolari sul lavoro dev'essere presidiata. Più precisamente ha enucleato sei rilevanti requisiti che devono essere soddisfatti per rientrare nell'ambito di tutela dell'art. 10 della Convenzione:

La rivelazione deve corrispondere ad un forte interesse pubblico⁷⁶;

Non devono esserci altri effettivi strumenti per porre rimedio alla trasgressione che il dipendente intende svelare;

L'interesse generale sotteso a quella specifica informazione dev'essere così intenso da prevalere sul dovere di mantenere il segreto imposto dalla legge;

Il danno, eventuale, procurato dalla divulgazione non deve superare l'interesse della collettività alla pubblicità dell'informazione;

La segnalazione non deve fondarsi su motivi personali⁷⁷; ed in ultimo

Il *whistle-blower* deve aver agito in buona fede e nella convinzione che l'informazione fosse attendibile e che fosse nell'interesse pubblico fornirla⁷⁸.

In una pronuncia del 2008, la Corte ha ravvisato all'unanimità la violazione dell'art. 10 CEDU in seguito al licenziamento del responsabile dell'ufficio stampa della Procura generale moldava per aver spedito ad un giornale le copie di due lettere che erano state precedentemente inviate all'ufficio del Procuratore generale: in particolare, è stato rilevato che la lacuna legislativa in materia di segnalazione di illeciti da parte di dipendenti, come

tosì di esercizio del diritto alla libertà di espressione ed ha dichiarato che una condotta così fortemente illecita non sarebbe stata tutelata dall'art. 10 della Convenzione.

⁷⁶ V. C. Eur. Dir. Uomo, 12 febbraio 2008, *Guja c. Moldavia*, ricorso n. 14277/04, pt. 88.

⁷⁷ V. C. Eur. Dir. Uomo, 17 settembre 2015, *Langner c. Germania*, ricorso n. 14464/11, pt. 47, nella quale la Corte ha riscontrato che la motivazione insisteva su animosità personale e non sull'interesse a contribuire ad una significativa discussione pubblica.

⁷⁸ V. *Heinisch c. Germania*, cit., ove la Corte ha tenuto conto della condizione di vulnerabilità dei pazienti che erano stati trascurati mentre la collettività era rimasta all'oscuro di ciò. Qui ricorre una solida ipotesi di pubblico interesse alla rivelazione di un'informazione altrimenti riservata.

anche la persistente condotta illecita dei funzionari, giustificava l'azione informativa intrapresa dal ricorrente⁷⁹.

Similmente, in *Matuz c. Ungheria* la Corte ha ritenuto che il licenziamento intimato ad un giornalista per aver pubblicato un libro in cui criticava il suo datore di lavoro fosse illegittimo, in considerazione del ruolo rivestito dai giornalisti in una società democratica e del loro dovere di promuovere il dibattito pubblico: benché fosse stato concluso un accordo di riservatezza dalle parti del rapporto di lavoro subordinato, questo non avrebbe potuto impedire al ricorrente di diffondere idee ed informazioni, soprattutto alla luce dell'importanza dell'interesse pubblico a ricevere informazioni su quanto appreso dal giornalista⁸⁰.

Infine, vorrei menzionare il caso *Heinisch c. Germania*, il quale appalesa che i principi affermati in *Guja c. Moldavia* in relazione ai dipendenti pubblici sono del pari applicabili al settore privato.

7. I diritti dei lavoratori migranti

Vorrei poi discutere di come i diritti dei lavoratori migranti siano protetti dalla Convenzione. Alcuni casi balzano agevolmente alla mente, i quali evidenziano la capacità della Convenzione di preservare i diritti fondamentali dei lavoratori migranti.

Il primo è quello di *Rantsev c. Cipro e Russia*. La Corte ha ampliato la portata della Convenzione tramite il richiamo alle norme di diritto internazionale ed ai principi di *soft law*⁸¹: in tal modo ha potuto applicare la Convenzione “in armonia con le altre regole di diritto internazionale, nel cui quadro essa s'iscrive”⁸², il che ha in concreto agevolato la qualificazione del caso di specie, quello precisamente di una vittima di tratta che era morta in conseguenza del fallimento della procedura che avrebbe dovuto proteggerla dai pericoli del *business* derivante dal traffico di esseri umani; per l'effetto, la Corte ha unanimemente convenuto sul fatto che la tratta di persone, sebbene

⁷⁹ *Guja c. Moldavia*, cit., pt. 81-82.

⁸⁰ C. Eur. Dir. Uomo, 21 gennaio 2015, *Matuz c. Ungheria*, ricorso n. 73571/10, pt. 38-39.

⁸¹ Per una critica dell'espansione dell'ambito di operatività dell'art. 4 CEDU, v. ALLAIN, *Rantsev v Cyprus and Russia: the European Court of Human Rights and Trafficking as Slavery*, in *HRLR*, 2010, p. 555.

⁸² C. Eur. Dir. Uomo, 7 gennaio 2010, *Rantsev c. Cipro e Russia*, ricorso n. 25965/04, pt. 274.

non espressamente menzionata, ricada nell'ambito di operatività dell'art. 4 CEDU.

In precedenza, la Corte aveva soltanto una volta affrontato le questioni attinenti al traffico di esseri umani nel prisma della Convenzione, vale a dire in *Siliadin c. Francia*⁸³. In questa circostanza, per di più, la Corte invocò le conclusioni dell'Assemblea parlamentare, che rappresentavano come “gli schiavi moderni sono prevalentemente donne e di solito lavorano presso abitazioni private, esordendo come lavoratori domestici immigrati...”⁸⁴, e ribadì che poiché “la Convenzione non ha definito i termini ‘servitù’ o ‘lavoro forzato o obbligatorio’, ci si deve riferire alle pertinenti convenzioni internazionali in materia per determinare il significato di questi concetti (...)”⁸⁵.

Una pronuncia che ha similmente riconosciuto i diritti dei lavoratori migranti coinvolgendo i principi di *soft law* è stata *Chowdhury et a. c. Grecia*. L'uccisione di lavoratori immigrati che scioperavano per ricevere i salari arretrati in un'azienda produttrice di fragole e la conseguente assoluzione degli imputati avanti ai tribunali greci hanno integrato una scandalosa, inaccettabile mancanza di tutela dei lavoratori migranti e, più precisamente, la Corte ha individuato obblighi a norma dell'art. 4 della Convenzione, che includevano misure preventive e protettive: “Gli Stati devono, in primo luogo, assumere la responsabilità di apprestare un impianto legislativo ed amministrativo tale da assicurare una concreta ed efficace protezione dei diritti delle vittime di tratta di essere umani. In secondo luogo, la disciplina nazionale in materia d'immigrazione deve fronteggiare i problemi dell'istigazione, del favoreggiamento ovvero della tolleranza nei riguardi del traffico di esseri umani... in talune circostanze, lo Stato dovrà adempiere l'obbligo di adottare provvedimenti operativi per salvaguardare le vittime – attuali o potenziali – di trattamenti contrari all'art. 4”⁸⁶.

In *J. et a. c. Austria*, la Corte ha applicato criteri ermeneutici maggiormente restrittivi e dedotto che il Governo austriaco non aveva alcun obbligo di indagare sul reclutamento dei ricorrenti e sul presunto sfruttamento verificatosi fuori del territorio austriaco⁸⁷. La Corte ha considerato favorevol-

⁸³ C. Eur. Dir. Uomo, 26 luglio 2005, *Siliadin c. Francia*, ricorso n. 73316/01.

⁸⁴ *Siliadin c. Francia*, cit., pt. 88.

⁸⁵ *Siliadin c. Francia*, cit., pt. 91.

⁸⁶ C. Eur. Dir. Uomo, 30 marzo 2017, *Chowdhury et a. c. Grecia*, ricorso n. 21884/15, pt. 87-88.

⁸⁷ C. Eur. Dir. Uomo, 17 gennaio 2017, *J. et a. c. Austria*, ricorso n. 58216/12, pt. 114. Nel giungere a questa conclusione la Corte ha citato il Protocollo di Palermo e la Convenzione

mente l'iniziativa delle autorità interne, ossia disporre colloqui con poliziotti specializzati e regolarizzare la permanenza degli istanti in Austria⁸⁸, affermando che “per le finalità dell’art. 4 CEDU, è di primaria importanza che le richieste dei ricorrenti, nella loro totalità, siano state tenute in debito conto e che l’assetto normativo vigente abbia trovato applicazione (...)”⁸⁹.

8. I diritti di associazione sindacale

La terza area che esemplifica l’inclusione dei diritti del lavoro nella Convenzione è quella della tutela collettiva dei lavoratori.

La dimensione collettiva poggia saldamente sull’art. 11 CEDU, che enuncia il diritto alla libera associazione. Secondo *Demir e Baykara*, esso comprende il diritto di costituire ed aderire ad un’associazione sindacale (v., quale recente caposaldo, *Tüm Haber Sen and Çınar...*), il divieto di *closed-shop agreements* (si v., ad esempio, *Sørensen e Rasmussen...*) ed il diritto del sindacato di tentare di persuadere il datore di lavoro ad ascoltare ciò che ha da dire per conto dei suoi componenti (*Wilson, National Union of Journalists ed altri...*)⁹⁰; peraltro, l’elenco non tassativo include il diritto di non affiliarsi ad un sindacato⁹¹, ed il diritto delle organizzazioni sindacali di “elaborare proprie regole e di amministrare i propri affari”⁹².

La dimensione collettiva dei diritti dei lavoratori è sottoposta ad uno scrutinio particolarmente severo ad opera delle corti interne ed internazio-

sulla lotta contro la tratta di esseri umani, i quali limitano la giurisdizione “ad ogni reato di tratta commesso nel proprio territorio o da un cittadino o contro un cittadino (...)”.

⁸⁸ *J. et a c. Austria*, cit., pt. 110.

⁸⁹ *J. et a c. Austria*, cit., pt. 111.

⁹⁰ C. Eur. Dir. Uomo, 12 novembre 2008, *Demir e Baykara c. Turchia*, ricorso n. 34503/97, pt. 145; v., anche, C. Eur. Dir. Uomo, 21 aprile 2009, *Enerji Yapi-Yol Sen c. Turchia*, ricorso n. 68959/01, pt. 24, 31-32.

⁹¹ C. Eur. Dir. Uomo, 11 gennaio 2006, *Sorensen e Rasmussen c. Danimarca*, ricorsi nn. 52562/99 e 52620/99, pt. 73; *contra* C. Eur. Dir. Uomo, 2 settembre 1998, *Ahmed et a. c. Regno Unito*, ricorso n. 22954/93, pt. 53 e 63, ove la restrizione a norma dell’art. 11 della Convenzione è stata ritenuta opportuna per garantire la neutralità politica degli alti funzionari di governo locali. Dunque, un divieto assoluto di associazione sindacale non è ammissibile ai sensi dell’art. 11, ma limitazioni possono essere previste, in particolare, per il mantenimento dell’imparzialità politica.

⁹² C. Eur. Dir. Uomo, 27 febbraio 2007, *Associated Society of Locomotive Engineers and Firemen c. Regno Unito*, ricorso n. 11002/05, pt. 38.

nali: ciò è in parte dovuto alla circostanza che le associazioni sindacali hanno l'attitudine ad esercitare una considerevole pressione sui datori di lavoro, imponendo il cambiamento; in alcune occasioni la Corte ha manifestato la propensione ad accettare la violazione del diritto, in virtù delle giustificazioni mosse dalle autorità nazionali, finendo per rendere il campo di applicazione dell'art. 11 un contenitore pieno di cose tra loro diverse.

La giurisprudenza della Corte presenta elementi sia progressivi sia regressivi, un fenomeno che O'Connell ha definito "movimento a dondolo"⁹³. Quest'andamento ha recato incertezza in ordine al metodo seguito dalla Corte; ciò che è emerso, comunque, è che l'art. 11 non soltanto si applica alle persone o alle associazioni portatrici di vedute generalmente accettate, ma deve altresì, analogamente a quanto richiesto dall'art. 10, fornire protezione alle persone o alle associazioni le cui opinioni indignino, sgomentino o perturbino⁹⁴.

Del pari, gli Stati devono assicurare che il sistema giudiziario interno possa garantire una concreta ed efficace tutela contro la discriminazione fondata sull'appartenenza ad un'organizzazione sindacale⁹⁵.

A titolo esemplificativo, in *Danilenkov et a. c. Russia*, membri dell'Unione russa dei lavoratori portuali, dipendenti da una società privata, avevano effettuato uno sciopero infruttuoso e conseguentemente erano stati licenziati in forza di una ristrutturazione aziendale. Dato che i ricorrenti non avevano potuto avviare un'indagine tramite le autorità giudiziarie nazionali, la Corte ha rimarcato l'importanza di espungere qualsivoglia discriminazione basata sull'affiliazione sindacale e la facoltà di promuovere un'azione legale⁹⁶.

Prima di citare i casi che hanno dimostrato un aumento della pressione sui diritti collettivi dei sindacati, vorrei segnalare talune pronunce storiche, che hanno rivoluzionato il campo dei diritti dei lavoratori ed agevolato l'autotemancipazione della parte debole del rapporto di lavoro subordinato.

Un esempio basilare di approccio progressista è rappresentato dalla causa *Demir e Baykara c. Turchia*. Il presidente ed un associato del sindacato *Tüm Bel Sen* avevano invano protestato avverso il mancato rispetto di un contratto

⁹³ O'CONNELL, *Judges of the world united? Collective aspects of the right to work in regional human rights systems*, in BUCKLEY (a cura di), *Towards Convergence in International Human Rights Law*, Brill, 2016, p. 223.

⁹⁴ C. Eur. Dir. Uomo, 6 novembre 2012, *Redfearn c. Regno Unito*, ricorso n. 47335/06, pt. 56; C. Eur. Dir. Uomo, 9 luglio 2013, *Vona c. Ungheria*, ricorso n. 35943/10, pt. 57.

⁹⁵ C. Eur. Dir. Uomo, 30 luglio 2009, *Danilenkov et a. c. Russia*, ricorso n. 67336/01, pt. 124 e 136.

⁹⁶ *Danilenkov et a. c. Russia*, cit., pt. 130.

collettivo biennale da parte del datore di lavoro poiché l'organizzazione sindacale “non era competente a stipulare contratti collettivi secondo la legge vigente”⁹⁷; in difetto di un coerente ed unitario indirizzo degli Stati membri europei, la Corte “può e deve tener conto di elementi ricavabili da norme internazionali pattizie diverse da quelle della Convenzione, dell'interpretazione di tali elementi ad opera degli organi competenti e della prassi degli Stati europei che rispecchia i loro valori comuni. Il consenso che affiora da appositi strumenti internazionali e dalla prassi delle Alte Parti contraenti può costituire un referente rilevante per la Corte allorché interpreta le previsioni della Convenzione in specifiche ipotesi”⁹⁸.

La Corte ha configurato come violazione dell'art. 11 “l'ingerenza nel diritto dei ricorrenti, in qualità di impiegati municipali, di costituire un sindacato (...)” e “l'annullamento *ex tunc* del contratto collettivo sottoscritto dall'associazione sindacale del ricorrente in seguito alla negoziazione collettiva con l'Autorità”⁹⁹.

Demir e Baykara ha avuto un impatto decisivo su una serie di controversie, le quali possono testimoniare che un orientamento rispettoso dei diritti sociali ed attento al diritto internazionale e comparato può essere effettivamente adoperato per far evolvere la giurisprudenza della Corte¹⁰⁰. In sostanza “la Corte ha aperto la porta ad una dimensione maggiormente sociale, che ribalta la sua precedente (alquanto restrittiva) giurisprudenza”¹⁰¹; quest'ampia portata sviluppata dalla attività interpretativa del giudice di Strasburgo sui diritti sindacali produce effetti tanto orizzontali quanto verticali, “con significative conseguenze per le corti nazionali nei casi riguardanti i limiti al diritto di sciopero dettati dal principio di proporzionalità”¹⁰².

⁹⁷ *Demir e Baykara c. Turchia*, cit., pt. 19.

⁹⁸ *Demir e Baykara c. Turchia*, cit., pt. 85.

⁹⁹ *Demir e Baykara c. Turchia*, cit., pt. 169 e 183.

¹⁰⁰ V., *ex plurimis*, C. Eur. Dir. Uomo, 14 maggio 2013, *N.K.M. c. Ungheria*, ricorso n. 66529/11, pt. 20 e 21; C. Eur. Dir. Uomo, 25 giugno 2013, *Gáll c. Ungheria*, ricorso n. 49570/11, pt. 20, e C. Eur. Dir. Uomo, 2 luglio 2013, *R.SZ c. Ungheria*, ricorso n. 41838/11, pt. 19.

¹⁰¹ DORSEMONT, LOERCHER, SCHÖMANN, *The European Convention on Human Rights and the Employment relation*, Bloomsbury Publishing, 2013, p. 418.

¹⁰² LOPEZ, *Collective Bargaining and Collective Action: Labour Agency*, Bloomsbury Publishing, 2019, p. 47. Per ulteriori commenti sull'impatto della sentenza *Demir e Baykara*, v. EWING, HENDY, *The Dramatic Implications of Demir and Baykara*, in *ILJ*, 2010, p. 41, i quali affermano che “si tratta di una decisione in cui i diritti sociali ed economici sono stati definitivamente combinati con i diritti civili e politici, all'esito di un procedimento che teoricamente non è null'altro

In linea con quest'interpretazione estensiva dei diritti sindacali alla stregua dei diritti della Convenzione, e riconoscendo l'importanza capitale dei diritti collettivi del lavoro, la Corte ha ravvisato una violazione dell'art. 11 CEDU in *Hrvatski Liječnicki Sindikat c. Croazia*, ove è stato dichiarato che “quando non ricorrono circostanze eccezionali, la Corte trova difficile accettare che la salvaguardia del principio di parità nella contrattazione collettiva sia un obiettivo (...) idoneo a giustificare il fatto di privare un sindacato, per 3 anni ed 8 mesi, del più influente strumento di tutela degli interessi occupazionali dei suoi membri”¹⁰³.

A dispetto di questi spunti sulle tendenze progressive della Corte in tema di diritti sociali, la stessa ha simultaneamente manifestato derive regresive, le quali di fatto hanno neutralizzato alcune delle conquiste della summenzionata giurisprudenza. Un esempio calzante è *National Union of Rail, Maritime and Transport Workers c. Regno Unito*, inerente al divieto di azioni secondarie¹⁰⁴ che il Regno Unito ha imposto per oltre due decenni e che aveva suscitato reazioni critiche della Commissione di esperti dell'OIL e del Comitato europeo dei diritti sociali (ECSR)¹⁰⁵.

La Corte ha preso in considerazione il diritto comparato e rilevato che “l'azione secondaria è soggetta a diversificate restrizioni e condizioni, nella maggior parte degli Stati membri dell'Unione europea”¹⁰⁶. Nell'esaminare il caso, la Corte ha altresì dato contezza dell'esistenza di norme di diritto internazionale pertinenti e delle interpretazioni operate dagli organismi di volta in volta competenti: le sue conclusioni, tuttavia, hanno evidenziato un'eccessiva dipendenza dal margine di discrezionalità delle autorità interne, malgrado la consapevolezza che l'interdizione assoluta di lotte sindacali secondarie ad opera del Regno Unito riflettesse la forma più restrittiva di regolazione nazionale¹⁰⁷.

La Corte ha registrato il forte affidamento del ricorrente sulle condizioni rigidamente individuate in *Demir e Baykara* ai fini della limitazione della libertà

che la socializzazione dei diritti civili e politici”; e BARROW, *Demir and Baykara v. Turkey: Breathing Life into Article 11*, in *EHRLR*, 2010, p. 419.

¹⁰³ C. Eur. Dir. Uomo, 27 novembre 2014, *Hrvatski Liječnicki Sindikat c. Croazia*, ricorso n. 36701/09, pt. 59.

¹⁰⁴ V. sciopero di solidarietà, n.d.T.

¹⁰⁵ C. Eur. Dir. Uomo, 8 aprile 2014, *National Union of Rail, Maritime and Transport Workers c. Regno Unito*, ricorso n. 31045/2010, pt. 31-37.

¹⁰⁶ *National Union of Rail, Maritime and Transport Workers c. Regno Unito*, cit., pt. 38.

¹⁰⁷ *National Union of Rail, Maritime and Transport Workers c. Regno Unito*, cit., pt. 91.

di associazione sindacale, ma ha preso le distanze da questa linea di pensiero avvertendo che *Demir e Baykara* si riferiva ad una più profonda lesione della libertà di associazione, attinente allo scioglimento del sindacato¹⁰⁸.

La Corte ha puntualizzato che “se non è un aspetto essenziale, bensì secondario o accessorio, dell’attività sindacale ad essere colpito, la discrezionalità è più estesa ed è più probabile che l’interferenza, per sua natura, sia proporzionata rispetto alle sue conseguenze per l’esercizio della libertà sindacale”¹⁰⁹. La penetrante interferenza ed il portato del divieto sugli scioperi secondari, che in concreto hanno dimidiato la capacità del sindacato di tutelare gli interessi dei suoi membri, sono stati trascurati; peraltro, la Corte ha preso le distanze dai rilievi degli organi internazionali investiti dell’interpretazione dei rispettivi documenti¹¹⁰.

Queste risultanze contrastano con l’orientamento precedentemente espresso, che aveva preso atto della circostanza che in una società democratica lo strumento più efficace per convincere il datore di lavoro ad ascoltare le istanze dei lavoratori è indubbiamente lo sciopero. L’esito del procedimento in parola integra davvero una sconfitta per i diritti dei sindacati e rafforza esclusivamente la parte già forte al tavolo negoziale – i datori di lavoro, che beneficeranno della vasta discrezionalità assestatasi nel settore della politica economica e sociale; l’effetto di quest’indirizzo regressivo sarà attestato nella mia ultima trattazione, relativa alle misure di *austerity*.

9. Misure di *austerity* e diritti dei lavoratori

Negli ultimi anni si è assistito ad un incremento dei ricorsi aventi ad oggetto gli effetti delle misure di *austerity* invocate dai Governi attraverso programmi di adeguamento strutturale, comprensivi di un aumento della pressione fiscale e di riduzioni della spesa per il welfare. Le misure di *austerity* hanno notevolmente macchiato l’encomiabile immagine della Corte come “roccaforte della protezione dei diritti socioeconomici”¹¹¹: le misure in causa non solo tendenzialmente depotenziano la tutela dei diritti sotto l’egida della

¹⁰⁸ *National Union of Rail, Maritime and Transport Workers c. Regno Unito*, cit., pt. 86.

¹⁰⁹ *National Union of Rail, Maritime and Transport Workers c. Regno Unito*, cit., pt. 87.

¹¹⁰ *National Union of Rail, Maritime and Transport Workers c. Regno Unito*, cit., pt. 98.

¹¹¹ BARAGGIA, GENNUSA, *Social Rights Protection in Europe in Times of Crisis? A Tale of Two Cities*, in *VJICL*, 2017, p. 479.

Convenzione, ma possono anche intaccare e conseguentemente peggiorare la qualità della protezione dei componenti più deboli della società¹¹².

La Corte ha tentato di demarcare confini che indicassero che certi diritti non possono essere ignorati, indipendentemente dalla sussistenza di difficoltà economiche dovute ad una crisi finanziaria interna o financo globale¹¹³; ciononostante alcune tra le più recenti pronunce non dipingono un ritratto particolarmente fulgido dell'intendimento d'incorporare le valutazioni sui diritti sociali all'interno della Convenzione. Desidero porre in risalto questo punto perché, specialmente in tempi di crisi, è indispensabile che il giudice di Strasburgo sia consapevole del suo ruolo nella difesa dei diritti della Convenzione, inclusa la dimensione sociale di questa, oramai consolidata.

L'esperto indipendente delle Nazioni Unite in tema di ripercussioni del debito estero e di altre obbligazioni finanziarie internazionali degli Stati sul pieno godimento dei diritti umani, in particolare dei diritti economici, sociali e culturali, ha sottolineato l'indivisibilità dei diritti dell'uomo e segnalato quanto le misure di *austerità* non soltanto siano potenzialmente deleterie per la salvaguardia dei diritti economici e sociali, ma soprattutto possano incidere sulla sostanza dei diritti civili e politici: "I tagli all'erogazione dei servizi pubblici (...) possono risolversi nell'impossibilità di garantire i diritti civili al giusto processo, alla vita familiare, alla non discriminazione, alla libertà dalla tortura e dai trattamenti crudeli, inumani e degradanti, o persino il diritto alla vita"¹¹⁴.

¹¹² V. LUSIANI, CHAPARRO, *Assessing Austerity: Monitoring the Human Rights Impacts of Fiscal Consolidation* in *Center for Economic and Social Rights* 2018, p. 20: "Il fine ultimo di qualsiasi misura fiscale – sia essa espansiva o restrittiva – dev'essere la realizzazione dei diritti umani".

¹¹³ V., *ex multis*, C. Eur. Dir. Uomo, 18 giugno 2013, *Nencheva et a. c. Bulgaria*, ricorso n. 48609/06, pt. 117, concernente la morte di 15 bambini in una comunità familiare, nel contesto di una crisi economica e la conseguenziale privazione di beni necessari per la sopravvivenza.

¹¹⁴ È stato peraltro osservato che è necessario che gli Stati siano "guidati dall'apparato di protezione dei diritti umani esistente (...) che annovera i principali trattati internazionali in materia di diritti dell'uomo nonché la loro interpretazione autorevole in commenti di carattere generale, dichiarazioni, lettere aperte, decisioni, osservazioni conclusive e raccomandazioni emananti dagli organismi preposti alla sorveglianza sull'esecuzione dei trattati". V. United Nations Human Rights Council, *Guiding principles on human rights impact assessment of economic reforms – Report of the Independent Expert on the effects of foreign debt and other related international financial obligations of States on the full enjoyment of human rights, particularly economic, social and cultural rights*, A/HRC/40/57, 19 dicembre 2018, Principio 5; v. anche lo Studio di fattibilità del Consiglio d'Europa sull'impatto della crisi economica e delle misure di austerità sui diritti umani in Europa, approvato dal Comitato direttivo per i diritti dell'uomo (*Steering Committee for Human Rights*, CDDH), l'11 dicembre 2015, par. 20.

Queste conclusioni sono coerenti con le controversie sottoposte al sindacato della Corte in conseguenza delle misure di *austerità*. Nella causa *Koufaki ed ADEDY c. Grecia*, riguardante l'indiscriminato taglio del 20% degli stipendi e delle pensioni dei dipendenti pubblici¹¹⁵, la Corte si è pronunciata in favore del Governo convenuto ed ha sostenuto che la Grecia aveva agito entro i limiti della discrezionalità attribuitale¹¹⁶, stabilendo che la decurtazione dello stipendio del primo ricorrente non costituiva una misura draconiana che avrebbe posto questi in una condizione inferiore ad un livello di sussistenza generalmente accettato¹¹⁷: constatando “la ricorrenza di una straordinaria crisi economica senza precedenti nella storia greca”¹¹⁸, la Corte ha riconosciuto la violazione dell'art. 1 del Protocollo n. 1, ma l'ha giustificata mediante la corretta ponderazione dell'interesse generale rispetto a quello dell'istante.

Pervou ha censurato la prospettiva della Corte sostenendo che “in qualità di tribunale dei diritti umani, la Corte europea dei diritti dell'uomo avrebbe dovuto adottare il campo di applicazione del diritto come proprio punto di partenza, e successivamente valutare l'ampiezza della violazione. Del resto, la compressione dei diritti umani dovrebbe essere l'eccezione, mentre la loro protezione è la regola nel sistema della CEDU”¹¹⁹.

È altresì improvevole che la Corte abbia ignorato quanto rilevato da altri organi internazionali. In precedenza il Comitato europeo dei diritti sociali aveva vagliato le misure di *austerità* apprestate dalla Grecia ed individuato la lesione dei diritti risultante dall'“effetto cumulativo delle misure restrittive e delle procedure delineate per predisporle”¹²⁰; la decisione in *Koufaki*, pertanto, è stata raggiunta ponendo l'accento sul margine di discrezionalità degli Stati nella regolamentazione interna ed in particolare il pregnante interesse pubblico: una simile enfasi sminuisce la pesante lesione del diritto di pro-

¹¹⁵ C. Eur. Dir. Uomo, 7 maggio 2013, *Koufaki ed ADEDY c. Grecia*, ricorsi nn. 57665/12 e 57657/12, pt. 20.

¹¹⁶ *Koufaki ed ADEDY c. Grecia*, cit., pt. 31.

¹¹⁷ C. Eur. Dir. Uomo, 12 ottobre 2004, *Kjartan Asmundsson c. Islanda*, ricorsi n. 60669/00, pt. 45. Decurtazioni delle pensioni potrebbero essere giustificate laddove rappresentassero una “ragionevole e proporzionata riduzione in confronto alla privazione totale dei diritti”.

¹¹⁸ *Kjartan Asmundsson c. Islanda*, ricorso n. 60669/00, cit., pt. 37.

¹¹⁹ PERVOU, *Human Rights in Times of Crisis: The Greek Cases before the ECtHR, or the Polarisation of a Democratic Society*, in *CJICL*, 2016, p. 119-120.

¹²⁰ V. Comitato europeo dei diritti sociali, decisione del 24 settembre 2012, *Pensioners' Union of the Agricultural Bank of Greece (ATE) c. Grecia*, ricorso n. 80/2012, pt. 78.

prietà garantito ad ogni persona fisica o giuridica dall'art. 1 del Protocollo n. 1, ed oltretutto svislisce la giurisprudenza internazionale *soft* che avrebbe potuto contribuire alla valutazione dell'impatto delle misure.

Loercher ha inoltre sottolineato l'omessa considerazione delle sentenze pronunciate dalle Corti costituzionali europee¹²¹.

L'impostazione della Corte in sostanza confligge con *Demir e Baykara* ed affievolisce la protezione approntata dalla Convenzione. Analogamente, il caso *Giavi c. Grecia*¹²² è paradigmatico di una tendenza regressiva dei giudici di Strasburgo circa la natura indissolubilmente interconnessa dei diritti civili, politici, economici e sociali.

In contrasto con la "carta bianca" concessa in *Koufaki*, la decisione *da Silva Carvalho Rico c. Portogallo* ha fornito un approccio maggiormente esigente con riguardo all'attuazione delle misure di *austerità*. La Corte, sebbene alla fine abbia dichiarato il ricorso irricevibile, ha accuratamente analizzato le conseguenze delle misure di *austerità* ed ha peraltro enucleato due importanti requisiti che erano stati soddisfatti dal Governo portoghese: in primo luogo, diversamente da *Koufaki*, le misure restrittive erano state previste in via transitoria; in secondo luogo, le misure di *austerità* non erano state attuate in modo omogeneo, il che avrebbe gravato in maniera sproporzionata sui cittadini meno abbienti.

Per di più la Corte costituzionale portoghese aveva recepito il concetto tedesco del "limite del possibile", noto in tedesco come *Vorbehalt des Möglichen*¹²³, il quale, a sua volta, corrobora il principio di proporzionalità¹²⁴: alla stregua di tale dottrina, i diritti economici, sociali e culturali sono realizzati "nei limiti del possibile", e dunque sulla base delle risorse economiche disponibili.

Il principio riposa sul postulato che lo Stato non è sempre rigorosamente soggetto al dovere di tutelare i diritti sociali, dal momento che questo

¹²¹ V. LOERCHER, *EGMR prüft drastische Sparmaßnahmen*, <https://www.hugo-sinzheimer-institut.de/hsi-newsletter/europaeisches-arbeitsrecht/2013/newsletter-022013.html> [Pubblicato il 20 novembre 2019].

¹²² C. Eur. Dir. Uomo, 3 ottobre 2013, *Giavi c. Grecia*, ricorso n. 25816/2009, pt. 43, relativa alla diminuzione delle integrazioni ed indennità salariali.

¹²³ V., ad esempio, BVerfGE 43, 291 (314f); 33, 303 (333): "Il limite del possibile va inteso rispetto a ciò che il singolo può ragionevolmente pretendere dalla società".

¹²⁴ C. Eur. Dir. Uomo, 1° settembre 2015, *Da Silva Carvalho Rico c. Portogallo*, ricorso n. 13341/14, pt. 21.

dovere è suscettibile di temperamenti in dipendenza dalle condizioni generali di benessere finanziario dello Stato medesimo; inoltre il principio circoscrive la compressione dei diritti sociali precisando che il nucleo di ciascun diritto sociale non può essere dismesso: ne discende che persino in tempi di crisi una protezione minima dei diritti sociali dev'essere garantita e che i principi di eguaglianza e dignità umana devono rimanere inalterati.

La Corte ha riconosciuto tutto ciò verificando che le restrizioni non comportassero “una privazione totale dei diritti produttiva della perdita dei mezzi di sussistenza”¹²⁵. In *da Silva Cavalho Rico* questo livello non è stato raggiunto e la Corte ha concluso che in un momento di grave crisi finanziaria, la quale affliggeva il Portogallo al tempo del ricorso, le previsioni che riducevano l'ammontare del trattamento pensionistico erano legittime in ragione di preminenti interessi pubblici¹²⁶.

La sfumata valutazione della proporzionalità delle misure di austerità operata dalla Corte è stata perfezionata in *N.K.M. c. Ungheria*¹²⁷. La ricorrente, un'impiegata statale a tempo indeterminato, aveva subito un prelievo fiscale del 98% sul suo trattamento di fine rapporto a causa di una novella legislativa entrata in vigore poco prima del suo licenziamento.

La Corte ha riconosciuto la “sostanziale privazione del reddito” sofferta dalla ricorrente, che costituiva “un onere eccessivo per l'istante”¹²⁸: conseguentemente ha stabilito che i lavoratori devono essere salvaguardati dal licenziamento e che pertanto lo Stato non gode di un'illimitata libertà d'azione quando si tratta di tassare la retribuzione spettante ai lavoratori per l'estinzione del rapporto di lavoro, anche in tempi di crisi; la Corte ha opportunamente asserito che “seri dubbi permangono sul fatto che le giustificazioni generali si applichino alla ricorrente, in quanto la stessa non avrebbe potuto esser ritenuta responsabile dei problemi fiscali ai quali lo Stato intendeva far fronte”¹²⁹.

Questa controversia, unitamente a quella *R.SZ c. Ungheria*¹³⁰, si distingue per il fatto che la Corte ha tenuto conto della dimensione sociale del diritto di proprietà e conferma che il diritto in questione è determinante nell'am-

¹²⁵ *Da Silva Cavalho Rico c. Portogallo*, cit., pt. 42.

¹²⁶ *Da Silva Cavalho Rico c. Portogallo*, cit., pt. 40.

¹²⁷ *N.K.M. c. Ungheria*, cit., pt. 40.

¹²⁸ *N.K.M. c. Ungheria*, cit., pt. 70 e 72.

¹²⁹ *N.K.M. c. Ungheria*, cit., pt. 59.

¹³⁰ *R.SZ. c. Ungheria*, ricorso n. 41838/II, cit., pt. 31-34.

bito della protezione dei diritti dei lavoratori, segnatamente nella malaugurata ipotesi di un licenziamento. Occupandosi delle misure di *austerity*, la Corte è andata abbastanza lontano nel tentativo di fare chiarezza sul procedimento ermeneutico seguito quando si tratta di violazioni dei diritti derivanti da crisi; è maggiormente probabile che la tassazione progressiva delle famiglie con redditi più elevati si conformi al principio di proporzionalità¹³¹, laddove misure socialmente “cieche”, che effettivamente colpiscono tutti i cittadini come se versassero nella medesima situazione finanziaria, non possono considerarsi rientranti nella discrezionalità statale.

10. *Conclusioni: orientamenti restrittivi nella giurisprudenza della Corte e possibile soluzione*

La tendenza regressiva nella giurisprudenza della Corte è rimarchevole, ma non inarrestabile. *Demir and Baykara c. Turchia*, *Konstantin Markin c. Russia* e *Barbulescu c. Romania* rappresentano tre pronunce storiche che hanno apportato significativi contributi alla dimensione sociale dei diritti dei lavoratori alla luce della Convenzione: dopo di esse la giurisprudenza della Corte non è stata lineare ed elementi regressivi si sono insinuati in numerose decisioni, principalmente nel campo dei diritti sindacali e delle misure di *austerity*.

In generale, può essere osservato che quando la Corte adotta un approccio equilibrato ed integrato ai fini dell'interpretazione di un diritto sancito dalla Convenzione e prende autenticamente in considerazione gli attuali rilievi degli organismi internazionali, oltre che gli indirizzi europei, affronta la sfida della difesa dei diritti della Convenzione – specialmente in tempi burrascosi alterati dalla precarietà sociale ed economica. Alexy ha acutamente affermato: “è proprio in tempi di crisi che financo una minima protezione costituzionale dei diritti sociali appare indefettibile”¹³².

¹³¹ C. Eur. Dir. Uomo, 8 ottobre 2013, *Mateus et a c. Portogallo*, ricorsi nn. 62235/12 e 57725/12, pt. 29; *Da Silva Cavalho Rico c. Portogallo*, ricorso n. 13341/14, cit.

¹³² ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford University Press, 2002, p. 344.

Key words

Corte europea dei diritti dell'uomo, libertà di associazione, lavoratori migranti.

European Court of Human Rights, freedom of association, migrant workers.

Silvia Borelli

Company Package e diritto del lavoro

Sommario: **1.** Il contesto. **2.** La direttiva digital tools. **3.** La direttiva sulle operazioni transfrontaliere.

1. *Il contesto*

Il c.d. *Company Package*, approvato dal Parlamento europeo e dal Consiglio alla fine della scorsa legislatura, comprende due direttive: la direttiva 2019/1151 che modifica la direttiva quadro sul diritto societario 2017/1132 per quanto riguarda l'impiego degli strumenti e processi digitali nel diritto societario (c.d. direttiva *digital tools*); e la direttiva 2019/2121 che modifica la stessa direttiva 2017/1132 per quanto riguarda le trasformazioni, le fusioni e le scissioni transfrontaliere.

L'intervento in questione si iscrive all'interno di un processo diretto a facilitare la creazione di società di capitali e la mobilità delle stesse all'interno dell'Unione europea che merita di essere brevemente ricordato.

Il fatto che la creazione di una società di capitali sia considerata, di per sé, un bene e debba pertanto essere facilitata, era stato già dimostrato dalle proposte di *Societas Privata Europaea*¹, di società a responsabilità limitata con un unico socio (*Societas Unius Personae*)², di carta servizi (c.d. *e-card*)³, tutte

¹ COM(2008)396.

² COM(2014)212. La proposta in questione obbligava gli Stati membri a introdurre una nuova forma societaria disciplinata da regole comuni dettate dalla direttiva, dotata di personalità giuridica (art. 7.1) e con capitale sociale minimo di € 1 (art. 16.1), lasciando agli Stati la scelta della regola per la registrazione (art. 14.1) (CONAC, *The Societas Unius Personae (SUP) A "Passport" for Job Creation and Growth*, in *European Company and Financial Law Journal*, 2015, p. 139).

³ COM(2016)824. La proposta intendeva introdurre la possibilità, per lo Stato di stabili-

naufragate grazie alla tenace resistenza di una parte del Parlamento europeo e dei sindacati.

La circolazione delle società è stata poi favorita dal *disruptive caselaw* della Corte di giustizia sulla libertà di stabilimento.

Nel noto caso *Centros*⁴, i giudici di Lussemburgo hanno ritenuto illegittimo (*rectius*, incompatibile con gli art. 49 e ss. T.fue) il rifiuto delle autorità danesi di registrare una succursale di una società a responsabilità limitata registrata nel Regno unito, al fine di eludere le norme danesi sull'ammontare minimo del capitale sociale. A parere della Corte di giustizia, in assenza di regole comuni, ciascuno Stato può definire le condizioni per la registrazione di una società. Il diritto dell'Unione europea non impone cioè agli Stati membri di registrare solo le società che svolgono una reale attività economica nel loro territorio (c.d. *real seat theory*). Una volta registrata, una società ha il diritto di svolgere la propria attività in un altro Stato membro, mediante un'agenzia, una succursale o una filiale.

In *Polbud*⁵, la Corte ha poi affermato che la libertà di stabilimento include anche la possibilità per una società registrata in uno Stato membro, di trasferire la propria sede in un altro Stato membro, senza ivi spostare la propria attività economica, qualora la legislazione del paese di destinazione lo consenta (i.e. adotti l'*incorporation theory*)⁶. Come è stato osservato, nel caso *Polbud* non si può nemmeno parlare di un ostacolo alla libertà di scegliere il luogo di svolgimento della propria attività economica, dato che tale attività continua a essere svolta nello Stato d'origine⁷.

mento, di rilasciare all'impresa una carta vincolante per gli altri Stati membri, i quali non avrebbero potuto contestare né la validità dei documenti sulla base dei quali la carta era stata emessa né la veridicità delle informazioni ivi contenute, né avrebbero potuto applicare ai relativi titolari alcun vincolo per l'accesso o l'esercizio di un'attività economica.

⁴ C. Giust. 9 marzo 1999, C-212/97.

⁵ C. Giust. 25 ottobre 2017, C-106/16.

⁶ Se *Centros* ha permesso di creare *letterbox companies*, *Polbud* consente di trasformare in *letterbox* una società esistente (SZYDLO, *Cross-border conversion of companies under freedom of establishment: Polbud and beyond*, in *CMLR*, 2018, p. 1569).

⁷ MUCHA, OPLUSTIL (*Redefining the Freedom of Establishment under EU Law as the Freedom to Choose the Applicable Company Law: A Discussion after the Judgement of the Court of Justice (Grand Chamber) of 25 October 2017 in Case C-106/16, Polbud*, in *European Company and Financial Law Journal*, 2018, p. 296), i quali osservano che, in *Polbud*, creditori e stakeholders (quali i lavoratori) avevano fatto affidamento sul fatto che la società avesse sede in Polonia, dove svolgeva la propria attività. Il trasferimento della sede societaria privava dunque tali soggetti delle garanzie su cui avevano fatto affidamento. Diversamente, in *Centros*, l'impresa iniziava a svolgere la propria attività economica in Danimarca quale società britannica.

Legittimare la teoria dell'*incorporation* significa garantire a ciascuna società la possibilità di scegliere la legge applicabile (anche in materia lavoristica) mediante l'esercizio del diritto di stabilimento⁸ e comunitarizzare (i.e. applicare il divieto di ostacoli alla libertà di circolazione) anche a situazioni che, di fatto, sono puramente interne (nel caso *Centros* l'intera attività economica veniva svolta in Danimarca). Mediante l'esercizio della libera prestazione di servizi, il regime giuridico scelto dall'impresa può poi essere esportato in tutti gli altri Stati membri⁹.

La possibilità di scegliere la legislazione applicabile mediante l'esercizio della libertà di stabilimento, intesa quale libertà di scegliere il luogo in cui registrare la propria società, genera una *regime competition* tra gli Stati membri i quali sono spinti ad 'alleggerire' gli oneri a carico delle imprese, per attrarle sul proprio territorio. Non a caso, da *Centros* in poi, quasi tutti gli Stati membri hanno rivisto le regole per la costituzione di una società, facilitandone la creazione e la registrazione (ad esempio, diminuendo l'ammontare minimo del capitale sociale, introducendo forme societarie semplificate, prevedendo procedure online per la rapida registrazione, o optando per l'*incorporation theory*)¹⁰.

In questo contesto sono state approvate le due direttive del *Company Package*, l'una diretta a facilitare la registrazione di società di capitali, l'altra diretta a creare un quadro giuridico comune per le operazioni transfrontaliere. Entrambe presentano molteplici motivi di interesse (e di preoccupa-

⁸ MUCHA, OPLUSTIL, *op.cit.*, p. 292. Diversa (opposta) l'interpretazione sostenuta dall'Avvocata generale nel caso *Polbud*, secondo cui la libertà di stabilimento dovrebbe accordare agli operatori economici dell'Unione "la libertà di scegliere il luogo in cui svolgere la propria attività economica", ma non concedere "la scelta del diritto ad essi applicabile" (4 maggio 2017, C-106/16, § 38).

⁹ In ambito lavoristico la materia è disciplinata dalle direttive sul distacco (96/71 e 2014/67) e dai regolamenti sul coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale (883/2004 e 987/2009).

¹⁰ CONAC, *op.cit.*, p. 149; GARCIMARTIN, *The law applicable to companies in the European Union: A proposal by the European Group for Private International Law*, in *SSRN Electronic Journal*, 22 ottobre 2016, p. 4; Kurcz, Paizis, *Company Law, Connecting Factors and Digital Age – A New Outlook*, in *European Company and Financial Law Review*, 2019, fasc. 4, p. 445; Mucha, *The Spectre of Letterbox Companies: An Empirical Analysis of the Bankruptcy Ratio of Private Limited Companies Operating in Germany in Years 2004-2017*, in *European Company Law Journal*, 2019, II, p. 59; Sørensen, *The fight against letterbox companies in the Internal Market*, in *CMLR*, 2015, p. 96; Szydło, *Cross-border conversion of companies under freedom of establishment: Polbud and beyond*, in *CMLR*, 2018, p. 1569. Occorre per altro ricordare che anche negli Stati che adottano la *real seat theory*, al momento della registrazione della società, non viene quasi mai praticato un controllo sull'esercizio di un'attività reale (CREMERS, *EC Company Law, Artificial Corporate Entities and Social Policy*, Bruxelles, 2019, p. 7).

zione) per la dottrina giuslavoristica, che si intendono sommariamente esaminare in questa breve nota.

2. La direttiva digital tools

La direttiva 2019/1151 obbliga gli Stati membri a garantire una procedura per la registrazione online di società di capitali o delle relative succursali (artt. 13 *octies* e 28 *bis*). Tale procedura deve concludersi entro 5 giorni, qualora la società sia costituita solo da persone fisiche secondo i modelli messi a disposizione dallo Stato¹¹, o entro 10 giorni negli altri casi (artt. 13 *octies* § 7 e 28 *bis* § 6)¹².

È evidente che la rapidità con cui deve essere registrata una società compromette l'accuratezza dei controlli che possono – ma non debbono – essere svolti dagli Stati membri. Ed è ovvio che, in un sistema che promuove la *regime competition*, la possibilità per gli Stati membri di svolgere controlli per prevenire comportamenti fraudolenti o altri abusi (v. i *consideranda* n. 16, 20, 23, 24 e 37) si rivela, nei fatti, una licenza a registrare società senza svolgere alcun controllo. Considerazioni analoghe possono essere fatte per la possibilità, per gli Stati membri, di richiedere la presenza fisica del richiedente ove ciò «sia giustificato da motivi di interesse pubblico per impedire l'usurpazione o l'alterazione di identità» (artt. 13 *ter* § 4 e 13 *octies* § 8). Come già ricordato, lo Stato di stabilimento ha interesse ad attrarre la società sul proprio territorio; pertanto, è indotto a limitare al minimo i controlli sulla stessa.

Emblematica sul punto è la procedura da seguire in caso di amministratori interdetti (art. 13 *decies*). Uno Stato può rifiutare la nomina ad amministratore di una società di una persona interdetta dalla funzione di amministratore in un altro Stato, e a tal fine può richiedere informazioni ad altri Stati. Tuttavia, la direttiva non impone allo Stato di stabilimento di richiedere informazioni ad altri Stati, né lo obbliga a riconoscere le interdizioni

¹¹ Al fine di facilitare la costituzione di società, gli Stati devono mettere a disposizione, sui portali o sui siti web per la registrazione, appositi modelli (art. 13 *nonies*).

¹² Attualmente il tempo necessario per la creazione di una società di capitali varia in maniera considerevole da Stato a Stato: in Germania occorrono uno o due giorni lavorativi, ma in casi urgenti una società può essere costituita in poche ore (OMLOR, *Digitalization and EU Company Law: Innovation and Tradition in Tandem*, in *European Company Law Journal*, 2019, I, p. 9); in Estonia una società può essere creata in 18 minuti (CONAC, *op. cit.*, p. 151).

in vigore in altri paesi (*considerando* n. 23). Viene cioè ribadito che ogni paese è libero di determinare “le procedure e i requisiti” per la registrazione di una società, principio affermato in *Centros* (v. *supra*) ed espressamente codificato dalla dir. 2019/1151 (art. 13 *quater* § 2).

Un aspetto particolarmente positivo della direttiva *digital tools* è l’obbligo, per gli Stati membri, di assegnare un identificativo (*European unique identifier* – EUID) a ogni società registrata (art. 16). La disposizione è diretta a promuovere la cooperazione transnazionale tra le autorità pubbliche: l’identificativo permette infatti di trovare con maggiore facilità le informazioni relative a una determinata società e di scambiarle mediante il sistema di interconnessione dei registri nazionali delle imprese, istituito in conformità dell’art. 22, dir. 2017/1132 (art. 16)¹³. Il legislatore europeo intende peraltro incrementare gli scambi di informazioni tra gli Stati, prevedendo, ad esempio, l’obbligo di comunicare la registrazione di una succursale o la chiusura della stessa allo Stato in cui è iscritta la sede della società (artt. 28 *bis* § 7 e 28 *quater*), e l’obbligo di informare quest’ultimo Stato circa le modifiche degli elementi caratterizzanti la succursale (art. 30 *bis*).

Va però sottolineato che l’interconnessione dei registri nazionali (*Business register interaction System-BRIS*) non ne consente ancora l’accesso transfrontaliero (c.d. *data sharing*); l’acquisizione delle informazioni dipende dunque dalla collaborazione tra gli Stati (c.d. *data exchange*), con tutti i problemi che questa incontra in un sistema basato sulla competizione tra gli Stati¹⁴. Si auspica pertanto che il c.d. principio “una tantum” (secondo cui le società non debbono trasmettere più volte le stesse informazioni alle autorità pubbliche)¹⁵ venga applicato solo quando sarà pienamente operativo, tra i registri nazionali, il *data sharing* (v. *considerando* n. 28).

La direttiva promuove altresì l’accessibilità alle informazioni contenute nei registri nazionali delle imprese. Si impone infatti di rendere pubblicamente accessibili le informazioni e i documenti ivi contenuti (art. 16 § 3), garantendo altresì la possibilità di estrarne copie (art. 16 *bis*). La direttiva prescrive inoltre che tali documenti e informazioni siano disponibili gratuitamente o a costi contenuti (art. 19).

¹³ L’EUID era già previsto dal punto 8 del reg. 2015/884 per la comunicazione fra registri delle imprese.

¹⁴ Sul punto sia consentito il rinvio a BORELLI, *La nuova direttiva sul distacco: ancora un passo in avanti verso il diritto comunitario del lavoro?*, in AVIO, BALANDI, BANO, BORELLI, BUOSO, CALAFÀ, RENGÀ, *I lavoratori e i cittadini. Dialogo sul diritto sociale*, il Mulino, 2020, pp. 87.

¹⁵ Il principio “una tantum” è richiamato anche dalla dir. 2019/2121 (*considerando* n. 43).

Alla Commissione viene poi concessa la facoltà di istituire punti di accesso supplementari ai registri nazionali delle imprese, per lo svolgimento delle funzioni amministrative e l'applicazione del diritto Ue da parte della stessa o di altre agenzie dell'Unione (*considerando* n. 31). La disposizione è particolarmente rilevante a fronte della recente creazione dell'Autorità europea del lavoro che dovrà occuparsi anche di ispezioni concertate e congiunte sui distacchi e, in generale, sulla mobilità transnazionale¹⁶.

Va infine ricordato che la direttiva *digital tools* conferisce alla Commissione il potere di adottare atti delegati per un periodo di tempo indeterminato (art. 163). Si tratta di una prassi che si sta progressivamente diffondendo e che rischia di compromettere ulteriormente la democraticità del processo decisionale all'interno dell'Unione.

3. *La direttiva sulle operazioni transfrontaliere*

La dir. 2019/2121 disciplina una procedura comune a tutti gli Stati membri per le trasformazioni, le fusioni e le scissioni transfrontaliere¹⁷. Anche nel caso di specie vengono codificati principi già affermati dalla Corte di giustizia (v. *supra*). La direttiva si apre infatti ricordando che l'art. 49 Tfeue “comprende il diritto per una società costituita in conformità con la normativa di uno Stato membro di trasformarsi in una società disciplinata dal diritto di un altro Stato membro, purché siano soddisfatte le condizioni stabilite dalla normativa di tale altro Stato membro e, in particolare, il criterio posto da quest'ultimo Stato membro per collegare una società all'ordinamento giuridico nazionale” (*considerando* n. 2). Del pari, viene ribadito che “la definizione del criterio di collegamento che determina il diritto nazionale applicabile ad una società rientra [...] nella competenza di ciascuno Stato membro” e che “la sede sociale, l'amministrazione centrale e il centro di attività principale della società sono tutti criteri di collegamento che si trovano su un piano di parità” (*considerando* n. 3).

La direttiva in esame riconosce che le operazioni transfrontaliere pos-

¹⁶ Sul punto v. ALLAMPRESE, BORELLI, MORSA (a cura di), *L'Autorité européenne du travail*, Bruylant, 2020.

¹⁷ La direttiva non si applica alle società in liquidazione (artt. 86 *bis* § 3 e 160 *bis* § 4). Gli Stati membri potrebbero poi decidere di non applicare la direttiva alle società sottoposte a procedure di insolvenza o a misure di prevenzione della crisi (artt. 86 *bis* § 4 e 160 *bis* § 4).

sono pregiudicare i diritti di soci, creditori e dipendenti, e prevede perciò una serie di vincoli procedurali. In particolare, prima della trasformazione (art. 86 *sexies*), della fusione (art. 124) o della scissione (art. 160 *sexies*), la società deve redigere una relazione in cui si illustrano le implicazioni di tali operazioni per i dipendenti, anche delle imprese controllate, menzionando, ad esempio, i cambiamenti delle condizioni d'impiego e dell'ubicazione dei luoghi di attività della società, le informazioni sull'organo di amministrazione e sul personale, sulle attrezzature, sui locali e sui beni, le modifiche dell'organizzazione del lavoro, della retribuzione, e sul dialogo sociale a livello di società (*considerando* n. 13).

Le informazioni divulgate dalla società dovrebbero essere esaustive e consentire ai rappresentanti dei lavoratori di valutare le implicazioni dell'operazione transfrontaliera (*considerando* n. 15).

La procedura presenta tuttavia una serie di limiti. In primo luogo, le società non sono tenute a comunicare informazioni riservate la cui divulgazione potrebbe pregiudicare la loro posizione commerciale (*considerando* n. 15)¹⁸. In secondo luogo, la direttiva prevede che, in assenza di rappresentanti dei lavoratori, la relazione vada comunicata ai singoli lavoratori i quali ben difficilmente saranno in grado di comprenderne il contenuto e di elaborare una posizione comune (artt. 86 *sexies* § 6, 124 § 6 e 160 *sexies* § 6).

I rappresentanti dei lavoratori (o, in mancanza, i lavoratori) possono presentare all'assemblea generale osservazioni sul progetto di trasformazione (art. 86 *octies* § 1), fusione (art. 123 § 1) e scissione (art. 160 *octies* § 1), le quali però non sono in alcun modo vincolanti. La direttiva infatti si limita a prevedere che, prima dell'assemblea generale che delibera sull'operazione transfrontaliera, debba essere data ai lavoratori «una risposta motivata» (artt. 86 *duodecies* § 2, 126 *quarter* § 2, 160 *duodecies* § 2). Vero è che si continuano ad applicare le direttive 2002/14 sugli obblighi di informazione e consultazione, 2009/38 sui comitati aziendali europei e 2001/23 in materia di trasferimento d'impresa (artt. 86 *sexies* § 10, 124 § 10 e 160 *sexies* § 10); tuttavia, tali direttive lasciano agli Stati membri un'ampia discrezionalità nella scelta dei meccanismi di partecipazione dei lavoratori.

La previsione secondo cui la società che effettua l'operazione transfrontaliera deve fornire ai rappresentanti dei lavoratori le risorse necessarie per

¹⁸ Sul punto v. da ultimo MEYLEMANS, DE SPIEGELAERE, *EWC Confidential*, ETUI, 2020.

consentire loro di esercitare in modo adeguato l'analisi della relazione presentata dalla stessa, è poi finita tra i *consideranda* (v. *considerando* n. 29) e dunque non è vincolante (a differenza di quanto, ad esempio, previsto dell'art. 3 § 7 dir. 2001/86).

Altro limite della procedura preventiva è che la relazione dell'esperto indipendente sul progetto di trasformazione (art. 86 *septies*), fusione (art. 125) o scissione (art. 160 *septies*) è trasmessa solo ai soci, i quali non sono obbligati a metterla a disposizione dei rappresentanti dei lavoratori e possono anche decidere di fare a meno della relazione dell'esperto.

La direttiva prevede poi una serie di misure per salvaguardare i diritti di partecipazione dei lavoratori. Le disposizioni in questione intendono evitare (o limitare) il rischio che l'operazione transfrontaliera sia diretta a eludere i diritti di partecipazione dei lavoratori¹⁹. Tale rischio è generato dalla diversità dei meccanismi di partecipazione dei lavoratori nei vari paesi membri, e dunque dalla possibilità di utilizzare la libertà di stabilimento per sfuggire alle forme di partecipazione più stringenti²⁰.

La direttiva impone di applicare le disposizioni in materia di partecipazione dei lavoratori vigenti nello Stato in cui la società è stabilita una volta conclusa l'operazione transfrontaliera (artt. 86 *terdecies* § 1, 133 § 1, 160 *terdecies* § 1). Tale regola è tuttavia soggetta a correttivi.

Tali correttivi si applicano in tre ipotesi: se, nei sei mesi precedenti la pubblicazione del progetto di trasformazione, fusione o scissione, la società –

¹⁹ Il fenomeno è stato rilevato, ad esempio, in relazione alla creazione di una società europea, la quale è spesso finalizzata all'elusione della normativa tedesca in materia di codeterminazione. A parere della Hans Böckle Foundation, nel 2020, il 17% delle società tedesche con più di 2000 dipendenti ha eluso gli obblighi di codeterminazione spostando all'estero la sede sociale o costituendo una società europea. D'altro canto, l'80% dei casi di conversioni di società già esistenti in società europee ha riguardato la Germania (Institut für Mitbestimmung und Unternehmensführung (I.M.U.) der Hans-Böckler-Stiftung, *Mitbestimmung der Zukunft*, Mitbestimmungsreport n. 58, 04.2020).

²⁰ Entro il 1.2.2027, la Commissione è tenuta a pubblicare un rapporto sulla direttiva che comprende anche “una valutazione dell'attuazione delle disposizioni sull'informazione, consultazione e partecipazione dei lavoratori nel contesto delle operazioni transfrontaliere, inclusa una valutazione delle norme concernenti la quota di rappresentanti dei lavoratori nell'organo di amministrazione della società risultante dall'operazione transfrontaliera, come pure dell'efficacia delle garanzie riguardanti i negoziati sui diritti di partecipazione dei lavoratori tenendo conto della natura dinamica delle società che si sviluppano a livello transfrontaliero». In particolare, la Commissione deve esaminare «l'eventuale necessità di introdurre nel diritto dell'Unione un quadro armonizzato sulla rappresentanza dei lavoratori in seno agli organi di amministrazione” (art. 4 dir. 2019/2121).

o almeno una delle società che partecipano alla fusione – ha alle sue dipendenze un numero medio di lavoratori pari ai quattro quinti della soglia che il diritto dello Stato membro di partenza impone per attivare la partecipazione dei lavoratori all'organo di vigilanza o di amministrazione della società (art. 2, lett. k) dir. 2001/86); se la legislazione dello Stato membro di destinazione non prevede un livello di partecipazione dei lavoratori almeno identico a quello attuato nella società prima dell'operazione transfrontaliera, misurato con riferimento alla quota di rappresentanti dei lavoratori tra i membri dell'organo di amministrazione o dell'organo di vigilanza o dei rispettivi comitati o del gruppo dirigente competente per i centri di profitto della società; oppure se la legislazione dello Stato membro di destinazione non prevede, per i lavoratori di stabilimenti della società oggetto dell'operazione transfrontaliera situati in altri Stati membri, la possibilità di esercitare diritti di partecipazione identici a quelli di cui godono i lavoratori impiegati nello Stato membro di destinazione²¹ (artt. 86 *terdecies* § 2, 133 § 2, 160 *terdecies* § 2). In queste ipotesi, gli Stati membri devono rispettare la procedura prevista all'art. 12 § 2 e 4 reg. 2157/2001 e regolata da talune disposizioni della dir. 2001/86 per avviare una negoziazione sulle modalità di coinvolgimento dei rappresentanti dei lavoratori nella società europea. La direttiva integra tali regole, disponendo, ad esempio, che le norme sulla partecipazione dei lavoratori applicabili prima della trasformazione o scissione transfrontaliera «continuino ad applicarsi fino alla data di applicazione delle norme concordate successivamente o, in mancanza di queste, fino all'applicazione di disposizioni di riferimento» di cui all'allegato, parte terza, lett. a), della direttiva 2001/86 (artt. 86 *terdecies* § 4 e 160 *terdecies* § 4).

La società trasformata, fusa o scissa è poi tenuta «ad adottare provvedimenti per garantire la tutela dei diritti di partecipazione dei lavoratori in caso di operazioni di trasformazione, fusione o scissione, siano esse transfrontaliere o nazionali, effettuate nei quattro anni successivi alla data di efficacia» dell'operazione transfrontaliera, applicando i correttivi alla legge del paese di stabilimento previsti dalla dir. 2019/2121 (artt. 86 *terdecies* § 7, 133 § 7, 160 *terdecies* § 7).

Altra questione accennata dalla dir. 2019/2121 è quella della salvaguardia

²¹ Lo Stato che opti per l'estensione dei diritti di partecipazione ai lavoratori della società oggetto dell'operazione transfrontaliera impiegati in altri Stati membri, non è però obbligato a «tener conto di tali lavoratori al momento di calcolare l'ordine di grandezza delle soglie che fanno scattare i diritti di partecipazione in virtù della legislazione nazionale» (artt. 86 *terdecies* § 5, 133 § 5, 160 *terdecies* § 5).

dei diritti dei lavoratori e del mantenimento degli stessi standard di trattamento economico e normativo, a seguito dell'operazione transfrontaliera. La direttiva in esame si limita ad affermare che i diritti e gli obblighi della società derivanti dai rapporti di lavoro esistenti alla data in cui l'operazione transfrontaliera acquista efficacia vengono trasferiti in capo alla società trasformata, derivante dalla fusione o alle società beneficiarie della scissione (art. 86 *novodecies*, 131 § 4, 160 *novodecies*). La disposizione preserva dunque i diritti acquisiti dai lavoratori; non è invece richiesto il rispetto dei medesimi standard economici e normativi applicati prima dell'operazione transfrontaliera. Di certo, qualora questa operazione sia sussumibile all'interno dell'ipotesi di trasferimento d'impresa di cui alla dir. 2001/23, si applicheranno le disposizioni ivi previste.

Meritano altresì di essere ricordate le norme sulla tutela dei creditori, tra i quali figurano anche i dipendenti o gli ex dipendenti della società (*considerando* n. 24). La direttiva prevede la possibilità per i creditori che a causa dell'operazione transfrontaliera rischiano di non vedere soddisfatto il proprio credito, di rivolgersi alla competente autorità amministrativa o giudiziaria, per ottenere garanzie adeguate (artt. 86 *undecies* § 1, 126 *ter* § 1, 160 *undecies* § 1). I creditori possono inoltre agire in giudizio contro la società anche nello Stato membro di partenza, entro due anni dalla data in cui la trasformazione transfrontaliera ha acquistato efficacia (artt. 86 *undecies* § 4). In caso di scissione, si prevede invece la responsabilità solidale delle altre società beneficiarie, nei limiti del valore del patrimonio netto assegnato a ciascuna di esse (art. 160 *undecies* § 2).

La direttiva prevede infine una serie di disposizioni dirette a evitare che l'operazione transfrontaliera sia effettuata per scopi abusivi o fraudolenti. Lo Stato membro di partenza può designare un'autorità competente a controllare la legalità dell'operazione transfrontaliera e a rilasciare un certificato preliminare «attestante il soddisfacimento di tutte le condizioni applicabili e il regolare adempimento di tutte le procedure e formalità» previste in tale Stato (artt. 86 *quaterdecies* § 1, 127, 160 *quaterdecies*). L'autorità competente può rifiutare il rilascio del certificato preliminare quando non sono soddisfatte tutte le condizioni applicabili, non sono state espletate tutte le procedure e le formalità necessarie, o se l'operazione transfrontaliera è effettuata per scopi abusivi o fraudolenti (artt. 86 *quaterdecies* § 7 e 8, 127 § 7 e 8, 160 *quaterdecies* § 7 e 8).

Il problema è capire quando un'operazione persegue scopi abusivi o fraudolenti. La direttiva chiarisce che un'operazione transfrontaliera è abusiva o fraudolenta quando è diretta all'evasione o all'elusione del diritto del-

l'Unione o nazionale, ad esempio in materia lavoristica o previdenziale, ovvero persegue scopi criminali (artt. 86 *quaterdecies* § 8, 127 § 8, 160 *quaterdecies* § 8). Viene poi menzionata l'esigenza di "contrastare le società 'di comodo' o 'di copertura'" (*considerando* n. 35)²².

Occorre ricordare che, come dimostrano i casi *Centros* e *Polbud*, il diritto dell'Unione non vieta la creazione di società di comodo; tali società non possono però essere utilizzate per eludere l'applicazione di norme nazionali²³. Per chiarire quali regole non possono essere eluse dalle società di comodo, il diritto dell'Unione ha adottato un approccio settoriale, individuando gli ambiti in cui l'attività svolta da tali società non è garantita dal diritto dell'Unione²⁴. La dir. 2014/67 e il reg. 987/2009 precisano, ad esempio, che le regole in materia di distacco dei lavoratori non si applicano alle società di comodo.

La valutazione preventiva operata dall'autorità dello Stato di partenza dovrebbe tenere conto di tutti i fatti e le circostanze pertinenti quali, ad esempio, i luoghi abituali di lavoro dei dipendenti, il paese in cui sono dovuti i contributi previdenziali, il numero di dipendenti distaccati, il numero di dipendenti che lavorano in due o più Stati, i diritti di partecipazione dei lavoratori (*considerando* n. 36). L'autorità competente dello Stato di partenza dovrebbe anche verificare se la società è oggetto di un procedimento giudiziario in corso, per violazione della normativa lavorativa o sociale (*considerando* n. 39).

Nella valutazione circa il carattere abusivo o fraudolento di un'operazione potrebbero servire anche informazioni e documenti a disposizione di autorità di altri Stati. In tale ipotesi, la direttiva prevede, opportunamente, la

²² La Commissione europea ha definito le società di comodo come «società costituite al fine di trarre profitto da lacune normative, nella misura in cui non forniscono direttamente alcun servizio ai clienti ma fungono da interfaccia per servizi forniti dai loro proprietari» (COM(2013)122, nota 12). Sul punto v. CREMERS, *Letter-box companies and abuse of the posting rules: how the primacy of economic freedoms and weak enforcement give rise to social dumping*, ETUI, 2014; LOFFREDO, *Democrazia aziendale, imprese transnazionali e dumping sociale*, Editoriale Scientifica, 2018; MC GUARAN, *The impact of letterbox-type practices on labour rights and public revenue. Four case studies on the use of letterbox companies and conduit entities to avoid labour laws, social premiums and corporate taxes*, ETUC, 2016; VAN HOEK, HOUWERZIJL, *Comparative study on the legal aspects of the posting of workers in the framework of the provision of services in the European Union*, Bruxelles, 2011.

²³ C. Giust. 12 settembre 2006, C-196/04, *Cadbury Schweppes*, § 57.

²⁴ SØRENSEN, *op.cit.*, p. 97 e ss.; sui profili lavoristici v. BORELLI, *Appunti e idee per il contrasto delle letterbox companies*, in *Quaderni della Rivista giuridica del lavoro*, 2018, n. 3, p. 120.

possibilità di prorogare i termini della valutazione preventiva (artt. 86 *quaterdecies* § 11, 127 § 11, 160 *quaterdecies* § 11). Abbiamo tuttavia già ricordato le patologie di cui soffre la cooperazione tra Stati, in un contesto di *regime competition*.

Il controllo dello Stato di partenza è poi effettuato prima dell'operazione transfrontaliera, momento in cui potrebbero non aversi tutti gli elementi per valutarne gli effetti, e dunque il carattere abusivo o fraudolento²⁵. Lo Stato di partenza non può, ad esempio, vigilare sul rispetto delle regole in materia di partecipazione dei lavoratori che riguardano la società (o le società) risultante(i) dall'operazione transfrontaliera e sono pertanto oggetto di controllo da parte dello Stato di destinazione, il quale, come detto, ha tutto l'interesse ad accogliere la società sul proprio territorio, e di conseguenza opererà controlli blandi (artt. 86 *sexdecies* § 1, 160 *sexdecies* § 1).

Inoltre, le clausole antiabusive contenute nella dir. 2019/2121, limitando l'esercizio del generale principio di libertà di stabilimento, devono essere interpretate restrittivamente²⁶.

Occorre infine ricordare che anche la dir. 2019/2121 promuove, in diversi modi, lo scambio di informazioni tra gli Stati membri e la trasparenza delle informazioni contenute nei registri nazionali delle imprese (si v. ad esempio gli artt. 86 *octies*, 86 *septdecies*, 123, 130, 160 *octies*, 160 *septdecies*).

²⁵ SÁNCHEZ, *Cross-border conversions and ex-ante control of 'artificial arrangements': is this an adequate reaction to Polbud?*, in <https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2018/09/cross-borderconversions-and-ex-ante-control-artificial-arrangements>; EUROPEAN COMPANY LAW EXPERTS, *The Commission's 2018 Proposal on Cross-Border Mobility - An Assessment*, in *European Company and Financial Law Review*, 2019, p. 204.

²⁶ TEICHMANN, *op.cit.*, p. 14. Le clausole antiabusive sono state duramente criticate da parte della dottrina giuscommercialista in quanto introducono un elevato grado di incertezza, lasciano spazio alla discrezionalità delle autorità nazionali, gravandole peraltro di ulteriori oneri, e prolungano la procedura (SCHMIDT, *The Mobility Aspects of the EU Commission's Company Law Package: Or - 'The Good, the Bad and the Ugly'*, in *European Company Law Journal*, 2019, I, p. 15).

Key words

Libertà di stabilimento, Operazioni transfrontaliere, diritti dei lavoratori.

Freedom of establishment, Transnational operation, workers' rights.

Lorenzo Gaeta
Interposizione e subordinazione.
Una recensione un po' tardiva*

Sommario: 1. “I fratelli Caponi”. 2. L’effervescente 1979. 3. Bodoni *old style*. 4. La parte storica ci vuole sempre. 5. Alla ricerca dell’utilizzatore effettivo. 6. Contratto o rapporto: ritorno al futuro? 7. Quarant’anni dopo. 8. Lieto fine.

I. “*I fratelli Caponi*”

Sono legato a Oronzo Mazzotta da un’amicizia che travalica l’ambito della colleganza; essa deriva anche dall’affinità dei percorsi di vita e di lavoro: lui pugliese di Lecce, io lucano di Salerno (se mi si passa il sincretismo geografico), entrambi da qualche tempo in Toscana, peraltro in due città come Pisa e Siena che non hanno mai avuto motivo di suonarsela di santa ragione (evento più unico che raro nella regione dei campanili). Ormai lo considero il fratello maggiore che non ho, col rispetto e l’irriverenza che si devono a questa figura. Non a caso, quindi, abbiamo preso l’abitudine di definirci “i fratelli Caponi”, con un riferimento che può apprezzare solo chi, come noi, sia cultore del principe De Curtis¹.

Questo piccolo omaggio vuole ricordare un suo libro che ha molto influenzato la mia formazione lavoristica. Ma è una storia che va raccontata dall’inizio.

* Il saggio è destinato agli *Studi in onore di Oronzo Mazzotta*.

¹ Un aiutino per chi invece non lo sia (e non lo meriterebbe...): il riferimento è, evidentemente, a MASTROCINQUE, *Totò, Peppino e la... malafemmina*, Cineriz, 1956.

2. *L'effervescente 1979*

Alla fine degli anni Settanta ripartirono i concorsi per professore (stra)ordinario, allora sostanzialmente l'unico ruolo stabile in un'Università popolata per il resto da una miriade di "assistenti" variamente denominati, più o meno precari e più o meno in attesa di qualche provvidenziale *ope legis*. Il bando prevedeva che il concorso si chiudesse nel 1980 e assegnava al diritto del lavoro diciotto posti: una quantità considerevole, soprattutto se contestualizzata nella realtà del tempo, ma comunque destinata a far gola a un numero sicuramente superiore di giovani studiosi in lista d'attesa, soprattutto perché erano addirittura cinque anni che non si facevano concorsi a cattedra.

Ciò, naturalmente, provocò la prevedibile conseguenza di un incremento esponenziale del numero delle monografie edite nell'imminenza della prova, per superare la quale ne era allora ampiamente sufficiente una soltanto, anche in edizione provvisoria. Nella sua seguitissima rubrica sul *Giornale di diritto del lavoro*, Gino Giugni notò con la consueta ironia che questo dato poteva far pensare a una produzione determinata esclusivamente dallo stimolo (se non dall'urgenza) del concorso, e non dal "nobile proposito di svolgere ricerche e farne circolare i risultati"; anche se, tirando le somme, gli sembrava che il livello qualitativo fosse "buono, talvolta eccellente", di sicuro migliore della produzione addensatasi in occasione del concorso del 1975².

Fu in particolare il 1979 a dimostrarsi davvero effervescente, non solo in termini di quantità della produzione monografica, ma soprattutto in termini di qualità, consegnandoci opere che ancora oggi continuano a costituire punti di riferimento obbligato per lo studio di parti centrali della nostra disciplina³.

Un buon numero di questi libri del 1979 affrontò, ognuno a suo modo, il "tema dei temi" del diritto del lavoro, cioè quello della riflessione teorica sulla natura del rapporto e sulla definizione della fattispecie del lavoro subordinato.

² GIUGNI, *La dottrina giuslavoristica nel 1979*, in *DLRI*, 1980, p. 489.

³ Mi riferisco, citando un po' alla rinfusa – oltre che alle monografie sul rapporto di lavoro, di cui parlerò nel testo –, agli studi di D'Antona, Napoli e Hernandez sul licenziamento, di Ballestrero e Marisa De Cristofaro sul lavoro delle donne, di Ichino sulla riservatezza, di Angiello sulla parità di trattamento, di Galantino sulla formazione giurisprudenziale dei principi lavorativi, di Gianni Garofalo sulla condotta antisindacale. A tacere, ovviamente, delle "provvisorie" di monografie che sarebbero apparse poco dopo in edizione definitiva.

Il momento era propizio per riproporre analisi di questo tipo, che avevano subito una stasi ormai pluriennale. In primo luogo, la legislazione garantista culminata nello Statuto dei lavoratori aveva addensato intorno alla figura del lavoratore dipendente un “pacchetto” di tutele (da qualcuno giudicato troppo rigido e che la legislazione emergenziale stava progressivamente erodendo), agognato da tanti soggetti ai margini della “cittadella fortificata” nella quale queste tutele erano godute⁴. Era perciò fondamentale capire fin dove si estendesse quella controversa nozione, in presenza della quale le tutele venivano automaticamente riconosciute. Poi, sembrava che in quel finale di decennio stesse terminando il lavoro di scavo e di analisi minuta, che aveva impegnato i giuslavoristi nel seguire i mille rivoli di una produzione normativa emergenziale frammentata e complessa, che peraltro difficilmente avrebbe potuto offrire spunto per monografie eleganti, raffinate e sistematiche, quali quelle che ci si aspettava a un concorso per ordinario (lo stop parve decretarlo una *summa* che, sempre nel 1979, finì col dare il nome a quel non felicissimo periodo della nostra materia)⁵.

Iniziò proprio allora, quindi, quel filone di studi in tema di subordinazione e di ricostruzione teorica del rapporto di lavoro, che nel decennio successivo avrebbe visto riversarvi fiumi di parole, approfittando anche di un momento nel quale il “prototipo” del lavoro subordinato si stava letteralmente sgretolando sotto la spinta di diversi fattori, tra cui la previsione legislativa di nuove articolazioni della prestazione tradizionale, la diffusione di nuovi mestieri indotti soprattutto dall’enorme allargamento del settore terziario, la comparsa di modelli lavorativi “diffusi”, prodotti dall’innovazione tecnologica⁶.

Torniamo, comunque, ai libri del 1979 sulla subordinazione “e dintorni”, che furono sostanzialmente quattro. Erano piuttosto diversi tra loro, affrontando il tema da angolazioni abbastanza differenti: la ricerca di Francesco Santoni sulla “posizione soggettiva”⁷, originale reinterpretazione delle

⁴ Per un autentico “affresco” di tale momento, GIUGNI, *Il diritto del lavoro negli anni '80*, in *DLRI*, 1982, p. 373 ss.

⁵ DE LUCA TAMAJO, VENTURA (a cura di), *Il diritto del lavoro nell'emergenza*, Jovene, 1979.

⁶ Ne ho parlato più diffusamente, esaminando la produzione dell’autore che maggiormente animò il dibattito negli anni Ottanta: GAETA, *Marcello Pedrazzoli e gli studi sulla subordinazione*, in NOGLER, CORAZZA (a cura di), *Risistemare il diritto del lavoro. Liber amicorum Marcello Pedrazzoli*, FrancoAngeli, 2012, p. 186 ss.

⁷ SANTONI, *La posizione soggettiva del lavoratore dipendente*, Jovene, 1979.

teorie di Scognamiglio sulla subordinazione socio-economica, condotta con metodo classico e una non comune padronanza delle fonti tedesche; la limpida ricostruzione del lavoro “parasubordinato” di Giuseppe Santoro Passarelli⁸, imperniata sul concetto di contraente debole, come connotato di un *genus* più ampio della subordinazione in senso stretto e, quindi, legittimante un’opzione di politica del diritto volta al recupero di un’area posta ai suoi margini e pure meritevole di tutela; poi, altri due libri dedicati alle tematiche generali del decentramento produttivo: e qui il discorso si fa più personale.

3. Bodoi old style

Mi ero laureato nel 1978 con una tesi su *Decentramento produttivo e lavoro a domicilio*⁹, un tema piuttosto “di moda” all’epoca, quando nuovissime strategie imprenditoriali iniziavano a muoversi entro contesti di vecchissime prassi elusive agevolate da istituti giuridici ancor più risalenti nel tempo. Avendo, con qualche dose di incoscienza, deciso di “restare all’Università”, per l’approfondimento del tema non poteva capitarmi di meglio che quei due libri usciti subito dopo la mia laurea¹⁰. Già solo a guardarli da fuori, mi sembrarono molto diversi tra loro: il libro di Luigi Mariucci¹¹ aveva un formato agile e sfoggiava una modernissima copertina blu scuro con una innovativa grafica a caratteri grandi rossi e bianchi, mentre quello di Oronzo Mazzotta¹² era del tutto indistinguibile da un’opera di Betocchi o di Gian-turco, tanto era simile a una monografia di fine Ottocento; esso, poi, necessitava di uno strumento di certo sconosciuto alle nuove generazioni, cioè lo sfogliacarte, col quale occorreva tagliare pazientemente le cinquecento e passa pagine del libro, prima di poterle leggere; pagine, peraltro, che il passare del tempo ha trasformato oggi in friabili fogli di un affascinante giallo paglierino, sicuramente destinate ad autodistruggersi almeno entro il XXII secolo, e che

⁸ G. SANTORO-PASSARELLI, *Il lavoro parasubordinato*, FrancoAngeli, 1979.

⁹ Ho esposto questo ed altri passaggi della mia vita professionale (e non), con una buona dose di narcisismo, in GAETA, *Io, io, io... e il diritto del lavoro*, in SANTOS FERNÁNDEZ (a cura di), *Femminile e maschile nel lavoro e nel diritto. Una narrazione differente*, Ediesse, 2015, p. 77 ss.

¹⁰ Ad essi si sarebbe subito aggiunto ALLEVA, *Il campo di applicazione dello statuto dei lavoratori*, Giuffrè, 1980.

¹¹ MARIUCCI, *Il lavoro decentrato. Discipline legislative e contrattuali*, FrancoAngeli, 1979.

¹² MAZZOTTA, *Rapporti interpositori e contratto di lavoro*, Giuffrè, 1979.

decisamente sfigurano rispetto alla freschezza della seicentina che i colleghi di Facoltà mi regalarono quando terminai il mio mandato di Preside¹³. Solo dopo aver faticosamente guadagnato il privilegio di penetrare all'interno del libro, ci si accorgeva che il testo era composto con caratteri leziosamente antichi, un "Bodoni" che ci portava addirittura a fine Settecento (da allora sarebbe diventato una sorta di "marchio di fabbrica" dell'autore, che lo usa finanche nelle sue e-mail). Infine, anche un primo sguardo di sfuggita ai due libri, sfogliandoli velocemente e sbirciando gli indici, mi fece pensare che quello di Mariucci fosse in qualche modo più "moderno" e quello di Mazzotta più "old style"; in altri termini, Mariucci sembrava più "politico", Mazzotta più "tecnico", e non solo perché nel primo trovavo quel "certo linguaggio sinistrese"¹⁴ che faceva sorridere sarcasticamente Giugni, ma che allora era anche il mio (come dimostrai ampiamente nella recensione che scrissi subito per la *Giuridica*)¹⁵. Mi sbagliavo, naturalmente: entrambi i libri, diversi per impianto e metodo, si rivelarono modernissimi, e segnarono non poco i miei percorsi scientifici.

Ricordo molto bene il mio "esordio" lavoristico pubblico, il 21 aprile 1979 al congresso Aidlass¹⁶ celebrato in una Chianciano già piuttosto lontana dall'elegante stazione termale di 8½. Davanti ai miei occhi sgranati di neolaureato sfilavano tutti i nomi che fino a quel momento avevo visto solo stampati sui libri; e riuscii anche a farmi presentare alcuni degli "eroi" della mia tesi di laurea, come Marcello De Cristofaro, Guido Balandi e, appunto, Gigi Mariucci e Oronzo Mazzotta¹⁷: il primo faceva attività di promozione della sua monografia appena sfornata, il secondo, invece, la stava ultimando e – come mi ha raccontato tempo dopo – l'avrebbe portata a breve all'editore Giuffrè, del tutto ignaro del fatto che si stava impegnando a pubblicare un

¹³ Sicuramente per il sollievo provocato loro da questo evento. Mi riferisco a ZACCHIA, *Centuria decisionum ad materiam tractatus de salario et operariorum mercede*, Turrinum, 1664.

¹⁴ GIUGNI, *La dottrina giuslavoristica nel 1979*, cit., p. 493.

¹⁵ GAETA, *Recensione*, in *RGL*, 1980, I, p. 713 ss.

¹⁶ Gli atti, con la bella relazione di Mengoni, sono pubblicati in AA.VV., *Innovazioni nella disciplina giuridica del mercato del lavoro*, Giuffrè, 1980.

¹⁷ Dei quali avevo ampiamente utilizzato DE CRISTOFARO, *Il lavoro a domicilio*, Cedam, 1978; BALANDI, *La vecchia e la nuova legge sul lavoro a domicilio*, in *RGL*, 1975, I, p. 581 ss.; MARIUCCI, *I limiti legali del decentramento produttivo*, in *RTDPC*, 1976, p. 1496 ss.; MAZZOTTA, *Diritto alla salute e decentramenti produttivi*, in BUSNELLI, BRECCIA (a cura di), *Tutela della salute e diritto privato*, Giuffrè, 1978, p. 159 ss.; MAZZOTTA, *I decentramenti produttivi fra legge e contrattazione collettiva*, in *RGL*, 1978, I, p. 607 ss.

manoscritto contenuto a fatica in due capaci valigie. Il giovane che arrancava nell'afosa Milano dell'agosto 1979, aiutato dalla malcapitata Maria Rosaria a trascinare quel carico da emigrante, era un trentenne di belle speranze, assistente ordinario a Pisa con Giuseppe Pera, col quale si era laureato nel 1971 su un tema all'epoca assolutamente pionieristico, il rapporto di lavoro nelle società collegate: alla tesi una commissione cautamente avara di incensamenti aveva attribuito il "premio Barassi"¹⁸, alle sue prime edizioni.

4. *La parte storica ci vuole sempre*

Ora posso confessarlo: cominciai a leggere il libro di Mazzotta dall'ultimo capitolo, anche a costo – come si direbbe oggi – di "spoilerarlo", perché la parte dove ci si occupava delle possibili politiche legislative e contrattuali era quella che in quel momento mi interessava maggiormente, essendo – forse con giovanile ingenuità – molto più proiettato a studiare come poteva essere il futuro che non a riflettere su come era stato il passato. Premesso un quadro delle discipline legali di disincentivazione e di limitazione del decentramento produttivo¹⁹, Mazzotta proponeva tutta una serie di interventi, volti ad abbandonare la logica assistenzialistica praticata per lo più fino a quel momento e a valorizzare invece il comparto delle piccole e medie imprese²⁰: una ricetta che in quegli anni "di crisi" si ascoltava da diverse parti, ma che non avrebbe dato nel futuro tutti i frutti sperati.

Solo dopo qualche mese ripresi il libro che avevo un po' messo da parte e, preso il coraggio a due mani, mi immersi nello studio di quella prima parte così densa di ricostruzioni storiche e piena di paroloni in una lingua straniera a me allora del tutto ignota. E fu proprio quella prima parte a colpirmi, pur avendo io allora per la storia – nel mio periodo "pre-romagnoliano" – una semplice passione non ben definita, che solo episodicamente vedevo applicabile al diritto.

Riletta oggi, quella parte appare davvero molto ricca, nonché estrema-

¹⁸ Questa la motivazione espressa della commissione composta da Francesco Santoro-Pasarelli, Luciano Spagnuolo Vigorita e Edoardo Ghera: "La trattazione dimostra buona conoscenza del fenomeno considerato e contiene anche tentativi apprezzabili di costruzione giuridica, per quanto siano discutibili alcune delle conclusioni alle quali perviene".

¹⁹ MAZZOTTA, *Rapporti interpositori e contratto*, cit., p. 482 ss.

²⁰ Ivi, p. 501 ss.

mente funzionale alla linea di fondo che il libro sviluppa in seguito. Non si tratta, quindi, della classica “parte storica” che tanto spesso viene inserita all’inizio delle monografie perché “così va fatto” e che si dimostra poi del tutto slegata rispetto al resto, mero sfoggio di erudizione (quando va bene, poiché sempre più di frequente ci si può imbattere in perle che ricordano il mitico orologio al polso dei soldati romani di *Scipione l'africano*). Qui no: l’indagine è rigorosa, nel mostrarci molto plasticamente le tante facce assunte dalle forme arcaiche di svolgimento della prestazione “interposta” e i correlativi atteggiamenti di studiosi e giudici; essa è molto tributaria degli studi tedeschi (in particolare di quelli di Werner Sombart)²¹, e non a caso, perché è in quel mondo che si è evoluto il rapporto di *Verlag*, autentico punto di snodo tra l’artigianato dell’età moderna e il capitalismo di quella industriale²²: contratto che già nei fondamentali studi di Umberto Romagnoli era letto come antenato diretto del rapporto di lavoro²³, nella misura in cui il mercante che prestava i capitali in cambio di una partecipazione agli utili della bottega si trasformava progressivamente in datore di lavoro.

Né, d’altra parte, l’indagine storica cade in un altro difetto purtroppo frequentissimo, cioè quello di voler forzare a tutti i costi l’interpretazione di un testo, di un evento, di un dato, al solo scopo di giustificare o corroborare una propria tesi, magari facendo dire a Barassi o a Carnelutti cose che non si sono mai sognati lontanamente di pensare. Nel libro di Mazzotta, invece, l’indagine storica assume tutt’altro rilievo e il lettore se ne accorge presto. Essa lascia quasi subito i lidi germanici per dipanarsi nei meandri delle prime importanti teorizzazioni nostrane del contratto di lavoro e della subordinazione (di cui vengono messe in rilievo le contraddizioni a volta pesanti)²⁴, dimostrando con la forza dei fatti un assunto ben preciso, cioè che l’estensione dell’area di operatività della nozione di lavoro subordinato è stata operata proprio dalla successione nel tempo di interventi animati dall’identica logica di repressione del fenomeno interpositorio, verso il quale si è subito diretto lo sfavore del legislatore e dell’interprete²⁵.

Fin dalle prime pagine, Mazzotta esplicita come la normativa sull’in-

²¹ SOMBART, *Der moderne Kapitalismus*, Duncker & Humblot, 1902 (tr. italiana parziale, a cura di LUZZATTO: *Il capitalismo moderno*, Vallecchi, 1925).

²² MAZZOTTA, *Rapporti interpositori e contratto*, cit., p. 7 ss.

²³ ROMAGNOLI, *La prestazione di lavoro nel contratto di società*, Giuffrè, 1967, p. 115 ss.

²⁴ MAZZOTTA, *Rapporti interpositori e contratto*, cit., p. 33 ss.

²⁵ Per una sintesi, *ivi*, p. 87 ss.

terposizione va letta “come una ipotesi di traduzione in termini giuridico-istituzionali delle posizioni di ‘dipendenza’ (i.e. ‘subordinazione’) di una serie di soggetti economici gravitanti nell’orbita dell’impresa”²⁶. Questa sovrapposizione tra interposizione e subordinazione, confermata con nitidezza proprio dall’analisi storica, costituirà il motivo conduttore della monografia; e giustifica, quindi, una circostanza che a un esame superficiale potrebbe apparire del tutto singolare, cioè quella di proporre il “piano del lavoro” addirittura a pagina 97, luogo nel quale tanti libri odierni si avviano alle conclusioni.

5. *Alla ricerca dell'utilizzatore effettivo*

Ritorniamo, quindi, alla grande protagonista di quegli anni: la subordinazione, la ricostruzione del rapporto di lavoro. Quasi un banco di prova, in ogni momento, delle capacità dello studioso di muoversi con dimestichezza tra le categorie generali, dando dimostrazione di “possedere i fondamentali”. Come già detto, dopo la fine degli anni Settanta tante monografie, assecondando la propensione quasi fisiologica del giurista italiano verso le teorizzazioni generali, adoperarono il medesimo schema logico: un’analisi complessiva della fattispecie rapporto di lavoro e poi l’indagine più specificamente dedicata al tema scelto; dove, evidentemente, la “prima parte”, quella generale introduttiva, poteva risultare più o meno funzionale e organica a quella “speciale”²⁷. Quando, nella mia veste a suo modo privilegiata di commissario per le abilitazioni scientifiche nazionali nel biennio 2016-18, ho potuto verificare che diversi lavori monografici ricalcavano più o meno lo stesso schema, mi è venuto da pensare che le riflessioni teoriche sono forse figlie di tempi in cui ci si interroga sulle sorti della disciplina, minata da “crisi di identità”, o, per dirlo in termini più aulici, di perdita dello statuto epistemologico²⁸.

La ricostruzione sulla natura e sui confini del rapporto di lavoro subor-

²⁶ Ivi, p. 6.

²⁷ Sono osservazioni che ho già fatto a proposito di un’altra monografia di quegli anni: GAETA, *Contratto e rapporto, organizzazione e istituzione. Rileggendo Franco Liso*, in *DLRI*, 2014, p. 662.

²⁸ Magistralmente, D’ANTONA, *L’anomalia post-positivista del diritto del lavoro e la questione del metodo*, in *RCDP*, 1990, p. 207 ss. (su cui SCIARRA, *Post positivista e pre globale. Ancora sull’anomalia del diritto del lavoro italiano*, in *DLRI*, 2009, p. 159 ss.).

dinato proposta da Mazzotta è, comunque, del tutto integrata nell'analisi del tema specifico, cioè quello delle interposizioni; in qualche modo, si tengono e si spiegano a vicenda, in una sintesi la cui "densità di pensiero" ne fa "quanto di meglio si è avuto sull'argomento"²⁹ (lo dice Giugni nelle sue severissime "pagelle": c'è da crederci).

La legge del 1960, nella penetrante analisi, anche comparata, condotta da Mazzotta con prosa piana e – forse proprio per questo – incisiva, descrive una fattispecie atipica, non rapportabile ad alcuno degli schemi civilistici proponibili³⁰, nella quale non riveste alcuna rilevanza il motivo illecito o l'intento fraudolento delle parti³¹. La portata della norma, però, va ben al di là della semplice funzione sanzionatoria di un fenomeno perseguito dal legislatore. Infatti – come si anticipava – la serrata indagine interpretativa conduce a una vera e propria messa a punto del concetto stesso di subordinazione.

Il ruolo centrale in questo processo logico è svolto dall'elemento della "effettiva utilizzazione", che, nella lettura di Mazzotta, costituisce il perno intorno a cui gira la nozione di subordinazione enunciata dall'art. 2094 cod. civ. Grande importanza è attribuita in proposito all'elaborazione della giurisprudenza: si parte dall'osservazione secondo cui i giudici, per qualificare il fenomeno interpositivo, utilizzano gli stessi indici solitamente adoperati per affermare la sussistenza della subordinazione³², e ci si spinge oltre, sostenendo ulteriormente l'assoluta congruità, almeno a livello di teoria generale, di un'operazione volta a utilizzare gli elementi forniti dalla legge del 1960 allo scopo di arricchire quelli indicati nell'art. 2094, consentendo in tal modo di definire con maggiore nettezza i confini del tipo contrattuale del lavoro subordinato³³.

In pratica, nell'interpretazione di Mazzotta, introducendo il divieto di dissociazione tra titolarità formale del rapporto di lavoro ed effettiva utilizzazione della prestazione lavorativa, l'art. 1 della legge del 1960 non impone alcun meccanismo sanzionatorio di coattiva costituzione del rapporto di lavoro, "bensì riconosce e dichiara l'esistenza di un rapporto giuridico che già *nei fatti* è di lavoro subordinato" tra il lavoratore e colui che utilizza effettivamente la sua prestazione³⁴. La norma, cioè, connota con precisione la figura

²⁹ GIUGNI, *La dottrina giuslavoristica*, cit., p. 494.

³⁰ MAZZOTTA, *Rapporti interpositivi e contratto*, cit., p. 101 ss.

³¹ Ivi, p. 134 ss.

³² Ivi, p. 267 ss.

³³ Ivi, p. 326 ss.

³⁴ Ivi, p. 265 (il corsivo è suo). La tesi per cui l'art. 1 opera una conversione legale di due

del (vero) datore di lavoro come colui che dispone effettivamente di un'attività lavorativa subordinata, così che l'accertamento dell'interposizione coincide con l'accertamento della subordinazione³⁵.

La valorizzazione del ruolo dell'“effettiva utilizzazione” della prestazione di lavoro alla stregua di elemento essenziale della fattispecie vietata dalla legge³⁶ comporta, quindi, una ridefinizione, o, per meglio dire, una sorta di correzione di rotta – agevolata, come s'è detto, dall'analisi dell'esperienza storica –, che conduce Mazzotta ad “argomentare su solide basi” (è sempre Giugni che parla)³⁷ una teoria della subordinazione “socio-economica”, facente leva soprattutto sull'elemento dell'alienità dei mezzi di produzione rispetto al detentore-organizzatore della forza lavoro altrui³⁸: il vero datore di lavoro si identifica con quel soggetto che utilizza la prestazione lavorativa di un altro soggetto, posto alle sue dipendenze e sotto la sua direzione.

Questa conclusione potrebbe far pensare che si tratti, tutto sommato, di un esito scontato, specie se contestualizziamo lo scritto in un periodo nel quale le teorie della subordinazione socio-economica vivevano un momento di grande fortuna, soprattutto nelle loro versioni “di sinistra”. Anzi, può essere significativo notare come il libro di Mariucci – la cui lettura in quel tempo incrociavo sempre con la monografia di Mazzotta – giungesse a risultati molto simili³⁹, nonostante la sua nozione di subordinazione fosse “forgiata con l'ausilio del concetto marxista della duplice alienazione del lavoro”⁴⁰, diversamente da Mazzotta, che ci arrivava per un'altra strada, cioè – come s'è visto – quella dell'identificazione con gli indici sintomatici dell'interposizione illecita. Quindi, questo approdo al “lido” della subordinazione socio-economica era tutt'altro che banale.

Due cose mi colpirono quando studiai per la prima volta questa parte del libro, e rimangono rimarchevoli anche nella rilettura. Innanzitutto, la particolare struttura “a tesi” dell'argomentazione, forse un po' “vecchia”

negozi illeciti collegati è di CESSARI, *In tema di interposizione nelle prestazioni di lavoro*, in *DL*, 1961, I, p. 128 ss.

³⁵ MAZZOTTA, *Rapporti interpositori e contratto*, cit., p. 311 ss.

³⁶ Ivi, p. 263.

³⁷ GIUGNI, *La dottrina giuslavoristica nel 1979*, cit., p. 494.

³⁸ MAZZOTTA, *Rapporti interpositori e contratto*, cit., p. 311 ss.

³⁹ MARIUCCI, *Il lavoro decentrato*, cit., p. 65 ss.

⁴⁰ È questa la sintesi che ne fa DE LUCA TAMAJO, *Gli anni '70: dai fasti del garantismo al diritto del lavoro dell'emergenza*, in ICHINO (a cura di), *Il diritto del lavoro nell'Italia repubblicana. Teorie e vicende dei giuslavoristi dalla Liberazione al nuovo secolo*, Giuffrè, 2008, p. 148.

come impostazione, ma sicuramente efficace negli esiti, nonché indice di grandi capacità dialettiche: ci si confronta ad una ad una con le ricostruzioni altrui, per poi proporre la propria sul tema oggetto del dibattito; solo per fare un esempio, è dopo un serrato confronto con Luciano Spagnuolo Vigorita che Mazzotta ritiene gli “indici” della subordinazione non già un mero frutto dell’attività creatrice della giurisprudenza⁴¹, ma elementi già presenti nell’ordinamento ed inseriti nel sistema normativo⁴².

Un’altra cosa mi colpì a suo tempo, anche perché aveva a che fare con un tema che appassionava molto me e probabilmente (pochi) altri di quella cinquantina di persone che costituivano allora l’accademia giuslavoristica: la disputa tra contrattualisti e acontrattualisti, tema un po’ *rétro*, che aveva diviso gli studiosi peggio della rivalità tra coppiani e bartaliani. Ma è bene aprire qui una piccola parentesi.

6. *Contratto o rapporto: ritorno al futuro?*

Com’è noto a tutti, la controversia tra chi, nella relazione tra datore e prestatore di lavoro, enfatizza il momento del contratto e chi invece il momento fattuale dell’esecuzione del rapporto è antica quasi quanto lo stesso diritto del lavoro. Senza andare troppo lontano nel tempo, posso solo ricordare a me stesso che nel secondo dopoguerra si assistette a un rifiorire delle teorie istituzionistiche e organicistiche che avevano spadroneggiato durante il fascismo, dapprima – come era da aspettarsi – ad opera di studiosi formati all’interno dell’accademia corporativa⁴³, ma subito dopo anche da parte dei giuristi raccolti ideologicamente intorno alle posizioni socialcomuniste della *Rivista giuridica del lavoro*, impegnati a valorizzare la Costituzione democratica, che quindi leggevano l’impresa-istituzione come una delle “formazioni sociali” tutelate dall’art. 2, superando le logiche scambistiche del contratto privatistico⁴⁴; nonché da ampie fasce della dottrina di ambiente Cisl, le cui

⁴¹ MAZZOTTA, *Rapporti interpositori e contratto*, cit., p. 289 ss.; ci si riferisce in particolare a SPAGNUOLO VIGORITA, *Impresa, rapporto di lavoro, continuità (riflessioni sulla giurisprudenza)*, in *RDC*, 1969, I, p. 545 ss.

⁴² MAZZOTTA, *Rapporti interpositori e contratto*, cit., p. 326 ss.

⁴³ In questo senso, BALZARINI, CESARINI SFORZA, MIGLIORANZI, in AA.VV., *La tutela delle libertà nei rapporti di lavoro*, Giuffrè, 1955.

⁴⁴ Per tutti, NATOLI, *Limiti costituzionali dell’autonomia privata nel rapporto di lavoro*, Giuffrè,

ricostruzioni fondate sulla “comunità d’impresa” erano del tutto in linea con la visione associativa del rapporto di lavoro appartenente da sempre al patrimonio ideologico cattolico⁴⁵.

Dall’altro lato, però, si coagulò una cospicua corrente contrattualista, che ebbe come bussola un saggio fondamentale di Luigi Mengoni sulle obbligazioni di mezzi e di risultato⁴⁶. Anche qui, rispetto alla lettura filo-imprenditoriale, volta a enfatizzare il ruolo dell’autonomia negoziale e della libertà contrattuale⁴⁷, prese presto il sopravvento una corrente “di sinistra”, che metteva in guardia dai pericoli di una ricostruzione sostanzialmente finalizzata a mascherare in nome di un preteso interesse superiore dell’impresa-istituzione l’attribuzione diretta di poteri all’imprenditore, affermando perciò tesi contrattualistiche con “una forte opzione antifascista e liberale”⁴⁸.

L’affermazione delle teorie contrattualistiche (o anti-istituzionalistiche) ebbe come conseguenza più immediata il progressivo ridimensionamento delle ricostruzioni centrate ancora sulla comunità di lavoro e sulla natura associativa del rapporto⁴⁹, che pure continuarono ad essere proposte anche negli anni Sessanta⁵⁰. Questa vittoria si ripercosse, poi – e non è certo aspetto secondario –, nella “bassa cucina” dei concorsi a cattedra di diritto del lavoro, che, dopo un primo andato a vuoto nel 1951 – indice dello scarso livello toccato in quegli anni dalla “Cenerentola delle cattedre di giurisprudenza”⁵¹ –, ripresero nel 1956, riproponendosi con cadenze biennali o triennali⁵². La “conta” si faceva su quanti contrattualisti e quanti istituzionalisti riuscissero a

1955, p. 114 ss. Sulla legittimazione *ex art. 2* delle “formazioni intermedie”, come il sindacato, riassuntivamente, RESCIGNO, *I sindacati nello Stato moderno*, Eri, 1965.

⁴⁵ Come mostrano alcuni interventi a un incontro organizzato dalla Società umanitaria: *Convegno nazionale di studio sulle condizioni del lavoratore nell’impresa industriale*, Giuffrè, 1954.

⁴⁶ MENGONI, *Obbligazioni “di risultato” e obbligazioni “di mezzi” (studio critico)*, in *RDCComm*, 1954, I, pp. 185 ss., p. 280 ss. e p. 366 ss.

⁴⁷ Ad esempio, CORRADO, *La nozione unitaria del contratto di lavoro*, Utet, 1956.

⁴⁸ MANCINI, *Intervista*, in ICHINO (a cura di), *Il diritto del lavoro*, cit., p. 484, che parla di MANCINI, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Giuffrè, 1957.

⁴⁹ Per tutti, RABAGLIETTI, *Introduzione alla teoria del lavoro nell’impresa*, Giuffrè, 1956 (Magda Franca Rabaglietti era una delle pochissime donne a insegnare la materia negli anni Cinquanta, ma firmò il libro con il sole iniziali del suo nome, ritenendo evidentemente pregiudizievole rivelare la propria appartenenza di genere).

⁵⁰ LEGA, *La comunità di lavoro nell’impresa*, Giuffrè, 1963; CESSARI, *Fedeltà, lavoro, impresa*, Giuffrè, 1969.

⁵¹ ARDAU, *La Cenerentola delle cattedre di giurisprudenza*, in *DL*, 1947, I, p. 243 ss.

⁵² ICHINO, *I primi due decenni del diritto del lavoro repubblicano: dalla Liberazione alla legge sui licenziamenti*, in ICHINO (a cura di), *Il diritto del lavoro*, cit., p. 28 ss.

entrare nelle terne dei vincitori, e naturalmente si concluse con un clamoroso vantaggio per i primi.

Non si sopì, invece, il dibattito tra i contrattualisti e gli acontrattualisti, anch'essi in numero nettamente minore, pur in un contesto estremamente complesso da classificare⁵³, nel quale i binomi organicismo-individualismo e contrattualismo-contrattualismo si sono intersecati e combinati variamente tra loro.

Tornando a noi, il libro di Mazzotta spendeva decine e decine di pagine, dense di approfondimenti di tematiche civilistiche, per confutare una ad una – a volte anche severamente – le teorie acontrattualistiche proposte in relazione alla costituzione *ex lege* del rapporto di lavoro in capo all'effettivo utilizzatore della prestazione “interposta”, concludendo nel senso che tale rapporto rinveniva la sua fonte non nel “fatto” dell'occupazione, ma in una struttura di tipo contrattuale, al cui interno esso trovava agevole inserimento⁵⁴.

Leggendo il libro per la prima volta, ricordo molto distintamente che mi posi subito un interrogativo, presto girato a Fabio Mazziotti, che seguiva i miei primi incerti passi nel mondo accademico: cioè, se fosse possibile conciliare una teoria della subordinazione socio-economica con una ricostruzione contrattualistica del rapporto di lavoro. Compresi allora tutta la portata del mio preconcetto, fondata sul ritenere l'opera del mio Maestro⁵⁵ una sorta di Vangelo (o di “libretto rosso”...): la sua ripresa e rilettura del peculiare acontrattualismo di Renato Scognamiglio⁵⁶ portava, infatti, a incentrare l'oggetto del rapporto di lavoro nella effettiva messa a disposizione delle energie lavorative, all'interno di un contesto giuridico che svalutava, se non completamente obliterava, il valore del contratto, attribuendo peso fondamentale al dato “fattuale” del “rapporto” di lavoro.

Il libro di Mariucci, invece, lo trovai più “in linea” con l'impostazione che prediligivo, perché, appunto, coniugava la subordinazione socio-economica fondata sulla messa a disposizione con una visione del rapporto di lavoro

⁵³ Ci ho provato qualche tempo fa: GAETA, *Contratto e rapporto di lavoro*, in GAETA, TE-SAURO, *Il rapporto di lavoro: subordinazione e costituzione - I. La subordinazione*, Utet, 1993, p. 23 ss.

⁵⁴ MAZZOTTA, *Rapporti interpositori e contratto*, cit., p. 172 ss.

⁵⁵ Mi riferisco a MAZZIOTTI, *Contenuto ed effetti del contratto di lavoro*, Jovene, 1974.

⁵⁶ SCOGNAMIGLIO, *Lezioni di diritto del lavoro. Parte generale*, Cacucci, 1963, p. 105 ss.; sulla matrice della sua ricostruzione, debitrice della dogmatica tedesca, SCOGNAMIGLIO, *Intervista*, in ICHINO (a cura di), *Il diritto del lavoro*, cit., p. 520.

nella quale il momento contrattuale non rivestiva certo un ruolo di primo piano⁵⁷. Del resto – l’avrei appreso un po’ di tempo dopo – era stato Romagnoli, qualche anno prima, in disaccordo col capofila della scuola bolognese, Federico Mancini⁵⁸, a rilanciare alla grande la tesi della natura non contrattuale del rapporto di lavoro in una di quelle sue opere “in gran parte parlate o pensate in tedesco”⁵⁹, imperniata sul dato fattuale della “doppia alienità” rispetto ai mezzi e al risultato della produzione, che da solo comportava l’applicazione diretta delle discipline di tutela, rivelandosi indifferente la struttura della prestazione lavorativa voluta dalle parti col contratto⁶⁰.

Questa disputa tra contrattualisti e acontrattualisti, figlia diretta di quella tra anti-istituzionisti e organicisti, che aveva rivestito in passato grande importanza sia sul piano scientifico che su quello accademico, negli anni Ottanta aveva comunque perso già molto del suo pathos “agonistico”, con la schiacciante vittoria dei primi. Le posizioni acontrattualistiche erano ampiamente minoritarie, anche se erano quelle allora più vicine a me. Mazziotti aveva talvolta il vezzo di dire, anche a lezione: “la mia tesi, dalla quale non pochi dissentono”; aveva ragione anche quella volta.

Nei mesi scorsi, comunque, Mazzotta ha voluto ribadire la sua posizione, secondo cui “il rapporto di lavoro che si crea all’esito di una interposizione vietata *ha origine inequivocabilmente contrattuale*”⁶¹, in polemica con chi gli ha voluto invece attribuire uno schieramento nel campo opposto⁶². Leggendoli, mi sono sentito come Marty McFly di *Ritorno al futuro*, catapultato negli anni Cinquanta, con la differenza che al posto di mio padre che chiedeva la mano di mia madre c’erano due giuslavoristi che discutevano di contratto e rapporto.

⁵⁷ MARIUCCI, *Il lavoro decentrato*, cit., p. 82 ss.

⁵⁸ Che, come s’è visto, col suo *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, era stato uno dei più convinti sostenitori della concezione contrattualistica del rapporto di lavoro.

⁵⁹ GIUGNI, *Intervista*, in ICHINO (a cura di), *Il diritto del lavoro*, cit., p. 448, riferendosi alle prime opere di Mancini, Ghezzi e Romagnoli.

⁶⁰ ROMAGNOLI, *La prestazione di lavoro*, cit., p. 189 ss.

⁶¹ MAZZOTTA, *L’inafferrabile etero-direzione: a proposito di ciclofattorini e modelli contrattuali*, in *Labor*, 2020, p. 15 (corsivo suo).

⁶² ICHINO, *Un libro sui maggiori giuristi italiani del lavoro del Novecento*, in *LDE*, 2019, 3, p. 5.

7. Quarant'anni dopo

A volte, la verifica della “tenuta” di uno scritto rispetto al passare del tempo si rivela impietosa. Ciò non può certo dirsi del libro di Mazzotta (pre-scindendo, beninteso, dall’inarrestabile ingiallimento delle pagine...). Eppure, tra il 1979 e oggi ne è passata di acqua sotto i ponti del diritto del lavoro. E il legislatore le sue faticose “due parole”, capaci di rendere inutili intere biblioteche, le ha dette e come, cancellando quella legge del 1960 che aveva l’indiscusso ruolo di protagonista principale del libro.

Intervenendo più volte dopo che nel 2003 il sistema del divieto interpositorio è stato abrogato, facendo spazio a quello fondato sulla somministrazione, Mazzotta ha ribadito, però, come le idee di fondo della sua monografia possano continuare a reggere più che bene⁶³. Anche nel nuovo sistema, infatti, sarebbe ancora valido il divieto di forme di organizzazione del lavoro in cui l’“effettivo utilizzatore” della prestazione non coincida col titolare del rapporto di lavoro, il che – così come sostenuto nella monografia – equivarrebbe a escludere che l’acquisizione di energie lavorative possa svincolarsi dall’impiego di un contratto di lavoro subordinato, quale quello descritto, ora come allora, dall’art. 2094 cod. civ.

Mazzotta, quindi, ripropone la sua intuizione secondo cui, “oggi come ieri, il divieto [di interposizione] non è che l’espressione della forza sistematica dell’art. 2094”⁶⁴: nella sua nozione di subordinazione continua ad essere insito il disvalore dell’ordinamento nei confronti della scissione fra utilizzazione del lavoro e titolarità del rapporto. Pertanto, le problematiche innescate dai fenomeni interpositori confluiscono necessariamente con la fattispecie fondamentale della subordinazione, con la conseguenza che chi utilizza le prestazioni di lavoro altrui – rese coi “canonici” requisiti della sottoposizione al potere direttivo, della continuità, dell’alienità rispetto ai mezzi e al risultato della prestazione – ne è inequivocabilmente il datore di lavoro. E con l’ulte-

⁶³ Quando c’era ancora solo la legge delega 30/2003: MAZZOTTA, *Il mondo al di là dello specchio: la delega sul lavoro e gli incerti confini della liceità nei rapporti interpositori*, in RIDL, 2003, I, p. 265 ss.; dopo la “legge Biagi”: MAZZOTTA, *Somministrazione di lavoro e subordinazione: chi ha paura del divieto di interposizione?*, in MARIUCCI (a cura di), *Dopo la flessibilità, cosa? Le nuove politiche del lavoro*, il Mulino, 2006, p. 157 ss.; recentissimamente: MAZZOTTA, *L’inafferrabile etero-direzione*, cit., p. 3 ss.

⁶⁴ È l’efficace sintesi di DEL PUNTA, *Il diritto del lavoro fra due secoli: dal protocollo Giugni al decreto Biagi*, in ICHINO (a cura di), *Il diritto del lavoro*, cit., p. 372.

riore conseguenza logica che, anche nel nuovo sistema regolativo, la cessione di energie proprie (subordinazione) e quella di energie altrui (interposizione/somministrazione) continuano ad essere concetti giuridicamente fra loro irriducibili, in rapporto di regola a eccezione.

La sostanziale “tenuta” delle idee espresse nella monografia del 1979 sembra avvalorata anche dalla loro “fortuna” presso chi il diritto del lavoro lo studia e lo applica. Innanzitutto, la correttezza della ricostruzione imperniata sulla “effettiva utilizzazione” è stata confermata – verrebbe da dire, definitivamente – da una sentenza delle sezioni unite della Cassazione, secondo cui “il vero datore di lavoro è quello che effettivamente utilizza le prestazioni lavorative anche se i lavoratori sono stati formalmente assunti da un altro (datore apparente) e prescindendosi da ogni indagine (che tra l’altro risulterebbe particolarmente difficoltosa) sull’esistenza di accordi fraudolenti (tra interponente ed interposto)”⁶⁵.

Più in generale, poi – e qui è lo stesso Mazzotta a sintetizzare con legittimo orgoglio – “ancora oggi i giudici per stabilire se si trovano di fronte ad un appalto lecito o ad una forma di interposizione vietata, oltre ad indagare sulla struttura imprenditoriale dell’appaltatore (proprietà/disponibilità di mezzi di produzione, rischio d’impresa, etc.), verificano se il committente, nei confronti dei dipendenti dell’appaltatore, esercita tutti i poteri tipici del datore di lavoro (direttivo, organizzativo, disciplinare, controllo su tempo e luogo, etc.)”⁶⁶.

Per non parlare, infine, dell’adesione della dottrina assolutamente maggioritaria all’impostazione secondo cui interposizione e subordinazione sono perfettamente sovrapponibili⁶⁷.

⁶⁵ Cass., sez. un., 26 ottobre 2006, n. 22910, in *RIDL*, 2007, II, p. 291, con nota di PATERNÒ.

⁶⁶ MAZZOTTA, *L’inafferrabile etero-direzione*, cit., p. 15.

⁶⁷ Per pigrizia, ricopio la nota 23, in MAZZOTTA, *L’inafferrabile etero-direzione*, cit., p. 12: fra gli altri, ZANELLI, *Decentramento produttivo*, in *GI*, 1988, IV, p. 402 ss.; SCARPELLI, *Interposizione e appalto nel settore dei servizi informatici*, in MAZZOTTA (a cura di), *Nuove tecnologie e rapporti fra imprese*, Giuffrè, 1990, p. 67 ss.; DE SIMONE, *Tiolarità dei rapporti di lavoro e regole di trasparenza. Interposizione, imprese di gruppo, lavoro interinale*, FrancoAngeli, 1995, p. 64 ss.; CHIECO, *Poteri dell’imprenditore e decentramento produttivo*, Giappichelli, 1996, p. 335; BONARDI, *L’utilizzazione indiretta del lavoratore. Divieto di interposizione e lavoro interinale*, FrancoAngeli, 2001; BELLOCCHI, *Interposizione e subordinazione*, in *ADL*, 2001, p. 163 ss.; e più di recente, LOFFREDO, *Di cosa parliamo quando parliamo di lavoro digitale?*, in *Labor*, 2019, p. 265.

8. *Lieto fine*

Il libro di Mazzotta ha, quindi, avuto sicuramente successo riguardo alla sua perdurante validità nel tempo. Ma ebbe successo anche per il raggiungimento dello scopo immediato per il quale era stato scritto, cioè la vittoria nel concorso per la nomina a ordinario (per meglio dire, a straordinario, com'era fino a qualche tempo fa). Una commissione composta da Giorgio Branca, Aldo Cessari, Edoardo Ghera, Mario Grandi, Giuseppe Pera, Renato Scognamiglio e Luciano Spagnuolo Vigorita incluse Mazzotta tra i vincitori, con un solo voto contrario. Il giudizio evidenziava, nella produzione complessiva, la completezza dell'apparato, la capacità di individuazione di problemi reali, la buona conoscenza dei "fondamenti privatistici", anche se non mancava di mettere in luce quelli che evidentemente erano ritenuti dei piccoli difetti, cioè "una certa inclinazione alle dissertazioni di pura dogmatica" (che per me invece era un incommensurabile pregio) e "qualche residuo di sociologismo" (che invece io, abituato a ben altre *performances*, non avevo affatto rilevato, e non rilevo neanche oggi). Del libro, comunque, venivano ampiamente lodate "le prospettazioni originali e la finezza con la quale vengono elaborate"⁶⁸.

I vincitori del concorso, peraltro, non furono i diciotto promessi dal bando, ma solo tredici. Con una decisione che sollevò polemiche feroci, i commissari non attribuirono ben cinque posti⁶⁹. Le esclusioni "importanti" furono molte, e colpirono in particolare la "scuola bolognese", che avrebbe dovuto aspettare il concorso successivo. Altri cinque anni dopo.

⁶⁸ *Notiziario*, in *DLRI*, 1980, p. 727.

⁶⁹ FERRARO, *Gli anni '80: la dottrina lavorista dalla marcia dei quarantamila a Maastricht*, in ICHINO (a cura di), *Il diritto del lavoro*, cit., p. 179.

Lorenzo Zoppoli

Silvana Sciarra e Gino Giugni: un libro e una recensione tempestivi

1. Le cento pagine (105 con indice e bibliografia) con cui Silvana Sciarra ricorda e rimarca la sua appartenenza alla comunità dei giuslavoristi formatasi nel continuo confronto con le “idee” geniali di Gino Giugni¹, sono un dono di cui dobbiamo esserle grati. Nonostante il dono sia rituale o, in qualche modo, prevedibile: a poco più di dieci anni dal giorno in cui Gino – superati gli ottant’anni – ci lasciò orfani della sua presenza terrena e a cinquanta dall’“idea per il lavoro” che lo ha consegnato al mito ancor prima che alla storia, lo Statuto dei lavoratori.

Nei contenuti il libro presenta una struttura particolare. Si presenta come una breve antologia di scritti giugniani, molto selezionati e riprodotti nei brani ritenuti più significativi, aventi ad oggetto vari temi: analisi storiche prodromiche alle riforme del lavoro, la tutela della professionalità dei lavoratori, la libertà sindacale, la contrattazione aziendale, il conflitto, la concertazione sociale, lo sciopero nei servizi essenziali. Sono pochi testi rispetto all’ampia saggistica del Maestro, ma straordinari, per stile e contenuti. Rilegendoli si sono riaccese in me tutte le passioni giovanili che mi hanno spinto a scegliere questo mestiere particolare che è “il giuslavorista”: uno specialista del lavoro più che del diritto in quanto tale, che ha il singolare compito di ricordare, con misura e fermezza, a tanti altri specialisti (al giurista *in primis*, ma anche al sociologo, all’economista, allo storico, al politologo come al politico) i limiti di ogni approccio troppo settoriale e autoreferenziale e l’assoluta necessità dell’interdisciplinarietà. È questo un tratto delle idee di Giugni che siamo abituati ad ascrivere al piano “metodologico” o “epistemologico”:

¹ G. GIUGNI, *Idee per il lavoro*, La Terza, 2020.

quindi squisitamente teorico. Però voglio dire sin da subito che invece, dopo aver letto questo libro, mi pare abbia ragione Silvana Sciarra: la radice di quel metodo sta in una dimensione interiore anzitutto emotiva o sentimentale. Giugni diceva “il cuore mi batte per le classi deboli” (p. XLIX): e Silvana – evocando “un socialismo deamicisiano” (che io in verità faccio fatica ad associare allo sguardo caldo, ma disincantato con cui Gino ascoltava gli interlocutori)² – chiosa: “questa affermazione va ben oltre la ‘dottrina della compassione sociale’, appresa studiando Sinzheimer e Kahn-Freund”, perché permea “le sue visioni del diritto del lavoro... via via adattate a realtà in movimento, nell’intento di esplicitare forme di tutela del contraente debole sempre più flessibili e non per questo meno efficaci” (ibid.). L’efficacia delle tutele dei lavoratori, appunto, perseguita al di là degli involucri formali (ma non a prescindere da essi): è questo che rende inevitabilmente insufficiente anche il più sofisticato degli approcci ipertecnici e stucchevoli i virtuosismi specialistici. E che richiede sempre uno sguardo aperto e pronto a cogliere i dinamismi della realtà piuttosto che i perfezionismi delle dottrine. Con questi sviluppi anch’io riconosco, oltre al cuore, la grande intelligenza politica del geniale studioso.

2. Il volumetto di Silvana Sciarra però non intende affatto arricchire la ormai nutrita serie di biografie dedicate ad esaltare la figura di Giugni. Il suo intento mi pare per certi versi più ambizioso: ricavare dagli scritti riproposti un serbatoio di “idee per il lavoro” utili oggi come ieri. Potremmo dire: gli intramontabili insegnamenti di un Maestro non solo della scienza giuridica, ma anche delle riforme del lavoro.

Il lungo saggio introduttivo della curatrice (occupa metà del volume) è allora un riferimento diretto e necessario per una recensione. Anche correndo il rischio di discutere così soprattutto di Giugni come lo vede Sciarra ovvero, per certi versi, delle “idee per il lavoro” che, pur con la sua consueta discrezione, propone al dibattito attuale l’allieva sulla scia, necessariamente e intelligentemente soggettivizzata, degli insegnamenti del Maestro. A me que-

² ROMAGNOLI (*Giuristi del lavoro nel Novecento italiano. Profili*, Ediesse, 2018, p. 191) riconduce i tratti deamicisiani del socialismo di Giugni, sulla scorta delle testimonianze dello stesso interessato, a un “candido adolescente...che tando candido però non doveva essere, se è vero, come confesserà da adulto, che si era messo a leggere il *Capitale* sperando di trovarvi ‘l’apologia del libero amore e del nudismo’”.

sto approccio sembra fecondo e, addirittura, più intrigante di un confronto con le idee di Giugni tratte dalle sue pur preziose “carte”. Il Maestro infatti, ammesso che volesse farlo, non può certo risponderci: godrei così di un ingiusto privilegio o, più probabilmente, di uno svantaggio ancora più incolmabile. D'altronde ogni studioso di razza sa che le migliori idee si nutrono di quelle dei propri predecessori rivisitate e rilanciate da una mente viva, potente, autorevole. E Silvana, nel rilanciare l'approccio giugniano, trova il registro appropriato ad una stagione del diritto del lavoro che, sebbene segnata da recenti riforme, è ben lontana dal registrare tutele equilibrate ed efficaci. Insomma abbiamo molto da tornare ad imparare da chi ha fatto riforme capaci di durare circa mezzo secolo (come l'attuazione extralegislativa del diritto sindacale repubblicano; il superamento della disciplina codicistica dei licenziamenti; l'ineguagliabile Statuto dei lavoratori) o anche solo un ventennio (come la “nuova costituzione materiale della relazioni industriali” contenuta nei protocolli/accordi del 1993, messa in soffitta solo con una sentenza della Corte Costituzionale del 2013), che sembra oggi un orizzonte temporale irraggiungibile da un legislatore ondivago e incerto che torna sui suoi passi ogni paio d'anni.

Al riguardo il primo insegnamento da rivitalizzare è il metodo storicistico dello studioso dal quale è inscindibile lo sguardo dinamico e realistico del riformatore. Qui Silvana si appella all'autorità di Simitis per consacrare l'approccio di Giugni come “paradigma classico della giuridificazione”: intendendo per tale un processo di giuridificazione sempre in divenire, non fondato su dogmi, ma su un'attenta osservazione della mutevole realtà sociale, volta a combattere le disuguaglianze “costruendo tutele intorno alle condizioni reali dei destinatari, in una visione ampia della subordinazione” (p. LI). Poche righe in cui non è difficile rinvenire molti dei nodi oggi irrisolti di un diritto del lavoro che arranca sia nell'inseguire le nuove realtà sociali, sempre più plasmate dentro un reticolo di realtà virtuali (o artificiali), sia nell'escogitare nuovi equilibri di un'efficace giuridificazione. E si vorrebbe poter essere d'accordo con Silvana quando dice che la sintesi proposta da Giugni con lo Statuto dei lavoratori “è ancora valida” (p. XL): una sintesi – “al tempo stesso...teoria del diritto e visione concreta delle riforme” (p. XXXIX) – che consiste “nel tenere unite in uno schema organico la garanzia della non discriminazione nei luoghi di lavoro con la libertà e l'eguaglianza, affiancate all'esercizio dell'attività sindacale, attraverso l'individuazione di soggetti rappresentativi dei lavoratori” (ibid.). In questo schema organico, fissati alcuni

diritti “strumentali” inviolabili, il sistema delle tutele può svilupparsi dinamicamente e realisticamente (“con l’opportuna consapevolezza di dover preservare gli equilibri economici e finanziari nel reperire le risorse necessarie”: p. L), articolandosi su due binari: un’autonomia collettiva socialmente radicata, estesa e prioritaria, e una legislazione indispensabile, ma vocata alla sussidiarietà. In fondo Silvana su un punto ha sicuramente ragione: è questa la versione realizzata della teoria dell’ordinamento intersindacale formulata dieci anni prima dello Statuto. Ma cosa ne fa “un paradigma classico”?

La domanda mi pare cruciale oggi che parliamo ad ogni piè sospinto del cambio di paradigma del diritto del lavoro. Un “paradigma” cambia infatti solo se ha assunto le caratteristiche di un “classico”: altrimenti vedremmo paradigmi (e “cambi di”) ad ogni angolo di strada. Sennonché Silvana ci dice che “gli anni Settanta non furono soltanto gli anni in cui si realizzò il progetto, a lungo meditato, della legislazione di sostegno; furono anche gli anni in cui i cardini dell’ordinamento intersindacale fecero sentire qualche scricchiolio” (p. XL). Nasce così, di lì a poco, la concertazione sociale³, che nel giro di un altro decennio (1983-1993), portò lo stesso Giugni a raccogliere, anche formalmente (accordo del 23 luglio 1993), il consenso “nell’auspicare un intervento legislativo che riconoscesse efficacia soggettiva generalizzata ai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni più rappresentative” (p. XLIV). Ora il punto è: questo intervento legislativo fa parte o no del “paradigma classico di giuridificazione del diritto del lavoro”? Perché se così fosse, allora delle due l’una: o lo Statuto realizzava solo parzialmente il “paradigma classico” oppure quel paradigma comincia a scricchiolare nel momento stesso in cui nasce (continuando a scricchiolare per i successivi 40 anni). Silvana Sciarra mi pare optare decisamente per la prima tesi, laddove scrive: “fa riflettere la distinzione, che Giugni rivendicava quale tipica caratteristica di una legislazione ‘promozionale’, fra attività sindacale e contrattazione collettiva, quest’ultima esclusa dall’ambito dell’intervento legislativo voluto nel 1970. Su questa soglia si è inceppato il passo del legislatore, preoccupato, ancora oggi, dal dover realizzare un sistema di contrattazione collettiva, anche a causa delle molte esclusioni di realtà produttive marginali dall’ambito di copertura dei contratti collettivi nazionali” (p. XLV). Io mi spingerei ancora più in là: fino a sostenere che Gino Giugni ebbe presto ben

³ Oggi tornata di moda, sebbene ribattezzata “democrazia negoziale”: v. TREU, *La concertazione riparta dal Patto per la fabbrica*, ne *Il diario del lavoro* del 26 giugno 2020.

chiaro che lo Statuto era un riforma parziale insufficiente a scrollare di dosso al diritto sindacale italiano l'etichetta di "branca più accidentata" del diritto del lavoro (p. 7). Tant'è vero che appena divenne senatore nel 1983 cominciò regolarmente a presentare proposte di attuazione dell'art. 39 della Costituzione, seppure inizialmente limitate agli accordi aziendali⁴. Com'è noto, tali proposte non hanno mai visto la luce: per cui forse, sul piano storico, occorre dire che il "paradigma classico" è rimasto sempre un'incompiuta. E l'ordinamento intersindacale una splendida teoria, attraversata fin dai suoi primi passi nella realtà sociale da sinistri scricchiolii. Su questo punto riprendere l'insegnamento di Giugni dovrebbe forse significare dare finalmente al contratto collettivo un regime giuridico adeguato alle sue funzioni attraverso una specifica legislazione che non neghi libertà sindacale, pluralismo e diritto di sciopero.

Non ci si può nascondere però che questa operazione è diventata notevolmente più difficile. Mentre infatti negli anni '70 il "grande interrogativo... riguarda(va) i corpi intermedi e la loro sistemazione... – come nella originaria prospettazione di Giugni – in uno "Stato-comunità" che consenta loro di esprimersi interagendo con i poteri dello Stato" (p. XLVII), oggi c'è da chiedersi anzitutto: a) dov'è finito lo Stato-comunità, dopo decenni di arretramento della cultura politica rispetto all'ideologia del mercato; b) se l'interazione tra poteri profondamente squilibrati sia in grado di arginare la pericolosa china verso democrazie illiberali e populiste, sideralmente lontane dalle linee architettoniche che tenevano insieme società e politica verso la fine del Novecento.

Voglio però sul punto precisare, pur sinteticamente, il mio pensiero. Sono convinto, come Silvana, dell'attualità del "grande interrogativo" giugniano per quanto attiene "ai corpi intermedi e alla loro sistemazione" (che anzi ha oggi un'urgenza maggiore in tutta l'Unione europea e anche oltre)⁵. Persino l'imprevedibile pandemia che ci ha afflitto nel 2020 ha infatti rilanciato quell'interrogativo. Quel che mi pare troppo cambiato per riproporre

⁴ V. il ddl AS1537 del 17 ottobre 1985, IX legislatura: ne parla lo stesso GIUGNI, in *Giuridificazione e deregolazione nel diritto del lavoro italiano*, in *Lavoro legge contratti*, il Mulino, 1989, p. 364. In seguito v. RUSCIANO, *Contratto collettivo e autonomia sindacale*, EGES-Utet, 1984 e 2004 (seconda edizione); GHEZZI, *Dopo l'XI legislatura: la rappresentatività sindacale tra iniziativa legislativa e referendum*, in *LD*, 1994, pp. 351-373.

⁵ V. BAYLOS GRAU, L. ZOPPOLI (a cura di), *La libertà sindacale nel mondo: nuovi profili e vecchi problemi*, Quaderno di questa rivista, 2019, n. 6.

semplicemente categorie interpretative e ricette riformatrici degli anni '70 è tutto il resto: cioè quasi tutto. Neanche la grande paura del Covid-19 mi pare infatti aver rivitalizzato comunità reali (quelle virtuali e massmediali invece sì: ma non sono equivalenti) e una cultura politica incentrata su un equilibrio dinamico dei poteri. Non che si debba disperare; ma ci attende un lungo lavoro di ricostruzione di istituzioni sociali e politiche e del raccordo tra esse.

3. Le idee per il lavoro da riprendere oggi dal serbatoio giugniano sono, secondo Silvana, molte altre. Fra tutte primeggiano professionalità e produttività. Si tratta di altre due idee forti e dinamiche che Giugni mise al centro di analisi scientifiche approfondite e originali, ancora oggi punto di partenza per le ricerche giuridiche, sociologiche ed economiche. Quelle “idee” rimandano a “beni” (o interessi) che il giurista riconosce come cruciali per realizzare un incontro fecondo ed equilibrato tra imprese e tutele dei lavoratori, qualunque sia la forma organizzativa delle prime e la normativizzazione delle seconde. Anche in ordine ad esse l’opera di Giugni dette un contributo fondamentale a mettere in correlazione la realtà con il diritto, superando sia anacronismi e formalismi del codice civile sia interpretazioni rigide e omologanti delle norme costituzionali. L’art. 13 dello Statuto e la scoperta/rilancio della contrattazione collettiva aziendale sono pietre miliari per l’evoluzione della cultura industriale, giuridica e sindacale del nostro paese. E anche qui ha ragione Silvana: sono idee che perdono tutto se si “imbalsamano” nelle forme realizzate 50 anni fa. Vanno rivitalizzate e attualizzate completamente. Senza però dimenticare ciò che storicamente si è acquisito alla cultura delle tutele e delle imprese: dinamismo aziendale ed effettività delle tutele di quei beni devono restare saldamente unite. Al riguardo è utile il richiamo all’ormai acquisita durezza dei fatti e alla constatazione della normatività sociale. Ma senza dimenticare che il piano delle tutele deve mantenere una dimensione universalistica che non viene dai fatti ma dalle politiche e, segnatamente, dalle politiche del diritto (a volte si può confondere la realtà sociale con un “realismo” improntato al rispetto dei rapporti di forza tra schieramenti politico-sociali e relative linee programmatiche)⁶.

⁶ V. ad esempio p. XXXV: dove, a proposito dell’inattuazione dell’art. 39 Cost. a fine anni '50, mi pare non si distingua nettamente tra “dato empirico” e volontà politiche.

Anche a tal riguardo alcune cose sembrano così mutate da tagliare un po' d'erba sotto i piedi ai percorsi – vecchi e nuovi – volti a realizzare quelle “idee”. Professionalità e produttività restano “idee”, beni e interessi di tutto rilievo. Però è come se fossero in attesa di percorsi nuovamente condivisi per essere davvero valorizzati. Questi percorsi richiedono una grande consapevolezza di come si atteggiano oggi i rapporti tra Stato e mercato e tra individuo e collettivo.

Si tratta di discorsi ampi e complessi, che non possono certo essere sviluppati in questa sede. Sintetizzo solo alcuni aspetti a mio parere centrali. Quanto alla produttività aziendale – e a un sistema di contrattazione/retribuzione su di esso meglio calibrato – non è pensabile che la leva principale sia a carico della fiscalità generale: così si ha forse più contrattazione, magari anche aziendale o territoriale, ma questa contrattazione sarà inevitabilmente “drogata” e la maggiore quota di salario diretto o indiretto andrà a discapito del welfare generale o di altri servizi ai cittadini e alle imprese.

La tutela delle professionalità, notevolmente flessibilizzata dal 2015, porta dritti al grande tema del rapporto collettivo/individuale. Giugni lo aveva visto e spingeva per una sintesi che non fosse “colonizzazione” del primo sul secondo (v. p. LI). La valorizzazione delle singole professionalità attualmente è anche più importante. Però credo che, rispetto agli equilibri novecenteschi, abbiamo fatto alcuni passi indietro: l'interesse individuale a preservare o incrementare la professionalità del lavoratore non solo deve passare attraverso negoziazioni collettive, ma è stato anche indebolito rispetto alle esigenze di riorganizzazione delle aziende. E cruciale può essere il passaggio a sedi e luoghi in cui si sviluppa una negoziazione individuale, seppure assistita (v. art. 2103, comma 6 cod. civ.). Il risultato finale di questa evoluzione normativa mi sembra tutt'altro che appagante: la “re-individualizzazione” delle tutele (p. LI) è ancora affidata alla forza di mercato della specifica professionalità; mentre la “standardizzazione” delle tutele (ibid.) rischia di essere affidata ad un collettivo in maggiore difficoltà a trovare nuove forme di “reificazione sociale”, specie in un tessuto produttivo ancora caratterizzato da fragilità e nanismo aziendale. La miscela normativa che ne risulta non mi pare all'altezza delle elaborazioni di Giugni, né in quanto studioso né in quanto *policy maker*.

Qui viene bene un altro tema cruciale e sempre attuale: la formazione. Sciarra ricorda che Giugni “ha inteso l'insegnamento come contributo indispensabile per la creazione di operatori del diritto curiosi, aperti all'inter-

disciplinarietà, adatti a interpretare – e se necessario – cambiare le regole che governano il lavoro” (p. XX). Ma non era solo una concezione dell’insegnamento: era un’idea di formazione che conduceva oltre le aule universitarie, spingendo a ideare e partecipare a iniziative di centri studi di importanti imprese, di associazioni sindacali, di pionieristici gruppi di ricerca internazionali, “alla scoperta delle regole non scritte che, molto più della casistica giurisprudenziale, segnano l’evoluzione dei rapporti di lavoro” (p. XXI). Al riguardo mi sento di concordare pienamente con la curatrice: “il quesito da porsi oggi, nella ricerca di ‘idee per il lavoro’, è come rievocare quel comune sentire, come attualizzarlo e adattarlo alla complessità del mondo produttivo. Da quegli anni emerge la convinzione – diffusa tra l’élite intellettuale e fra molti operatori delle relazioni industriali – che investire nella formazione, nelle aule universitarie come nelle realtà produttive, serve a far circolare innovazione, a promuovere il confronto e a rafforzare la costruzione del consenso. Questo clima culturale rende l’intermediazione dei corpi sociali funzionale a processi evolutivi, supera la conservazione dell’esistente e si rivolge al futuro” (p. XXII).

Anche qui bisogna tradurre tutto questo in contesti molto mutati a cominciare dalle grandi fabbriche, che erano la culla e il volano di questo nuovo approccio alla formazione dei giuslavoristi allievi di Giugni e che oggi non ci sono più⁷ o non sono più quelle di prima⁸.

Una notazione finale che torna sulle questioni di metodo. Molto si può dire e si è detto sul metodo di Giugni, che ha innovato profondamente studi e mentalità dei giuslavoristi italiani⁹. Silvana Sciarra, pur segnalando come si è visto tutti i contributi originali di Giugni sul piano storico, sociologico,

⁷ Per una testimonianza recentissima tratta dalla grande storia della classe operaia napoletana v. CAPASSO, *Bagnoli. L’ultimo casco giallo*, Martin Eden, 2020.

⁸ V. BENTIVOGLI, PIRONE, *Fabbrica futura*, Egea, 2019.

⁹ V., da ultimi, GHERA, *Gino Giugni e il metodo giuridico*, in *DLRI*, 2007, p. 265 ss.; A. ZOPPOLI, *Il metodo nel diritto sindacale: note sulla contemporaneità*, in questa rivista, 2007, spec. p. 355 ss.; M.G. GAROFALO, *Per una teoria giuridica del contratto collettivo: qualche osservazione di metodo*, in *Studi in onore di Tiziano Treu*, Jovene, 2011, p. 422 ss., spec. p. 429; LISO, *Appunti per un profilo di Gino Giugni dagli anni '50 allo Statuto dei lavoratori*, in *WP CSDLE “Massimo D’Antona”*.IT - 316/2016; ROMAGNOLI, *op. cit.*, p. 187 ss.; VOZA, *Gino Giugni. Il coraggio dell’innovazione*, Radici future, 2019; ID., *Il diritto come progetto politico: Gino Giugni e lo Statuto dei lavoratori*, in *WP CSDLE “Massimo D’Antona”*.IT - 316/2016 (di prossima pubblicazione nei Quaderni di questa rivista); GAETA, *Storia (illustrata) del diritto del lavoro italiano*, Giappichelli, 2020, p. 112 ss.; F. CARINCI, *Lo Statuto dei lavoratori: un parto cesareo*, in *WP CSDLE “Massimo D’Antona”*.IT- 422/2020.

comparato, fa un'affermazione che mi ha dato da pensare: “nel percorso (di Giugni) ...si riconoscono precise scelte di metodo, funzionali agli indirizzi da imprimere alle politiche legislative” (p. XXXIII). In queste parole è abbastanza chiaro che il metodo per gli studi migliori si sovrappone al metodo per le riforme migliori. Ma, mi chiedo, si possono sovrapporre i due discorsi metodologici o epistemologici? Giugni probabilmente lo ha fatto con successo. Oggi sovrapporre i due discorsi metodologici è assai rischioso: potremmo andare verso studi di corto respiro e riforme fondate su analisi scientificamente deboli. Perciò – pur senza alimentare in alcun modo la schiera dei giuristi che sostengono di essere “vaccinati contro il virus della politicità”¹⁰ – sarei più favorevole a separare – e approfondire – i discorsi sul metodo: degli studi, pluralistici e forse più rigorosi nella ricerca di un'autonomia dalla politica; e delle riforme, che devono essere meno estemporanee, cioè condizionate dalle continue scadenze elettorali.

¹⁰ Bollati da ROMAGNOLI, *op. cit.*, p. 188, come “presuntuosamente ingenui o...disonesti con se stessi e gli altri”.

notizie sugli autori

Arianna Avondola

Associata di Diritto del lavoro, Università di Napoli Federico II

Silvia Borelli

Associata di Diritto del lavoro, Università di Ferrara

Marco Esposito

Ordinario di Diritto del lavoro, Università di Napoli “Parthenope”

Michele Faioli

Associato di Diritto del lavoro, Università Cattolica del Sacro Cuore

Lorenzo Gaeta

Ordinario di Diritto del lavoro, Università di Siena

Oscar Genovesi

Assegnista di ricerca in Diritto del lavoro, Università G. D’Annunzio di Chieti-Pescara

Andrea Gentile

Ricercatore di Diritto penale, Università telematica San Raffaele di Roma

Pasquale Monda

Ricercatore di Diritto del lavoro, Università di Napoli Federico II

Paulo Pinto de Albuquerque

Full Professor of law at the Catholic University Lisbon

Maura Ranieri

Associata di Diritto del lavoro, Università Magna Graecia di Catanzaro

Maria Teresa Salimbeni

Associata di Diritto del lavoro, Università Suor Orsola Benincasa - Napoli

Carlo Zoli

Ordinario di Diritto del lavoro, Università di Bologna “Alma Mater Studiorum”

Lorenzo Zoppoli

Ordinario di Diritto del lavoro, Università di Napoli Federico II

abbreviazioni

L'elenco delle abbreviazioni in uso in questa rivista è consultabile sul sito www.editorialescientifica.com sezione Riviste.

Finito di stampare nel mese di settembre 2020
dalla Grafica Elettronica (Na)

